

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

GISELLE ORTEGA PINEDA

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS, SOBRETUDO NO QUE TANGE A NÃO
CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO.**

**CURITIBA
2009**

GISELLE ORTEGA PINEDA

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS, SOBRETUDO NO QUE TANGE A NÃO CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO.

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.

Orientadora: Prof.^a: Renata Estorilho Baganha Marchioro

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

GISELLE ORTEGA PINEDA

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS, SOBRETUDO NO QUE TANGE A NÃO CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO.

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 2009.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, com todo o amor e admiração.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, razão da minha existência e fonte que me ajuda sempre a seguir em frente.

A Nossa Senhora do Carmo, por fortalecer minha fé e iluminar-me também nessa jornada.

Aos meus pais, por todo alicerce e confiança nos meus estudos. Meu eterno carinho e gratidão.

A minha irmã pelas críticas, sugestões e apoio que me ajudaram a transformar idéias em palavras.

Ao meu namorado pela sua contribuição e interesse carinhoso, do início ao fim deste trabalho.

Ao meu futuro cunhadinho pelas palavras de entusiasmo e perseverança.

A doutora Renata pela credibilidade, atenção e apoio na realização deste trabalho.

A todas as pessoas que de alguma forma contribuíram para que eu chegasse até aqui.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO NA ÓRBITA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 13 |
| 1.1 DO ESTADO DE POLÍCIA..... | 13 |
| 1.2 DO ESTADO DE DIREITO..... | 14 |
| 1.3 DO ESTADO LIBERAL DE DIREITO..... | 16 |
| 1.4 DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO..... | 17 |
| 1.5 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... | 19 |
| 2 ASPECETOS GERAIS SOBRE O ATO ADMINISTRATIVO | 21 |
| 2.1 CONCEITO..... | 21 |
| 2.2 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO..... | 26 |
| 2.2.1 Competência..... | 26 |
| 2.2.2 Finalidade..... | 29 |
| 2.2.3 Forma..... | 30 |
| 2.2.3.4 Motivo..... | 32 |
| 2.2.3.5 Objeto..... | 33 |
| 2.3 ATRIBUTOS..... | 34 |
| 3 DISCRICIONARIEDADE | 39 |
| 3.1 CONCEITO..... | 39 |
| 3.2 FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE..... | 42 |
| 3.2.1 Discricionariedade na norma jurídica..... | 43 |
| 3.2.2 Discricionariedade nas etapas de formação do ato administrativo..... | 45 |
| 3.2.3 Discricionariedade nos elementos do ato administrativo..... | 46 |
| 3.3 ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS..... | 50 |
| 4 PRINCÍPIOS CONDICIONANTES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA | 55 |
| 4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE..... | 56 |
| 4.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE..... | 59 |

| | | |
|----------|--|------------|
| 4.3 | PRINCÍPIO DA MORALIDADE..... | 62 |
| 4.4 | PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE..... | 65 |
| 4.5 | PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA..... | 66 |
| 5 | O CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE OS ATOS ADMINISTRATIVOS..... | 69 |
| 5.1 | O ALCANCE DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE OS ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS..... | 69 |
| 5.2 | PRINCIPAIS TEORIAS QUE JUSTIFICAM A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL SOBRE O MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS..... | 76 |
| 5.2.1 | Teoria do desvio de finalidade..... | 76 |
| 5.2.2 | Teoria dos motivos determinantes..... | 80 |
| 5.2.3 | Teoria principiológica baseada no princípio da juridicidade..... | 83 |
| 5.3 | O CONTROLE REALIZADO PELOS TRIBUNAIS SOBRE OS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS, NO QUE TANGE A NÃO CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO..... | 87 |
| | CONCLUSÃO..... | 100 |
| | REFERÊNCIAS..... | 105 |

RESUMO

O presente trabalho tem por desígnio analisar o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, enfocando-se a situação das pessoas desprovidas de recursos financeiros ou daquelas acometidas por alguma doença grave ou rara, que solicitam ao Poder Público medicamentos e diante da negativa deste acabam recorrendo à via judicial. Então, para a compreensão desse estudo, num primeiro momento é evocada uma visão histórica sobre a evolução do Estado na esfera da Administração Pública com o intuito de destacar as características de cada período, principalmente no que toca ao formato da legalidade e da discricionariedade desenvolvido em cada fase. Em seguida, através de um exame acerca dos aspectos gerais do ato administrativo procura-se apresentar num primeiro momento um conceito a este instrumento que permite externar a vontade da Administração. Posteriormente, faz-se uma abordagem dos elementos que o compõe, bem como dos atributos que o diferem dos demais atos. Por conseguinte, busca-se esclarecer o sentido da expressão “discricionariedade,” e as formas de sua manifestação na norma jurídica, nas etapas de formação do ato e nos elementos do ato administrativo. Além disso, é efetuada uma análise sobre os atos ditos vinculados e os discricionários. Na seqüência, dá-se vazão aos princípios condicionantes da discricionariedade administrativa, levando-se em conta o rol explicitamente disposto no artigo 37, “*caput*” da atual Constituição Federal. Por fim, abre-se espaço para tratar do controle jurisdicional sobre os atos administrativos, realçando qual o alcance desse exame nos atos vinculados e discricionários. Ainda, atinente ao controle, traz-se à baila algumas teorias que dão alicerce a análise judicial sobre o mérito do ato administrativo. Ademais, buscando demonstrar os reflexos do papel do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos discricionários são apresentados alguns julgados, a fim de permitir uma visão mais real e sólida a respeito desse assunto, pois nos tribunais não são raros os acórdãos em que de um lado está o Poder Público, tentando esquivar-se da obrigação do fornecimento de medicamentos, e do outro, o cidadão pleiteando a concretização do seu direito a saúde, enfim, cada qual com os seus respectivos e respeitáveis argumentos.

Palavras-chave: ato administrativo discricionário; mérito; controle judicial.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública ao desempenhar sua atividade a faz através de atos jurídicos que recebem a denominação especial de atos administrativos. Estes, por sua vez podem ser classificados por diversos critérios, porém dentro da proposta que se pretende desenvolver neste trabalho, a atenção ficará restrita aos atos vinculados e discricionários.

Nos atos vinculados o Poder Judiciário poderá examiná-los em todos os seus aspectos, uma vez que os seus elementos encontram-se definidos em lei. Já nos discricionários o controle se limita à legalidade. Tal posicionamento ecoa há muito tempo pela doutrina e jurisprudência, que afirmam a vedação do controle jurisdicional no tocante ao mérito dos atos discricionários, sob pena de gerar ofensa ao princípio de separação ou independência dos poderes.

Todavia, insta observar que vem se desenvolvendo uma nova postura nesse cenário permitindo-se aos magistrados inclusive a análise meritória dos atos administrativos discricionários. Portanto, aqui se instala a pertinência desse trabalho, pois vêm ocorrendo uma quebra de paradigmas, em que se vislumbra uma abertura maior na atuação do Judiciário. Este está passando a atuar em duas vertentes, uma voltada à repressão das arbitrariedades, as quais em grande parte são cometidas sob o rótulo da discricionariedade, e a outra destinada à concretização do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, o qual determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Esse quadro gera reflexos, portanto, não só na própria comunidade jurídica que se vê diante de um novo desafio, mas também na sociedade, posto que os cidadãos começam a sentir-se mais seguros ao perceberem que a efetivação dos

seus direitos não está sujeita ou não depende somente dos critérios da Administração Pública. Ainda, essa questão fica bem clara quando as pessoas, em geral as hipossuficientes economicamente ou aquelas que possuem alguma doença grave - rara, em que não raras vezes os remédios são de custos elevados, solicitam-nos ao Poder Público e este algumas vezes nega-os levando essa parcela da população a recorrer ao Judiciário, na expectativa de ver o seu direito à saúde, realmente concretizado.

O quadro instaurado acima tem sido alvo de profundos debates, tanto é que no início deste ano o Supremo Tribunal Federal mobilizou a realização de algumas audiências públicas, nas quais vários especialistas discutiram o tema da saúde levando em conta dentre outros assuntos, a obrigação do Estado em fornecer medicamentos. Durante a abertura do evento, o presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, frisou que o objetivo da audiência pública é ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria do Sistema Único de Saúde, de modo que os debates possam esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas referentes às ações de prestação de saúde do SUS. As ações judiciais deram impulso à iniciativa tomada pelo Presidente do Supremo, pois através das audiências procura-se também estabelecer critérios para o fornecimento de medicamentos,¹ provavelmente numa tentativa de dar subsídio aos julgamentos das referidas demandas e para rever a atuação tão decadente do sistema único de saúde do país.

Portanto, em face dessas considerações o presente trabalho tem como escopo examinar como os tribunais estão exercendo o controle sobre os atos administrativos discricionários, no que tange a não concessão de medicamentos

¹ Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=104293>>. Acesso em: 8 jun. 2009.

pelo Poder Público. Para tanto, essa análise é desenvolvida em cinco capítulos, sendo que o primeiro divide-se numa parte histórica, que retrata o desenvolvimento do Estado na órbita da Administração Pública.

O segundo capítulo traz os aspectos gerais do ato administrativo englobando-se neste contexto um tópico acerca do seu significado, haja vista que a legislação brasileira mostra-se omissa a este respeito fomentando entre os doutrinadores a preocupação em estabelecer um conceito que representasse o sentido do referido instituto. Na seqüência, são apresentados os elementos do ato, quais sejam, a competência, finalidade, forma, motivo, e objeto. Depois segue um estudo a respeito dos atributos pertinentes ao ato administrativo.

No terceiro capítulo foca-se a discricionariedade, pois como o legislador não tem como prever todas as situações reais e discipliná-las em lei, então esta confere ao administrador público uma margem de liberdade para atuar, conhecida por discricionariedade. Mas, para afastar possíveis equívocos, como por exemplo, confundi-la com a arbitrariedade, no capítulo em comento são traçados alguns conceitos e as formas, em que a discricionariedade pode se revelar, bem como é realizado um exame sobre a divisão apontada pela doutrina pátria entre atos vinculados e discricionários.

Em seguida, no quarto capítulo o centro das atenções são os princípios condicionantes da discricionariedade administrativa, onde entram em cena os princípios expressos no artigo 37, “*caput*” da Constituição Federal, os quais devem reger toda a atuação da Administração Pública.

Por derradeiro, é traçada uma análise acerca do controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos, que se desdobra em três vertentes. Na primeira é posto em pauta o alcance do controle judicial sobre os atos administrativos

vinculados e discricionários, enquanto na segunda, são tratadas as teorias que viabilizam o controle judicial meritório dos atos administrativos discricionários. Já no último tópico do quinto capítulo é realizado um exame jurisprudencial, onde se busca demonstrar como os tribunais estão exercendo o controle sobre os atos administrativos discricionários, e particularmente de que modo estão enfrentando a não concessão de medicamentos pelo Poder Público.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO NA ÓRBITA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 DO ESTADO DE POLÍCIA

O Estado passou por diferentes fases até atingir a feição com que se apresenta hoje, e a primeira delas foi o Estado de Polícia.

Nesse período os princípios regentes centralizavam na figura do monarca todo o poder, pois a sua vontade era a lei suprema, e tudo aquilo que agradava ao rei tinha força de lei, de modo que este não errava.²

Conforme a lição de Luiz Henrique Cademartori:

o direito do rei para administrar era quase ilimitado, até porque não existia uma divisão de poderes autônomos para separar as funções estatais, estando todas elas, e a própria idéia de Estado, fundidas na pessoa do monarca.³

Logo, vê-se que a discricionariedade era vasta, pois não havia limites para a atuação do monarca. Nesse ambiente, “(...) o Estado absolutista (em especial no século XVIII) envolvia toda a vida social, que estava sob o seu controle, realizando profunda e opressiva intromissão na vida dos indivíduos.”⁴ Ademais, importa mencionar que devido à centralização de poder na pessoa do monarca, não existia nessa fase espaço para um Direito Público.⁵

Segundo magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 37.

³ Id.

⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 28.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 17.

a Administração Pública, em especial na fase inicial, não estava vinculada a qualquer tipo de norma que limitasse sua atividade, senão àquela que proviesse do monarca. Era o império do arbítrio, não no sentido de injusto, mas no sentido de ausência de limitações legais.⁶

Portanto, essa atmosfera possibilitava o cometimento de diversas arbitrariedades por parte do rei, sem qualquer atenção ao interesse e direitos dos seus súditos.

Em outras palavras salienta Marçal Justen Filho:

Antes da afirmação do Estado de Direito, a atividade administrativa do Estado era pouco permeável ao direito e ao controle jurisdicional. Os atos do governante não comportavam controle, sob o postulado de que o rei não podia errar ou que o conteúdo do Direito se identificava com a vontade do príncipe.⁷

Todavia, com o decorrer do tempo, fatores como o descontentamento com o poder arbitrário do rei, e a necessidade de se estabelecer um controle sobre as decisões injustas e desarrazoadas tomadas pelo monarca contribuíram para a criação do chamado Estado de Direito.

1.2 DO ESTADO DE DIREITO

Diante dessa nova fase a noção de exercício do poder adquiriu uma nova roupagem, pois além dos indivíduos terem o dever de respeitar à lei, o próprio Estado passou a se posicionar também desse modo.⁸

Ademais, segundo Luciano Ferreira Leite outras circunstâncias marcaram esse estágio, como a especial qualificação das normas constitucionais, o que

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 19.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 10.

⁸ MEDAUAR, Odete. Op. cit. p. 27.

permitiu um equilíbrio entre as prerrogativas do Estado⁹ sobre os cidadãos e as garantias destes perante as mesmas.¹⁰

Afora os traços marcantes delineados acima, outro fato expressivo desse período diz respeito à legalidade, pois esta começou a ter sentido revelando-se num dos princípios relevantes contra qualquer ato arbitrário praticado em face do cidadão.

Odete Medauar reforça a idéia supra acrescentando também alguns elementos que deram formato a estrutura do Estado de Direito, tais como:

sujeição do poder público à lei e ao direito (legalidade); declaração e garantia dos direitos fundamentais; funcionamento de juízos e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos; criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e à paz social.

Logo, essa atuação dentro dos trilhos da legalidade abriu caminhos para uma atividade administrativa vinculada e controlada. Outrossim, importa registrar que as idéias de igualdade e de controle sobre os atos praticados pelos detentores do poder foram se aprimorando ao longo dos anos atingindo o ápice através dos pensamentos de Montesquieu e Rosseau.¹¹

9 Cf. o magistério de Marçal: “A idéia de Estado de Direito resultou da doutrina alemã do século XIX, com forte conotação formalista, e se traduziu, originalmente, na conjugação de quatro postulados fundamentais, a saber: a supremacia constitucional, a tripartição de poderes, a generalização do princípio da legalidade e a universalidade da jurisdição. A supremacia da Constituição significa afastar a vontade do governante como critério de validade dos atos estatais. A validade deriva da compatibilidade com normas de hierarquia superior.

A tripartição de poderes consiste na dissociação da organização estatal, gerando a diferenciação de competências (funções), atribuídas a órgãos diversos. Isso significou o estabelecimento de mecanismos de limitação do poder por via do modo de sua estruturação (freios e contrapesos), evitando que um único órgão concentrasse todos os poderes próprios do Estado.

A observância da legalidade insere a atividade estatal no âmbito do direito e exige autorização legislativa para as ações e omissões estatais.

A universalidade da jurisdição produz o controle de validade dos atos estatais, permitindo a responsabilização dos sujeitos que atuarem de modo inadequado.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 9).

10 LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 11.

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. vol. 2. Direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 619.

Para o primeiro, todo aquele que detivesse o poder tenderia a abusar dele, então o mesmo deveria ter limites para evitar tiranias. Na mesma esteira ensina Regis Fernandes de Oliveira (2001, p. 19) ao expor que na obra “L’espirt des lois,” Montesquieu concebeu uma teoria puramente técnica em que:

Todo homem que possui o poder tende ao abuso. E, para que, dividido o poder, ninguém possa abusar dele, imaginou uma tripartição estanque dos poderes, de tal modo que o que faça as leis não seja encarregado de aplicá-las, nem de executá-las; que o que as execute não possa fazê-las nem julgar sua aplicação; que o que julgue não as faça nem as execute. Identificou, assim, o escritor francês as seguintes funções do Estado: legislativa, executiva e jurisdicional.

Já os ideais de Jean Jaques Rosseau enveredaram para a formação da noção de soberania popular e do sistema democrático, pois aquele defendia que o exercício do poder deveria resultar da vontade direta dos indivíduos pertencentes ao corpo social.¹²

Em suma, a formação do Estado de Direito representou um grande avanço para a sociedade, pois através dos princípios da legalidade, igualdade e separação dos poderes, a relação entre os indivíduos e destes com o Estado tornou-se mais equilibrada.

1.3 DO ESTADO LIBERAL DE DIREITO

Esse período desenvolveu-se dentro da lógica da conservação da liberdade do homem e da proteção da sua propriedade, em que o Estado não poderia ofender

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 48.

os direitos e liberdades inalienáveis dos indivíduos, e nem mesmo intervir na ordem econômica ou social.¹³

O Estado Liberal de Direito foi sinteticamente delineado por José Afonso da Silva através das seguintes características:

(a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como o ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; *(b) divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das Leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; *(c) enunciado e garantia dos direitos individuais*.¹⁴

Contudo, convêm esclarecer que o princípio da legalidade no Estado Liberal tinha caráter diverso daquele presente atualmente, posto que à Administração Pública era permitido fazer tudo o que a lei não proibisse. Ademais, dentro dessa faixa de atuação livre de vinculação à lei ganhava espaço a discricionariedade, que inclusive ficava imune de controle judicial.¹⁵

1.4 DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO

O modelo anterior que cativava a não interferência estatal no âmbito social e econômico acarretou um quadro de desigualdades entre os homens, tornando os princípios liberais insuficientes para conter os anseios da sociedade. A este respeito, são providenciais as palavras de Diogo de Figueiredo ao relatar que:

(...) como o liberalismo clássico havia mantido o Estado como simples espectador dos fenômenos econômicos e sociais, se havia aberto um

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op.cit. p. 20-21.

14 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 112-113.

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 27.

espaço anímico, que permitiu o crescimento de pólos de poder irrefreados na sociedade, que passaram a causar distorções econômicas e sociais e a comprometer a igualdade de oportunidades entre os indivíduos. Nessas condições, o Estado foi chamado a intervir para coibir os excessos e, ao mesmo tempo, para suprir lacunas abertas pela iniciativa privada, ausente ou insuficiente, para garantir e, posteriormente, dirigir o desenvolvimento econômico.¹⁶

A partir desse contexto é que surgiu o Estado Social de Direito, que Regina M. N. Ferrari descreve como um cenário onde “o homem deixa de ser o fim único do direito e os interesses públicos passam a ter supremacia sobre os individuais.”¹⁷

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro duas tendências sinalizaram a instauração desse novo Estado, quais sejam, a socialização e o fortalecimento do Poder Executivo. A primeira consistiu na substituição do interesse individual pelo interesse público. Já a segunda incidiu no aumento de funções do Poder Executivo, cuja justificativa centrou-se na idéia de que aquele Órgão não poderia restringir sua atuação ficando sempre na dependência da edição de leis.¹⁸

Ademais, no que tange ao princípio da legalidade, este sob o terreno do Estado Social de Direito adquiriu outra conotação, ou seja, a Administração Pública passou atuar totalmente atrelada a lei, somente podendo fazer o que esta lhe permitisse. E, dentro desse contexto acentua Maria Sylvia que:

enquanto no Estado de Direito liberal se reconhecia à Administração ampla discricionariedade no espaço livre deixado pela lei, significando que ela pode fazer tudo o que a lei não proíbe, no Estado de Direito social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou sentido novo, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite.¹⁹

Logo, a par dessas considerações, é possível concluir que o entrelaçamento da Administração com a lei gerou reflexos inclusive no quadro da discricionariedade,

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit. p. 18.

¹⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **A&C Revista de direito administrativo e constitucional**. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, abr./jun. 2003. p. 68.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 30-31.

¹⁹ Ibid. p. 37.

posto que esta passou a apresentar um outro viés, sendo compreendida como um dever-poder limitado pela própria lei.

1.5 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição brasileira de 1988 consagrou este novo modelo, de modo que no artigo 1º estatuiu-se que o Estado Brasileiro é um Estado Democrático de Direito.

José Afonso da Silva procurou explicar a expressão Estado Democrático de Direito assegurando primeiramente que:

a configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.²⁰

Ainda, assevera o referido autor que o Estado democrático visa “a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.”²¹

Neste contexto, é conveniente expor o comentário feito por Odete Medauar de que “o caráter democrático de um Estado, declarado na Constituição, deve influir sobre o modo de atuação da Administração, para repercutir de maneira plena em todos os setores estatais.”²² Ademais, Marçal Justen Filho caminha nesse sentido ao

20 SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 119.

21 Id.

22 MEDAUAR, Odete. Op. cit. p. 27.

afirmar que “é inquestionável que toda liberdade atribuída ao agente estatal tem de ser exercitada de modo compatível com os princípios e regras fundamentais.”²³

Outrossim, convém mencionar a lição externada por Maria Sylvia de que o Estado democrático de direito compõe-se de dois elementos: a participação popular, advinda do Estado democrático e o ideal de justiça material decorrente do Estado de Direito.²⁴

Além disso, um aspecto que merece destaque nesta fase diz respeito ao fato do princípio da legalidade vir expresso na Constituição Federal de 1988, determinando em seu artigo 37, “*caput*”, a submissão de toda a Administração Pública a ele. Aliás, há que se frisar que o princípio supracitado neste cenário²⁵ deve ser atendido conforme apregoa Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

a Administração Pública já não está mais submetida apenas à lei em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça.²⁶

A importância do princípio da legalidade em apresentar um conteúdo elastecido reflete-se até mesmo na esfera da discricionariedade administrativa, tal como declara Maria Sylvia:

A discricionariedade continua a ser poder jurídico, porque exercida nos limites fixados pela lei, sendo ainda limitada por inúmeros princípios previstos de forma implícita ou explícita na Constituição, como moralidade, razoabilidade, interesse público. Qualquer outra interpretação significa a perda da segurança jurídica essencial para proteger os direitos do cidadão em face do poder público.²⁷

23 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 14.

24 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 40.

25 Confira-se a lição de Marçal J. Filho: “O Estado Democrático de Direito caracteriza-se não apenas pela supremacia da Constituição, pela incidência do princípio da legalidade e pela universalidade da jurisdição, mas pelo respeito aos direitos fundamentais e pela supremacia da soberania popular. Também envolve o compromisso com a realização da dignidade dos indivíduos, inclusive por meio de uma atuação ativa e interventiva.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 14).

26 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 46.

27 Ibid. p. 65.

Desta feita, a discricionariedade administrativa fica circunscrita não só a lei no seu aspecto formal, mas a idéia de justiça, aliada a todos os valores que lhe são iminentes, declarados a partir do preâmbulo da Constituição.²⁸

2. ASPECTOS GERAIS SOBRE OS ATOS ADMINISTRATIVOS

2.1 CONCEITO

A legislação brasileira não possui um conceito para ato administrativo, e em razão dessa omissão muitos doutrinadores com base em diferentes critérios tentam elaborar um significado que seja satisfatório. Portanto, visando proporcionar um melhor entendimento acerca desse assunto serão apresentadas algumas dessas definições.

Primeiramente é de todo útil a distinção que se faz entre fato jurídico e ato jurídico.

O fato jurídico em sentido amplo compreende todo acontecimento oriundo de fato natural ou humano capaz de produzir efeitos jurídicos. Ainda, dentro desse contexto sobressaem os fatos jurídicos em sentido estrito, que envolvem os eventos puramente naturais e os atos humanos, os quais se classificam em atos jurídicos e

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 46.

atos ilícitos.²⁹³⁰

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello os atos jurídicos são:

declarações, vale dizer, são enunciados; são 'falas' prescritivas. O ato jurídico é uma pronuncia sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela deverá ser. Fatos jurídicos não são declarações; portanto não são prescrições. Não são falas, não pronunciam coisa alguma. O fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele.³¹

Já R. Limongi França salienta que os atos jurídicos seriam declarações de vontades simples ou ligadas a outros fatos, que se destinam a construir, modificar ou extinguir relações de direito.³²

Enfim, tais ponderações tornam-se oportunas, tendo em vista que há quem sustente a idéia dos atos administrativos serem espécie do gênero ato jurídico.

A propósito, Hely Lopes Meirelles traduz os atos administrativos em:

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.³³

Trata-se de uma definição influenciada pelo direito privado, adaptada aquela referente a ato jurídico prevista no antigo Código Civil de 1916. Todavia, é considerado um conceito restrito a ato administrativo unilateral, tendo em vista que são desconsiderados os chamados atos bilaterais (contratos administrativos).

29 SOUZA, Marcus Vinícius Saavedra Guimarães de. Fato, ato, e negócio jurídico. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2005/marcusviniciusguimaraesdesouza/fatoatonegociojuridico.htm>>. Acesso em: 09 jul. 2009.

30 Os atos ilícitos embora componham a categoria dos atos humanos não serão examinados, tendo em vista que não é o foco deste trabalho.

31 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 370.

32 FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 125.

33 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 149.

Já Romeu Felipe Bacellar Filho sustenta que o ato administrativo é distinto do ato jurídico, tendo em vista que o agente público manifesta sua vontade necessariamente direcionada a um fim público.³⁴

Contudo, antes de adentrar nos conceitos propriamente ditos é interessante registrar a distinção entre fato administrativo, e ato da administração.

O fato administrativo corresponde a uma ocorrência na órbita administrativa, que não pressupõe a manifestação da vontade, e sim, um acontecimento verificado sem essa participação, pelo menos imediata.³⁵

A este respeito, cumpre citar a lição de Hely Lopes Meirelles:

Fato administrativo é toda realização material da Administração em cumprimento de alguma decisão administrativa, tal como a construção de uma ponte, a instalação de um serviço público etc. O fato administrativo, como materialização da vontade administrativa, é dos domínios da técnica e só reflexamente interessa ao Direito, em razão das conseqüências jurídicas que dele possam advir para a Administração e para os administrados. O que convém fixar é que o *ato administrativo* não se confunde com o fato administrativo, se bem que estejam intimamente relacionados, por ser este conseqüência daquele. O fato administrativo resulta sempre do ato administrativo que o determina.³⁶

Enfim, qualquer acontecimento que provoque conseqüências no direito administrativo pode configurar-se como fato administrativo.

Nas palavras de Rozangela M. Bertolo o “ato da administração consiste em todas as atividades revestidas de juridicidade ou não, que têm na administração pública a sua fonte.”³⁷ Nesse contexto, existem atos que são regradados pelo direito público, a exemplo dos contratos administrativos, e outros que apesar de provirem

34 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 59.

35 Cf. Themístocles Brandão menciona em sua obra, a morte de um servidor público que resulta na vacância do seu cargo seria um exemplo de fato administrativo. (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 39).

36 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 150.

37 BERTOLO, Rozangela Motiska. **Os atos da administração pública**. Disponível em: <www.tce.rs.gov.br/artigos/pdf/admpub.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2009.

da administração seguem as normas do direito privado, como os contratos de ordem civil e comercial.³⁸

Em síntese Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “pode-se dizer, em sentido amplo, que todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração.”³⁹

Assim, feitas as devidas considerações é possível adentrar na análise conceitual do ato administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello ao comentar a matéria, retrata o ato administrativo em sentido amplo como:

*(...) declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.*⁴⁰

Nesse cenário também cabe citar o conceito dado por Diógenes Gasparini, tal como descrito abaixo:

*toda prescrição, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário.*⁴¹

A semelhança do exposto, Maria Sylvia afirma que o ato administrativo é a “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”⁴²

De outro modo dispõe Carvalho Filho:

38 BERTOLO, Rozangela Motiska. **Os atos da administração pública**. p. 5-6. Disponível em: <www.tce.rs.gov.br/artigos/pdf/admpub.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2009.

39 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 179.

40 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit. p. 380.

41 GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 58.

42 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 185.

Podemos, (...), conceituar o ato administrativo como sendo a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, que, nessa condição, sob regime de direito público, tenha por fim adquirir, resguardar, modificar, transferir, extinguir e declarar situações jurídicas, com o fim de atender ao interesse público.⁴³

Portanto, do trecho acima se depreende que tanto a manifestação da vontade dos agentes da Administração Pública, quanto à dos particulares investidos nessa condição, sob a luz do direito público estarão focadas necessariamente ao atendimento do interesse público.

Enfim, percebe-se do explanado que o vácuo da legislação brasileira não foi óbice para a formulação de um conceito acerca do ato administrativo, pelo contrário, impulsionou a doutrina brasileira a desenvolver algo nesse sentido. Entretanto, o objetivo aqui não foi indicar qual deles é certo, ou melhor, mas sim, extrair das nuances apresentadas pontos convergentes, que permitem identificá-lo. Assim restou evidenciado que, em geral, o ato administrativo é aquele realizado pelo Estado, ou por quem lhe faça às vezes, sob a regência do direito público, e em ambos os casos, com observância à lei e aos princípios, bem como passível de controle jurisdicional.

43 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. p. 61.

2.2 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

A doutrina pátria ao versar sobre matéria não se manifesta do mesmo modo ao apontar quais são os elementos do ato administrativo.⁴⁴ Todavia, a classificação comumente utilizada segue a da Lei nº 4.717/65, onde são destacados cinco componentes do ato, quais sejam, a competência (sujeito), o objeto, a forma, o motivo e a finalidade.

2.2.1 Competência

Na órbita do direito administrativo não basta que o sujeito tenha capacidade, pois é necessário também que possua competência.⁴⁵ Ademais, explica Maria Sylvia que “sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato.”⁴⁶

⁴⁴ Cf. bem acentou Maria Sylvia: “Com relação aos pressupostos do ato administrativo, eu começaria fazendo uma observação sobre a própria palavra pressuposto. Alguns autores preferem falar em elementos do ato administrativo, outros falam em requisitos. O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello é que gosta de falar em pressupostos, em um tratamento todo diferenciado dado à matéria. Eu falo em elementos e em requisitos. Elementos seriam as condições de existência do ato; no direito privado, são elementos o sujeito, o objeto e a forma. Requisitos são as condições de validade. Desse modo, quando falamos em agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, estamos falando nos requisitos de validade. Na realidade, a terminologia – elemento, requisito ou pressuposto – é meio irrelevante, porque o que importa é analisar cada um desses elementos e requisitos de validade. Eu opto por essa terminologia, porque ela está consagrada no direito positivo brasileiro, em especialmente na Lei de Ação Popular – Lei nº 4.717/1965.” (DI PIETRO, Maria Sylvia. *Processo Administrativo – Pressupostos do ato administrativo – Vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo*. In: I SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – 2003, São Paulo. **Processo administrativo**. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm>. Acesso em: 10 jul. 09.

⁴⁵ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 114

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 192.

Segundo Hely Lopes Meirelles a competência administrativa é “o poder conferido ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções.”⁴⁷

Ao se falar em competência é preciso ter-se em mente que não é algo presumido, uma vez que ela sempre vem definida em lei⁴⁸ e delimitada por esta, por isso que com propriedade vige aquela máxima de que ao administrador só é dado fazer aquilo que a lei autoriza e determina.⁴⁹

A Lei nº 9.784/99 que regula o processo administrativo na esfera federal em seu artigo 17 determina que na hipótese de inexistir competência legal específica, o processo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir. Porém, essa norma somente é aplicável à União, haja vista que aos Estados e Municípios a dinâmica funciona de modo inverso, ou seja, no caso de omissão da lei a competência será principiada pelo agente de maior grau hierárquico.⁵⁰

Além desses pormenores a competência administrativa apresenta algumas características, que são facilmente identificáveis na Lei a pouco comentada. A primeira delas já está expressa no artigo 11, que estabelece que “a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.” Neste

47 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 151.

48 Cf. elucida Maria Sylvia: Quando se fala em lei, nesse caso, tem-se em vista lei como ato legislativo; não há possibilidade da competência ser definida por via de decretos, portarias, resoluções, a não ser que se trate de uma distribuição interna de competências, que produz efeitos apenas internamente. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Processo Administrativo – Pressupostos do ato administrativo – Vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo. In: I SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – 2003, São Paulo. **Processo administrativo**. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm>. Acesso em: 11 jul. 2009.

49 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 292.

50 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Processo Administrativo – Pressupostos do ato administrativo – Vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo. In: I SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – 2003, São Paulo. **Processo administrativo**. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm>. Acesso em: 11 jul. 2009.

sentido, confira-se a lição de Marcus Vinícius ao ressaltar que “a competência é irrenunciável, tendo em vista que, para o agente público, há, antes de tudo, o dever de exercer as atribuições em prol da coletividade, quando necessário.”⁵¹

A inderrogabilidade é outro ponto marcante da competência, que se traduz na impossibilidade de transferência a outro órgão por acordo entre as partes, afinal como dito alhures ela é fixada por lei e deve ser rigidamente observada. Outrossim, não há como olvidar mais um sinal característico desse elemento do ato administrativo que é a improrrogabilidade. Esta determina que em sede administrativa a incompetência não se transmuda em competência, salvo se houver disposição legal em sentido contrário.⁵²

Do disposto no artigo 11 da Lei nº 9.784/99 se extrai também uma característica, qual seja, a delegabilidade, que Maria Sylvia entende ser uma regra, afirmando que só não ocorre quando a competência é outorgada exclusivamente a um determinado órgão ou autoridade.⁵³ Enquanto que, para José dos Santos trata-se de uma exceção, a medida que só se justifica ante os pressupostos estabelecidos por lei.⁵⁴

Outra peculiaridade da competência diz respeito à possibilidade de avocação, a qual se encontra disciplinada no artigo 15 da Lei federal, onde o legislador restringiu sua pertinência a casos de ordem excepcional e por motivos relevantes, devidamente justificados. Nesse cenário, com base no mesmo argumento suscitado acima, Maria Sylvia posiciona-se sustentando que esse dispositivo legal envolve

51 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit. p. 114.

52 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 63.

53 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 193-194.

54 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 64.

uma regra,⁵⁵ ao passo que José dos Santos utilizando-se também do argumento supracitado já defende que a avocação é exceção.⁵⁶

Enfim, pelo exposto percebe-se que a competência perfaz um fator primordial para a prática do ato administrativo, pois o administrador só poderá realizá-lo se tiver legitimidade para tanto.

2.2.2 Finalidade

É o efeito jurídico mediato do ato administrativo, ou seja, é o que a Administração Pública busca com a prática do ato.⁵⁷

Como bem ensina Hely Lopes Meirelles:

Não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo – discricionário ou regrado – porque o Direito Positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica.⁵⁸

Em consonância com o aludido se expressa Maria Sylvia:

A finalidade do ato é sempre vinculada pela lei; não há, aí, qualquer margem de discricionariedade para a Administração, pois é o legislador que define a finalidade que o ato deve alcançar, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa; se a lei coloca a demissão entre atos punitivos, não a pode ser utilizada com outra finalidade que não a de punir; se a lei permite a remoção *ex officio* do funcionário para atender à conveniência do serviço, não pode ser utilizada para finalidade diversa, como a de punição. Isto caracterizaria o desvio de poder.⁵⁹

55 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 194.

56 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 64.

57 BICHARA, Barney. Atos administrativos. In: **Aula telepresencial de direito administrativo ministrada pelo curso praetorium, para a pós-graduação em ciências criminais**. Curitiba, 4 abr. 2008.

58 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 152.

59 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. Op. cit. p. 86.

Fato é que se o ato administrativo for praticado sem a observância da finalidade expressa ou implícita apontada pela lei, tal circunstância poderá configurar desvio de poder ou desvio de finalidade.⁶⁰ Seguindo este raciocínio assevera Hely Lopes Meirelles que:

o desvio de finalidade ou de poder verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal.⁶¹

Portanto, o administrador que rege sua atuação desvincilhada dos fins visados pela lei ou determinados pelo interesse público praticará o ato administrativo com desvio de finalidade ou de poder. Assim, para que esta espécie de conduta seja evitada é imprescindível que o agente público conduza desde o início sua atividade focada na finalidade pública, ou como bem explicita Hely Lopes, “no bem comum da coletividade administrada.”⁶²

2.2.3 Forma

A forma consubstancia-se no revestimento exterior do ato. É o modo pelo qual este aparece e revela sua existência.⁶³

De maneira mais detalhada Maria Sylvia expõe que:

60 FONSECA, Sérgio Roxa da. **Desvio de finalidade e estado de direito**. Disponível em: <<http://www.revistajuridicaunicoc.com.br>>. Acesso em: 11 jul. 2009.

61 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 112-113.

62 Ibid. p. 86.

63 GASPARINI, Diógenes. Op. cit. p. 61.

No que diz respeito à forma, costume dizer que ela pode ser entendida em dois sentidos: podemos considerar a forma em relação ao ato, isoladamente, e, nesse caso, ela pode ser definida como a maneira como o ato se exterioriza; ele pode ter a forma escrita, verbal, ter a forma de decreto, de resolução, de portaria; o ato é considerado isoladamente. Em outro sentido, a forma pode ser entendida como formalidade que cerca a prática do ato: aquilo que vem antes, aquilo que vem depois, a publicação, a motivação, o direito de defesa; abrange as formalidades essenciais à validade do ato.⁶⁴

Este trecho revela que a forma pode apresentar-se sob dois vieses, um que remete a idéia de conjunto de formalidades que envolvem a prática do ato, e outro que se refere ao meio pelo qual o ato se exterioriza.

Ainda, com relação a forma merece destaque a lição de Diógenes Gasparini ao explicar que ela é “necessária à validade do ato. A inexistência de forma leva à inexistência do ato, enquanto a inobservância leva à nulidade, (...)”⁶⁵

Outrossim, importa mencionar no que tange aos atos administrativos que, em regra, predomina-se a forma escrita⁶⁶, embora haja quem defenda, a exemplo de Maria Sylvia, que a Lei nº 9.784/99 acabou consagrando a liberdade das formas,⁶⁷ conforme sugere a leitura do artigo 22, “*caput*”, *in verbis*:

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

No artigo 2º, parágrafo único da referida Lei são estipulados alguns critérios, que devem ser obedecidos no processo administrativo, e que também podem ser

64 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Processo Administrativo – Pressupostos do ato administrativo – Vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo. In: I SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – 2003, São Paulo. **Processo administrativo**. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm>. Acesso em: 11 jul. 2009.

65 GASPARINI, Diógenes. Op. cit. p. 61.

66 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit. p. 115.

67 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Processo Administrativo – Pressupostos do ato administrativo – Vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo. In: I SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – 2003, São Paulo. **Processo administrativo**. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm>. Acesso em: 11 jul. 2009.

estendidos aos atos administrativos, como os relativos à forma, presentes nos incisos VIII, IX e X, segundo transcrição abaixo:

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

(...)

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

Logo, pelo exposto depreende-se que todo ato administrativo precisa de um formato para existir, apesar do ordenamento jurídico nem sempre prescrever uma forma específica.⁶⁸ Além disso, a forma assume um papel importante para os cidadãos e para a própria Administração, à medida que torna possível o efetivo controle dos atos administrativos.

2.2.4 Motivo

Este elemento revela-se nas razões que impulsionaram o agente a editar o ato administrativo.⁶⁹

Numa definição expositiva Maria Sylvia dispõe que o motivo “é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo.”⁷⁰

68 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit. p. 115.

69 Ibid. p.116.

70 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 199.

O motivo não deve ser confundido com a motivação, pois esta se liga à forma do ato administrativo e resume-se na exposição formal do motivo.⁷¹ Na mesma esteira depõe Maria Sylvia:

Cabe ressaltar que o motivo não é a mesma coisa que a motivação. A motivação, embora tenha muita relação com o motivo, é uma formalidade essencial ao ato, ela não é o próprio motivo. Na motivação, a Administração Pública vai indicar as razões, quais foram os fatos, qual é o fundamento de direito, qual o resultado almejado; ela vai dar a justificativa do ato; ela pode até na motivação indicar qual foi o motivo, qual foi o fato que a levou a praticar aquele ato, mas não é a mesma coisa.⁷²

Em síntese, o motivo é a situação de direito e de fato que dão suporte para a realização do ato administrativo, enquanto a motivação consiste na descrição ou exposição dos motivos.

2.2.5 Objeto

O objeto representa a própria declaração do ato, ou seja, compreende os efeitos jurídicos imediatos decorrentes do ato administrativo.⁷³ Entretanto, cumpre registrar que alguns autores ao invés de utilizar a expressão “objeto” preferem denominá-lo de “conteúdo” do ato.⁷⁴

71 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 296.

72 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Processo Administrativo – Pressupostos do ato administrativo – Vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo. In: I SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – 2003, São Paulo. **Processo administrativo**. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm>. Acesso em: 11 jul. 2009.

73 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit. p. 117.

74 Cf. pontifica Marçal: “O conteúdo do ato consiste naquilo que é determinado ou executado pela Administração Pública.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 295).

Para identificar o objeto Maria Sylvia menciona que “basta verificar o que o ato enuncia, prescreve, dispõe.”⁷⁵

Segundo magistério de Marcus Vinícius o objeto ainda “deve ser conforme o ordenamento jurídico (lícito); possível de realização fática e jurídica; definido com relação aos destinatários e seus efeitos; e moralmente correto, sob pena de invalidação.”⁷⁶

Logo, é possível notar que tal como no direito privado, o objeto do ato na esfera administrativa deve ter como qualificativos a certeza, a licitude e ser materialmente possível.

2.3 ATRIBUTOS

A presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade e a auto-executoriedade formam os atributos dos atos administrativos. Através dessas qualidades é possível distingui-los dos atos regidos pelo direito privado.⁷⁷

Com relação a presunção de legitimidade e veracidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro informa que a primeira “diz respeito a conformidade do ato com a lei” e a segunda está ligada aos fatos, os quais uma vez alegados pela Administração Pública são considerados verdadeiros até prova em contrário. Portanto, os atos administrativos gozam de presunção *juris tantum* de legitimidade, pois produzirão efeitos até que sobrevenha a decretação de sua invalidade. Assim, mais uma

75 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 195.

76 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit. p. 117.

77 Ibid. p. 118.

conclusão se abstrai dentro desse contexto, ou seja, a pessoa que alegar a existência de vício relativo ao ato terá que fazer prova dessa mácula.⁷⁸

Na mesma linha assevera Marcus Vinícius que:

A presunção de legitimidade corresponde à adequação do ato administrativo ao disposto na lei. Assim, presume-se que os atos administrativos foram expedidos de acordo com o que dispõe o ordenamento jurídico, admitindo, entretanto, prova em contrário. Já a presunção de veracidade refere-se ao mundo dos fatos. São considerados verdadeiros, até prova em contrário, os fatos mencionados pela Administração Pública no exercício das suas funções.

Tal atributo, presente em todos os atos administrativos, confere maior segurança jurídica para a condição da atividade administrativa para que sejam cumpridos os fins previstos em lei.⁷⁹

Ademais, segundo o magistério de Hely Lopes Meirelles:

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 da Administração (art. 37 da CF), que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Além disso, a *presunção de legitimidade dos atos administrativos* responde as exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não podem ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução.⁸⁰

Insta expor, como última observação, no tocante a presunção de legitimidade as palavras de Marçal Justen Filho:

não basta um sujeito estar investido na titularidade de competência para que seus atos sejam presumidos como legítimos. É perfeitamente cabível exigir a comprovação da titularidade de cargo ou função pública.

Isso significa que a autoridade destituída de competência não pode invocar a presunção de legitimidade do ato administrativo como fundamento para impor seu cumprimento.

(...) Apresentar um papel preenchido com algumas palavras não gera o dever de observância para o particular.⁸¹

De acordo com o autor para gerar a presunção de legitimidade o ato administrativo deve mostrar-se formalmente perfeito, ou seja, preencher todas as exigências e requisitos necessários à sua validade.

78 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op. cit. 187-188.

79 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit. p. 118-119.

80 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 157-158.

81 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 302.

Enfim, a presunção de legitimidade equivale a uma ponte, que estabelece a correspondência do ato administrativo com a lei, e a presunção de veracidade revela a ligação do ato com a realidade posta.

Outro atributo pertinente ao ato administrativo é a imperatividade ou coercibilidade. Esta característica permite visualizar os atos administrativos como cogentes, isto é, todas as pessoas que estiverem no seu círculo de incidência ficam obrigados ao seu preceito ou comando, ainda que contrarie interesses privados. No entanto, em alguns casos, a exemplo dos atos administrativos de consentimento (permissões e autorizações) o caráter coercitivo não é tão evidente, uma vez que ao lado do interesse coletivo existe o interesse privado. Porém, mesmo nessas circunstâncias aparecerá a imperatividade, posto que o beneficiário ficará obrigado a conduzir-se exatamente dentro dos limites que lhe foram apontados.⁸²

Para Marcus Vinícius a imperatividade significa que “os atos administrativos se impõe a terceiros, independentemente de sua concordância.”⁸³ A propósito, cabe mencionar a lição de Carvalho Filho ao advertir que essa qualidade existe somente nos atos administrativos que estabelecem obrigações.⁸⁴

Sobre a imperatividade, ainda convém ressaltar o enfoque dado por Christiane Sans Vinoski:

O atributo da imperatividade, em que pese constituir-se em legítimo meio de ação estatal, deve ser compatibilizado com os instrumentos consensuais de atuação do poder público. É bem verdade que a imperatividade não existe como forma de legitimar abusos por parte da Administração; ao contrário, sua utilização há de ser justificada em consonância com os valores e princípios que norteiam o agir administrativo e que se encontram consagrados no texto constitucional.⁸⁵

82 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 74.

83 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit. p. 119.

84 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 74.

85 VINOSKI, Christiane Sans. Imperatividade do ato administrativo e consensualidade na administração pública. In: **O estado do Paraná**. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/253356/?noticia=>>. Acesso em: 13 jul. 2009.

Por outro lado, relata Diogo de Figueiredo:

a participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (*eficiência*); propiciam mais freios contra o abuso (*legalidade*); garantem a atenção a todos os interesses (*justiça*); proporcionam decisão mais sábia e prudente (*legitimidade*); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (*civismo*); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (*ordem*).⁸⁶

Da mesma opinião compartilha Marcus Vinícius, ao afirmar que:

torna-se viável, portanto, a utilização harmônica de instrumentos de autoridade ou de consensualidade pela administração pública para melhor adequação das atividades administrativas, que devem estar em sintonia com a correta missão de um Estado Democrático de Direito. É certo, assim, que constantemente se verifique o uso proporcional de tais providências, buscando alcançar as metas públicas da maneira menos onerosa ao cidadão.⁸⁷

Diante de tais posicionamentos percebe-se que o particular afetado não deve questionar as decisões impostas pela Administração Pública, mas acatá-las, porém isto não quer dizer que o administrador tem passe livre para utilizar-se do caráter imperativo delas para cometer abusividades. Afinal, sob a ótica do Estado Democrático de Direito é plausível que o agente público faça uso da imperatividade dos atos administrativos, mas sem desmerecer a aplicação de medidas consensuais e participativas.

Assim, superada a análise da imperatividade, é possível adentrar a questão atinente à auto-executoriedade.

Através da auto-executoriedade⁸⁸ a Administração Pública pode tomar as suas decisões e pô-las em prática sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.⁸⁹

86 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 41.

87 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Poder extroverso e consensualismo na atividade administrativa**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=772>>. Acesso em: 13 jul. 2009.

88 Cf. esclarece Marçal Justen Filho: “fora das situações emergenciais e daquelas em que a lei autoriza a Administração fazer uso da força, não há auto-executoriedade do ato administrativo.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 305).

89 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit. p. 119.

Sobre o assunto ensina Marçal Justen Filho que:

A auto-executoriedade indica a possibilidade de a Administração Pública obter a satisfação de um direito ou dirimir um litígio de que participa sem a intervenção imediata do Poder Judiciário, produzindo os atos materiais necessários a obter o bem da vida buscado.⁹⁰

Ademais, destaca o autor em comentário que:

A auto-executoriedade do ato administrativo obedece estritamente aos princípios da legalidade e da proporcionalidade. Portanto, não há auto-executoriedade sem lei que assim o preveja. Mas, ainda quando a lei tenha autorizado, a execução compulsória do ato administrativo por parte da própria Administração será admitida apenas quando não existir alternativa menos lesiva, sendo o uso da força a solução necessária para preservar a ordem jurídica e impor a realização dos direitos fundamentais.⁹¹

Portanto, os princípios da legalidade e da proporcionalidade funcionam como uma espécie de parâmetro para que o ato administrativo seja auto-executável na medida adequada.

Além disso, é interessante mencionar que esse atributo do ato comporta ainda dois aspectos, quais sejam a exigibilidade e a executoriedade. O primeiro consiste na aplicação de meios indiretos de coerção, mas que só existem quando definidos pela lei. Um exemplo, para tanto, é a aplicação de uma multa a uma fábrica para forçá-la a colocar filtros que diminuam a poluição do ar. Já o aspecto referente à executoriedade equivale aos meios diretos de coerção, em que Administração Pública pode valer-se de uma execução forçada para implementar sua vontade. Para clarear essa idéia cabe imaginar a hipótese da Administração fechar a fábrica porque polui o meio ambiente. Os atos realizados dentro desse contexto podem ser apreciados pelo Poder Judiciário.⁹²

Do exposto nota-se que em razão do ato administrativo ter como atributo a auto-executoriedade, isto propicia a Administração celeridade e dinamismo para

90 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 304.

91 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 305.

92 BICHARA, Barney. Atos administrativos. In: **Aula telepresencial de direito administrativo ministrada pelo curso praetorium, para a pós-graduação em ciências criminais**. Curitiba, 27 mar. 2008.

executar seus atos e atividades, mas é claro, que dentro da lógica dos princípios supracitados.

Por fim, não obstante serem esses os atributos normalmente tratados pela doutrina, Maria Sylvia entende que há mais um, o qual denomina de tipicidade. Esta tem um importante papel para a autora:

esse atributo representa uma garantia para o administrado, pois impede que a administração pratique atos dotados de imperatividade e excoutoriedade, vinculando unilateralmente o particular, sem que haja previsão legal; também fica afastada a possibilidade de ser praticado ato totalmente discricionário, pois a lei, ao prever o ato, já define os limites em que a discricionarieidade poderá ser exercida.⁹³

Nestas circunstâncias a atuação da Administração Pública somente ocorre nos termos do tipo legal, como decorrência do princípio da legalidade.

Logo, depreendem-se da análise acerca dos atributos que esses se fazem necessários ao bom desempenho da função administrativa, com a ressalva de que não se tratam de um efeito próprio ao ato administrativo, nem de fruto da qualidade estatal do agente que o produz, e sim, uma decorrência do direito.⁹⁴

3 DISCRICIONARIEDADE

3.1 CONCEITO

A noção de que a Administração Pública deve atuar nos limites da legalidade é ponto comum e notório pela doutrina pátria, porém se esta assertiva for vista como

93 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 190-191.

94 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 300.

regra absoluta, o agente público converter-se-ia em mero autômato, cumpridor de ordens emanadas do Poder Legislativo. Entretanto, não há dúvidas de que a realidade é outra, e também não poderia ser de outra forma. A complexidade dos fatos faz com que o administrador submeta sua atuação tanto a lei, quanto aos princípios. Logo, para que Administração não padeça do mal preconizado acima, ou seja, para que não resuma sua atuação a simples aplicadora das leis torna-se relevante a margem de liberdade concedida ao agente público,⁹⁵ que muitos rotulam de discricionariedade. Mas, afinal no que consiste essa expressão?

Certos autores costumam atrelar a idéia de discricionariedade a poder, como José dos Santos ao afirmar que:

poder discricionário é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público.⁹⁶

Na mesma esteira expõe Diógenes Gasparini ao definir a discricionariedade como:

a atuação da Administração Pública em que a lei lhe permite certa margem de liberdade para decidir diante de um caso concreto. (...) esses atos decorrem do exercício da atribuição discricionária ou, como prefere boa parte da doutrina especializada, do desempenho do poder discricionário, onde a Administração Pública age com certa dose de liberdade na solução de um caso concreto.⁹⁷

A semelhança dos posicionamentos supra, apregoa Cretella Júnior que “ao livre pronunciamento da autoridade administrativa, traduzido em ato, desvinculado de qualquer prévia regra de direito condicionante de seu modo de agir, damos o nome de poder discricionário da Administração Pública.”⁹⁸

95 AQUINO, Márcia Regina Pitta Lopes. Discricionariedade na atividade típica do administrador público e do legislador. **Revista jurídica da UniFil**, Ano 1, nº 1. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-3.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2009.

96 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 25.

97 GASPARINI, Diógenes. Op. cit. p. 93.

98 CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 221.

Outrossim, corrobora dessas concepções Hely Lopes ao expressar que 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.”⁹⁹

Já Maria Sylvia atribui um tom mais suave a discricionariedade, uma vez que a compreende como uma “*faculdade que a lei confere à Administração, para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.*”¹⁰⁰

Compartilha desse pensamento Luiz Henrique, haja vista que sob certo aspecto a conceitua como:

faculdade outorgada à autoridade pública para que, naquelas circunstâncias onde a norma jurídica determine explícita ou implicitamente, ela possa agir com certa liberdade de escolha frente às medidas a serem adotadas, desde que em consonância com os parâmetros normativos.¹⁰¹

Além disso, há aqueles que defendem que a atividade administrativa é baseada num dever-poder,¹⁰² conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.¹⁰³

99 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 118.

100 DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. Op. cit. 2001. p. 67.

101 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Op. cit. p. 16.

102 Preleciona Lúcia Valle que a discricionariedade “*consiste na competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade gerais, e afastado de seus próprios ‘standards’ ou ideologias, dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar utilidade pública postulada pela norma.*” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 223). Nesse sentido, confira-se a lição de Marçal, o qual assevera que “*há um dever-poder da Administração Pública de decidir, dentro de um caso concreto, de acordo com a avaliação da melhor solução para o mesmo.*” (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 153).

103 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 48.

Pelo exposto, observa-se que não existe um consenso na doutrina no que toca ao conceito de discricionariedade, e muito menos a escala em que se encontra, se é um poder, um dever ou um dever-poder. Contudo, importa registrar que diante de um Estado democrático de direito a alternativa seja compreender a discricionariedade como uma “ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize, respondendo às necessidades de cada momento.”¹⁰⁴ Portanto, o administrador público tem um poder, mas este só existe para instrumentalizar a realização de um dever, ou seja, o alcance da melhor solução para a sociedade.

3. 2 FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

Partindo-se da premissa de que é inviável ao legislador prever abstratamente todas as situações para resolver adequadamente os problemas presentes num caso concreto, então, conferiu-se ao administrador certa liberdade para escolher a solução mais adequada frente a estas circunstâncias.¹⁰⁵ Por sua vez, estes episódios afloraram na doutrina brasileira o interesse pela criação de critérios que possibilitassem o exame do campo de incidência da discricionariedade. Todavia, por questões didáticas, a referida análise ficará adstrita as seguintes hipóteses: na norma jurídica, nas etapas de formação do ato administrativo, e nos elementos do ato administrativo.

104 FIORINI, Bartolome A. La discrecionalidade em la administracion publica, apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 69.

105 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Manual de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 120-121.

3.2.1 Na norma jurídica

Neste contexto a discricionariedade pode abarcar a hipótese da norma, o comando da norma e a finalidade da norma.¹⁰⁶

De acordo com a lição externada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

a discricção pode residir na hipótese da norma, no caso da ausência de indicação explícita do pressuposto de fato, ou no caso de o pressuposto de fato ter sido descrito através de palavras que recobrem conceitos vagos, fluidos ou imprecisos.¹⁰⁷

O autor cita o “interesse público”, a “pobreza”, a “velhice”, e a “calvície”, para exemplificar os conceitos acima mencionados.¹⁰⁸ Desta forma, cabe ao administrador averiguar o alcance da norma dentro do quadro legalmente estipulado.

Ademais, a discricionariedade pode ser constatada no comando da norma. Neste caso, a norma facultará alternativas de conduta ao administrador, conforme revela novamente Celso A. Bandeira de Mello:

(...) quando a norma facultar um comportamento, ao invés de exigir-lo (que é o caso de “liberdade” discricionária, mais ampla), ou ainda, quando confere ao administrador o encargo de decidir sobre a providência a ser obrigatoriamente tomada de maneira a que tenha que eleger entre pelo menos duas alternativas.¹⁰⁹

Por conseguinte, resta observar como a discricionariedade permeia a finalidade da norma, embora a posição predominante¹¹⁰ seja de que a finalidade

106 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. Op. cit. p. 18-19.

107 Ibid. p. 19.

108 Ibid. p. 18-19.

109 Ibid. p. 19.

110 Compartilha da corrente majoritária Hely Lopes ao frisar que a "finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo – discricionário ou regrado – porque o Direito Positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica". (MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 152).

legal não declina ao administrador qualquer juízo discricionário, de modo que sua conduta fique sempre pautada no interesse público.¹¹¹

Já Celso A. Bandeira de Mello que milita a favor da existência da discricionariedade defende que da mesma forma que se procede nos pressupostos fáticos, quando apresentam expressamente conceitos plurissignificativos conferindo certa margem de discricção ao administrador, o mesmo deve ocorrer no que tange a finalidade legal.¹¹²

Em consonância com a postura do autor supra indica Sonia Maria que a discricionariedade pode advir da hipótese, do mandamento e da finalidade da norma, tal como descrito abaixo:

A doutrina mostra que se a Administração não estiver atenta, quando usar a discricionariedade propiciada pelos elementos hipótese, mandamento e finalidade da norma jurídica, deverá observar qual o conceito que a lei quer passar para que o administrador possibilite a sua aplicação. A lei foi posta no ordenamento jurídico com um *mandamus*, querendo atingir determinado fim, possibilitando a vida em sociedade; se assim não fosse, a lei não passaria de palavras vazias, sem significação, descaracterizando a finalidade do Estado de Direito.¹¹³

Enfim, essas ponderações foram importantes, à medida que permitem visualizar o modo como a discricionariedade pode refletir no âmbito da norma, e a maneira que o assunto é absorvido pela doutrina pátria.

111 LYRA, Leandro J. O controle da discricionariedade do ato administrativo pelo poder judiciário. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/27365>>. Acesso em: 15 jul. 2009.

112 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. Op. cit. p. 20.

113 GODOY, Sonia Maria de Pinho. Legalidade, vinculação e discricionariedade. Alguns aspectos da Lei 9784, de 29 de janeiro de 1999. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Coord.). **Ato administrativo e devido processo legal**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 178.

3.2.2 Nas etapas de formação do ato administrativo

Para identificar a discricionariedade nas etapas de formação do ato administrativo, é conveniente trazer à baila a lição externada por Caio Tácito.¹¹⁴

Segundo destacado pelo autor supra, a primeira etapa que precisa ser analisada diz respeito à verificação da competência específica, e sobre isto comentou que:

a regra de competência não é um produto da vontade, mas uma emanção da norma. Não é uma criação subjetiva do administrador, mas um critério objetivo da lei. Não é, em suma, um requisito discricionário, mas um elemento vinculado;¹¹⁵

Assim sendo, nota-se do exposto que a competência tem como referencial o que está marcado pela lei, não havendo possibilidade do administrador articular qualquer juízo discricionário nesta fase inicial de elaboração do ato.

O próximo passo é averiguar os motivos que dão alicerce ao ato, que nas palavras de Tácito “a existência ou não dos motivos é matéria de ordem objetiva: a sua observação imperfeita provocará um erro de fato ou de direito, sujeito ao controle de legalidade.”¹¹⁶ Então, levando-se em conta esse raciocínio caberá ao agente público apenas observar se a realidade fática condiz com o que dispõe a lei, enfim, nesse momento não haverá o que se falar em discricionariedade.

Na seqüência dá-se vazão ao exame que o administrador faz acerca do valor dos motivos, pois nesta etapa é importante sopesar a necessidade de sua atuação, e indicar os meios considerados adequados para alcançar o fim pretendido. A propósito, com propriedade assevera o autor em comento que:

114 TÁCITO, Caio. **Temas de direito público. Estudos e pareceres.** vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 317-318.

115 Ibid. p. 318.

116 Id.

É precisamente na sucessão destas duas etapas que se insere o elemento discricionário. (...) A ponderação e a medida dos motivos, como causas determinantes da ação do administrador, correspondem a um processo psicológico, pertencente ao prisma discricionário.¹¹⁷

Logo, vê-se que nessa fase já se confirma a presença da discricionariedade.

Por fim, Caio Tácito ainda aponta a fase pertinente à observação do objeto do ato em formação, na qual o administrador tem a faculdade de apreciar a conveniência e a oportunidade no que tange a realização do ato. Neste sentido salienta o autor que:

Não existindo norma legal que vincule obrigatoriamente a autoridade a praticar determinado ato, ou a se abster de praticá-lo, pertence livremente à Administração a faculdade de decidir, segundo sua convicção, da oportunidade, da justiça, da conveniência ou da necessidade do ato administrativo. O núcleo do poder discricionário, a sua parte mais importante e habitual, é a livre determinação do objeto do ato.¹¹⁸

Portanto, com base nesses ensinamentos extrai-se que para o referido autor a discricionariedade concentra-se em duas etapas de formação do ato administrativo, ou seja, na avaliação dos motivos e na consolidação do objeto.

3.2.3 Nos elementos do ato administrativo

Conforme visto oportunamente em capítulo anterior, o ato administrativo compreende os seguintes elementos: competência (sujeito), finalidade, forma, motivo e objeto. Contudo, as informações que serão apresentadas agora proporcionarão um enfoque diferente à matéria. Assim sendo, para começar torna-

117 TÁCITO, Caio. Op. cit. p. 318-319.

118 Ibid. p. 319.

se oportuna à ponderação feita por Odete Medauar, ao mencionar que não há ato totalmente discricionário.¹¹⁹

Uma das estruturas do ato que reflete bem a observação acima diz respeito ao sujeito, no sentido de que a competência por estar já definida em lei, não permite outra postura por parte do administrador, senão a sua conformação e retidão as atribuições que lhe foram legalmente impostas. Em outras palavras manifesta-se Luiz Alberto Blanchet:

A lei ao autorizar a atuação discricionária, não cria para o agente uma simples e pura liberdade para escolher a melhor solução, mas um dever de fazê-lo. E, logicamente, quando existe um dever e não é identificado o responsável pelo seu cumprimento, ele dificilmente será cumprido. E sendo a discricionariedade justamente um dever de livremente o administrador escolher a melhor solução para satisfazer a finalidade da norma, dever derivado da lei, a própria lei deve estabelecer a quem, obrigatoriamente e não facultativamente cabe cumprir o dever.¹²⁰

Logo, por essas razões esse elemento do ato não comporta a incidência da discricionariedade.

Já com relação a finalidade o tratamento doutrinário não é tão simples, pois como foi demonstrado alhures existe divergência em considerá-la suscetível ao juízo discricionário do administrador.

Segundo Seabra Fagundes¹²¹ e Hely Lopes Meirelles,¹²² o ato administrativo sempre conterà um fim destinado ao interesse legal, ou melhor, voltado a finalidade pública. Em consonância com o aludido Caio Tácito destaca que “a finalidade é, em última análise, um elemento sempre vinculado, que não comporta apreciação discricionária.”¹²³

¹¹⁹ MEDAUAR, Odete. Op. cit. p. 109.

¹²⁰ BLANCHET, Luiz Alberto. **Discricionariedade administrativa**. Curitiba: Universidade federal do Paraná, Setor de ciências jurídicas, programa de pós-graduação em direito, 1999. p. 59.

¹²¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 148/156.

¹²² MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 151-152.

¹²³ TÁCITO, Caio. Op. cit. p. 319.

No mesmo sentido leciona Régis Fernandes, porém este faz uma ressalva ao afirmar que os fins podem ser discricionários.¹²⁴

De outra banda, há aqueles que alimentam a idéia de que a discricionariedade está presente nesse elemento do ato administrativo, tal como preconiza Celso A. Bandeira de Mello. Conforme dito linhas atrás, para este autor os motivos que conduzem à discricionariedade sob a hipótese normativa, do mesmo modo permitem a incidência daquela na finalidade do ato.¹²⁵

A este respeito, é providencial a transcrição do escólio de Maria Sylvania:

Todos os autores são unânimes em reconhecer que a administração pública está vinculada ao atendimento do interesse público. Só que, para alguns, isto é suficiente para concluir que o ato administrativo é sempre vinculado quanto aos fins; e, para outros, como a lei não estabelece critérios objetivos para identificar, no caso concreto, o que é de interesse público, restaria certa discricionariedade para o administrador público.¹²⁶

Desta feita, depreende-se do aduzido que alguns autores embora confirmem que o ato administrativo possua uma finalidade genérica, qual seja, o interesse público, por outro lado, não desvalorizam a existência de uma finalidade específica.

Entretanto, é preciso ter-se em mente que apesar dos acalorados argumentos em ambos os sentidos, o entendimento que ecoa vigorosamente pela doutrina, conforme já ventilado é de que a finalidade é vinculada.

Por conseguinte, quanto à forma, Fernandes adverte que a formalidade é sempre vinculante, ao passo que a forma poderá ser discricionária.¹²⁷

124 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992. p. 92.

125 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. Op. cit. p. 19-20.

126 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **A discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Op. cit. p. 85.

127 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Op. cit. p. 92.

De acordo com Maria Sylvia o ato pode ser praticado nos moldes que parecer mais adequado ao administrador, salvo se a lei impuser à Administração a obrigatoriedade de obediência a determinada forma.¹²⁸

Em vértice oposto, Hely Lopes¹²⁹ e José Carlos Sousa Silva¹³⁰ consagram o entendimento de que a forma é vinculada.

Na sequência, cumpre observar que se compete ao administrador realizar alguma escolha sobre o objeto do ato haverá discricionariedade.¹³¹ Neste contexto, confira-se a lição de Maria Sylvia:

o ato será vinculado quando a lei estabelecer apenas um objeto como possível para atingir determinado fim; por exemplo, quando a lei prevê uma única penalidade possível para punir uma infração. E será discricionário quando houver vários objetos para atingir o mesmo fim, sendo todos eles válidos perante o direito; é o que ocorre quando a lei diz que, para a mesma infração, a Administração pode punir o funcionário com as penas de suspensão ou de multa.¹³²

Em síntese quando a lei estabelece mais de um objeto ao ato administrativo, acaba oportunizando ao administrador a faculdade de eleger dentro dos parâmetros admitidos pelo direito, aquele que seja mais adequado ao caso concreto sem desvirtuar-se do fim almejado.

128 DI PITERO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 83.

129 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 152.

130 SILVA, José Carlos Sousa. **Abuso de poder no direito administrativo**. Belo Horizonte: Alvorada Ltda, 1997. p. 36.

131 Cf. a lição exteriorizada por Romeu Felipe Bacelar Filho, "a competência, a finalidade e a forma são vinculadas, ou seja, tem-se que o *mérito*, que pressupõe o exercício da discricionariedade, recai sobre os aspectos objeto e motivo apenas." (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit. p. 66).

132 DI PITERO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 205.

3.3 ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS

Antes de tecer qualquer distinção entre os atos vinculados e discricionários é imprescindível ressaltar que, esta divisão foi adotada apenas para fins didáticos, posto que a doutrina é unívoca em reconhecer a inexistência de atos totalmente discricionários.¹³³

Destarte, confirmando o acima registrado, há de se atentar as palavras de Lúcia Valle ao expressar que os “atos administrativos são todos, quer vinculados, quer discricionários, atos jurídicos, atos legais, portanto, debaixo estritamente da lei e que perseguem finalidades por esta traçadas.”¹³⁴

Após essas ponderações torna-se oportuno delinear as diferenças pertinentes aos atos vinculados e discricionários, pois, como bem realça Luiz A. Blanchet, “a discricionariedade e a vinculação são conceitos que, mesmo coexistindo no mesmo ato, apresentam caracteres bastante definidos e distintos entre si.”¹³⁵

Desta forma, primeiramente é interessante frisar o sentido da palavra vinculação. Esta, segundo Diógenes Gasparini compreende “(...) a atuação da

133 Cf. apregoa Régis Fernandes: “embora se reconheça à inexistência de atos totalmente discricionários não se vê impropriedade no uso da locução, entendendo-se que significa ela o exercício da atividade discricionária que remanesce à Administração, por oposição ou contraste aos atos vinculados.” (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Op. cit. p. 76-77). Na mesma esteira leciona Blanchet: “Conforme comportem maior ou menor liberdade de opções para o agente da Administração, os atos administrativos costumam ser chamados de discricionários ou vinculados. Os primeiros, como os últimos, entretanto, a rigor não existem, pois nenhum ato é totalmente discricionário ou vinculado.” BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 92). Ademais ensina Maria Sylvia que nos casos em que a lei deixa certa margem de liberdade a autoridade para optar por uma dentre várias soluções cabíveis, o poder da Administração é discricionário. Porém, mesmo nessas situações “o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque sob alguns aspectos, (...) a lei impõe limitações.” (DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 201). Segue esse raciocínio Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de direito administrativo**. Op. cit. p. 399).

134 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. Op. cit. p. 215.

135 BLANCHET, Luiz Alberto. **Discricionariedade administrativa**. Op. cit. p. 24.

Administração Pública em que a lei não lhe permite qualquer margem de liberdade para decidir ou agir diante de um caso concreto.”¹³⁶

Da mesma postura compartilha Maria Sylvia, ao afirmar que:

A Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.¹³⁷

Por sua vez, seguindo este raciocínio José Cretella define os atos vinculados, ou predeterminados como:

os atos administrativos que se concretizam pela vontade condicionada ou cativa da administração, obrigada a manifestar-se positivamente, desde que se preencham, no caso, determinados requisitos fixados a priori pela lei.¹³⁸

À luz das definições acima apresentadas pode-se concluir que em se tratando de atos vinculados o agente público fica atrelado ao enunciado da lei. Porém, o fato do administrador estar jungido aos ditames legais não quer dizer que se reduza a um mero e automático aplicador da lei. Na mesma esteira depõe Hely Lopes:

tanto nos atos vinculados como nos que resultam da faculdade discricionária do Poder Público o administrador terá de decidir sobre a conveniência de sua prática, escolhendo a melhor oportunidade e atendendo a todas as circunstâncias que conduzam a atividade administrativa ao seu verdadeiro e único objetivo – o bem comum.¹³⁹

Assim, aproveitando a lição externada pelo autor ao mencionar a expressão “faculdade discricionária” convém esclarecer adiante os chamados atos discricionários.

Para tanto, é de todo útil começar essa análise com o conceito apontado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro acerca da discricionariedade administrativa, no sentido de faculdade que a lei confere à Administração Pública para apreciar o caso

136 GASPARINI, Diógenes. Op. cit. p. 92.

137 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 201.

138 CRETILLA JÚNIOR, José. Op. cit. p. 223.

139 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 167.

concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, a fim de escolher entre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.¹⁴⁰

Outrossim, com propriedade acrescenta José Cretella Júnior:

Denomina-se discricção a faculdade outorgada ao agente público de decidir ou deixar de decidir dentro do âmbito demarcado pela norma jurídica, entendendo-se por arbítrio a faculdade de operar sem qualquer limite, em todos os sentidos, com inobservância de qualquer norma de direito.¹⁴¹

Nesse diapasão leciona Marcus Vinícius C. Bittencourt:

Não se deve confundir, entretanto, discricionariiedade com arbitrariedade. Na discricionariiedade, o agente público age com liberdade dentro da lei, enquanto, na arbitrariedade, a atuação do administrador ultrapassa os limites legais. Todo ato arbitrário é nulo, pois extrapola o permitido pelo ordenamento jurídico, acarretando a responsabilidade do agente que o emitiu.¹⁴²

Desses trechos abstrai-se uma informação importante pertinente a distinção existente entre discricionariiedade e arbitrariedade. Logo, para evitar qualquer confusão faz-se necessário fixar que aquela embora permita uma esfera legal de liberdade ao administrador, este deve atuar dentro desse diâmetro, enquanto que, no cenário da arbitrariedade o agente público extrapola os limites legais, ignorando-os ou contrariando-os.

Por conseguinte, explica Gasparini:

discricionários são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento, sendo que esta escolha se faz por critério de *conveniência* e *oportunidade*, ou seja, de *mérito*.¹⁴³

Conforme o magistério de José dos Santos a conveniência e a oportunidade podem ser traduzidas como “os elementos nucleares do poder discricionário. A

140 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 201.

141 CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 52.

142 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit. p. 121.

143 GASPARINI, Diógenes. Op. cit. p. 92.

primeira indica em que condições vai conduzir-se o agente; a segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida.”¹⁴⁴

Contudo, Hely Lopes alerta quando prescreve que “discricionários, (...), só podem ser os meios e modos de administrar; nunca os fins a atingir”.¹⁴⁵ Esta, é em suma, mais uma daquelas posições que firmam o entendimento de que a finalidade estando ou não explícita deverá estar entrelaçada ao manto da lei.

Ademais, Celso Antônio Bandeira anuncia que os atos discricionários também merecem a devida atenção, ao enfatizar que:

dadas a multiplicidade e variedade de situações fáticas passíveis de ocorrerem – as quais serão distintas entre si pelas circunstâncias que as envolvem e pela coloração que também possuem –, é preciso que o agente possa, em consideração à fisionomia própria de cada qual, proceder à eleição da medida idônea para atingir de modo perfeito o objetivo da regra aplicada.¹⁴⁶

Enfim, a liberdade da qual o administrador usufrui quando envolve a prática de atos discricionários permite-lhe moldar melhor a situação concreta ao quadrante da lei, e inclusive atender as peculiaridades do caso.

Para Marcus Vinícius em síntese os traços distintivos dos atos vinculados e discricionários são:

No ato vinculado, todos os elementos estão estabelecidos em lei. Já no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos minuciosamente em lei (competência, finalidade e forma), enquanto outros são deixados para a análise do agente público (motivo e objeto), com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência.¹⁴⁷

Além disso, preceituam Fernando G. Knoer e Cibele D. Knoer:

transferindo a causalidade para o panorama da vinculação versus discricionariedade, nota-se que a vinculação nasce de uma relação de causalidade imediata, ou seja, a lei é a causa única, da qual o ato é mera consequência. Na discricionariedade, por sua vez, a relação de causalidade

144 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 25.

145 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 169.

146 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 845.

147 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit. p. 121.

é mediata, pois entre a lei (causa) e o ato (conseqüência) existe a avaliação do administrador diante do caso concreto.¹⁴⁸

Esses autores com base na causalidade forneceram mais uma forma de se visualizar a diferença entre os atos administrativos em exame. Contudo, em que pese às distinções apontadas, a idéia que se extrai do todo explanado é no sentido de que não há ato propriamente discricionário, mas sim, discricionariedade em razão da prática de certos atos.¹⁴⁹ Ademais, para dirimir qualquer celeuma sobre a questão acima há que se contemplar o registrado por Fernanda S. Zagonel:

Ainda, a moderna teoria do Direito Administrativo traz a idéia de que tanto os atos vinculados como os discricionários possuem, além da vinculação à lei, a vinculação aos princípios constitucionais elencados no art. 37 da Carta Magna. Esta é a idéia do Direito Constitucional-Administrativo, que prima pela satisfação dos interesses sociais e objetiva resguardar os direitos fundamentais do homem, sobremaneira a dignidade da pessoa humana.

[...]

Assim, entende-se que apesar de haver certa margem de liberdade inerente ao ato discricionário, deve-se ter em mente que esta liberdade é quantitativa e não qualitativa, ou seja, a atividade do administrador vincula-se às normas e princípios da boa-administração, não podendo se falar em ato imune ao controle judicial, portanto.¹⁵⁰

Sob esse prisma é possível concluir que independente do enquadramento dado ao ato administrativo, seja este vinculado ou discricionário, o que importa é que o agente público antes de executá-lo tenha em mente que o seu atuar está estritamente ligado às necessidades coletivas, e diante de tamanha responsabilidade o mínimo esperado é que esse compromisso seja concretizado com base não só na lei, mas inclusive, em sintonia com os princípios vigentes no ordenamento jurídico.

148 KNOERR, Fernando Gustavo e KNOERR, Cibele Fernandes Dias. Efeitos da vinculação e da discricionariedade. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.) **Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 267.

149 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 424.

150 ZAGONEL, Fernanda Sanson. **Vinculação e discricionariedade do ato administrativo: limites à atuação do administrador**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/27343>>. Acesso em: 19 jul. 2009.

4 PRINCÍPIOS CONDICIONANTES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Os princípios¹⁵¹ são as vigas mestres que sustentam todo o ordenamento jurídico brasileiro, porém isto não os tornam fórmulas estanques, posto que variam a cada momento histórico, social, e político da sociedade.¹⁵²

Entretanto, no que tange a Administração Pública, os princípios só foram sentidos através da Constituição Federal de 1988, haja vista que nos textos constitucionais anteriores não havia registro expresso deles, e inclusive, a maioria das normas na seara do direito administrativo era infraconstitucional.¹⁵³

O constituinte de 1988 ao contemplar no artigo 37, “*caput*”, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, e posteriormente o da eficiência, estabeleceu parâmetros importantes para a atuação da Administração, Pública, seja direta ou indireta, e em todas as esferas, federal, estadual e municipal.¹⁵⁴

De toda sorte, cumpre ressaltar que afora os princípios acima, outros também estão implicitamente presentes no texto constitucional.¹⁵⁵ Ademais, importa

151 Na concepção de Celso A. B. de Mello, princípio consiste em: “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 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 dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.” Ainda, adverte o referido autor que: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. 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.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit. p. 948-949).

152 VARASSIN, Luciana. Princípio da legalidade na administração pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2275>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

153 Id.

154 Id.

155 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit. p. 28.

consignar que na doutrina brasileira o rol de princípios pertinentes a Administração Pública pode variar de um autor para o outro,¹⁵⁶ o que demonstra a preocupação em estabelecer limites para a atuação do administrador e parâmetros seguros para o administrado.

Contudo, convém frisar que o estudo adiante se espreita nos princípios que estão expressamente dispostos na atual Constituição Federal.

4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Este princípio encontra-se expresso no texto constitucional de 1988 em dois momentos, um previsto no artigo 5º, inciso II, no qual preserva-se a liberdade dos cidadãos no sentido de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo que não seja previsto em lei.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Cf. José Cretella os princípios informadores do direito administrativo e derivantes do princípio da legalidade são: o da hierarquia, da auto-executoriedade, da continuidade, da presunção da verdade, da indisponibilidade, da especialidade, do poder-dever, da igualdade dos administrados, da tutela administrativa e da auto-tutela. (CRETELLA Júnior, José. Op. cit. p. 06). Para CARVALHO FILHO, os princípios podem ser expressos (legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência); reconhecidos (são aqueles usualmente referidos pela doutrina e jurisprudência, como o princípio da supremacia do interesse público, o da autotutela, o da indisponibilidade, e o da continuidade dos serviços públicos); e o princípio da razoabilidade. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 10-17). Já Celso Antônio traz como princípios explícitos e implícitos da Administração, os seguintes: a) princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; b) princípio da legalidade; c) princípio da finalidade; d) princípio da razoabilidade; e) princípio da proporcionalidade; f) princípio da motivação; g) princípio da impessoalidade; h) princípio da publicidade; i) princípio do devido processo legal e da ampla defesa; j) princípio da moralidade administrativa; k) princípio do controle judicial dos atos administrativos; l) princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos; m) princípio da boa administração; n) princípio da segurança jurídica. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit. p. 95-136).

¹⁵⁷ SANTOS IURCONVITE, Adriano dos. **O princípio da legalidade na constituição federal**. Disponível em: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2647/O_PRINCIPIO_DA_LEGALIDADE_NA_CONSTITUICAO_FEDERAL. Acesso em: 12 jul. 2009.

A regra encartada no artigo acima tende a regular o comportamento dos cidadãos e dos órgãos do governo, para que seja mantida a paz social e a segurança jurídica, que são elementos fundamentais dentro do cenário do Estado de Direito moderno.¹⁵⁸

Enfim, como dito a pouco o princípio em comento também aparece explicitamente pela segunda vez, no artigo 37, “*caput*” da Constituição Federal subordinando a Administração Pública a seus preceitos, nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, (...).¹⁵⁹

Desta forma, vê-se que ao administrador público cabe apenas um caminho, qual seja, obedecer a lei em toda a sua atuação, afinal, no âmbito da Administração Pública o princípio da legalidade¹⁶⁰ remete a idéia de submissão do Estado à lei.¹⁶¹

Segundo lição extraída da obra de Hely Lopes:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.¹⁶²

158 SANTOS IURCONVITE, Adriano dos. **O princípio da legalidade na constituição federal.** Disponível em:

<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2647/O_PRINCIPIO_DA_LEGALIDADE_NA_CONSTITUICAO_FEDERAL>. Acesso em: 12 jul. 2009.

159 TOLEDO PINTO, Antonio Luiz; SANTOS, Márcia Cristina Vaz e CÉSPEDES, Livia. **Códigos civil; comercial; processo civil e constituição federal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 30

160 Luis Roberto Barroso ao esmiuçar o significado do princípio da legalidade destaca que este pode manifestar-se de dois modos, ou melhor, por meio dos seguintes princípios:

“a) da preeminência da lei, significando que todo e qualquer ato infralegal que não esteja de acordo com a lei será considerado inválido, por ser a lei a fonte suprema do direito;

b) da reserva da lei: aqui, significa que determinadas matérias somente podem ser reguladas por lei, afastando-se quaisquer regulamentações por outras espécies de atos normativos.” Entretanto, há que se observar a lição externada pelo autor com ressalvas, posto que tanto na órbita do direito administrativo, bem como nos demais ramos já está sedimentado o entendimento de que a Constituição é o núcleo de todo o sistema jurídico brasileiro. (BARROSO, Luis Roberto. **Princípio da legalidade.** **Boletim de direito administrativo**, São Paulo: NDJ, Ano XIII, v. 01, jan. 1997. p. 15-28).

161 SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 148.

162 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 87.

Pelo exposto, abstrai-se que o administrador público não age segundo sua vontade pessoal, mas sim, em nome da coletividade, de modo que seus atos só terão validade desde que cometidos sob a observância da lei.

De outra forma, ensina Celso A. B. de Mello:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização da vontade geral.¹⁶³

Ainda é importante reportar-se ao fato de que mesmo nas hipóteses, em que o agente público goza de certa liberdade para realizar sua atividade, a margem de discricionariedade que lhe é conferida é relativa, pois deverá também atuar segundo a norma jurídica posta, e de acordo com todo o ordenamento jurídico. A propósito ensina Celso A. Bandeira de Mello que:

(...) não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de Discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro (...).¹⁶⁴

Em suma, o princípio da legalidade “configura uma das maiores garantias do administrado frente ao Poder Público.”¹⁶⁵

Portanto, trata-se o princípio em comento de um instrumento essencial para a delimitação da vontade da Administração Pública, pois, como será *a posteriori* explanado detalhadamente, o administrador público terá que orientar sua atividade não só com vistas à lei, mas tendo como norte todo sistema jurídico.

163 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. Op. cit. p. 57.

164 Ibid. p. 832.

165 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit. p. 30.

4.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade refletiu a preocupação do constituinte ordinário em estabelecer que as atividades administrativas sejam realizadas de forma neutra e objetiva, visando o cumprimento do interesse público.¹⁶⁶

Quando se fala que algo é impessoal, isto suscita a idéia de que o referencial não é uma pessoa em particular, mas às pessoas em geral.¹⁶⁷ Então, com base nessa definição, porém transportando-a e adequando-a para a esfera da Administração Pública tem-se que o administrador público ao exercer a atividade administrativa desvincula-se de suas marcas pessoais e particulares procurando atender as necessidades coletivas, o bem comum. Assim sendo, não há espaço para subjetivismos. Perfilhando este entendimento, Celso A. B. de Mello assevera que:

nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.¹⁶⁸

Depreende-se do aludido que Administração ao se dirigir a coletividade deve fazê-lo sem instituir favoreritismos ou preterir qualquer dos seus administrados.

Ademais, importa registrar que na concepção do autor supracitado o princípio da impessoalidade é o próprio princípio da igualdade ou da isonomia, tal como disposto abaixo:

166 BITTECOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit. p. 31.

167 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa.** (coord.) FERREIRA, Marina Baird.; ANJOS, Margarida dos.; FERREIRA, Elza Tavares...[et al]. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 295.

168 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** Op. cit. p. 114.

O Princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.

No texto constitucional há, ainda algumas referências a aplicações concretas deste princípio, como ocorre no art. 37, II, ao exigir que o ingresso em cargo, função ou emprego público depende de concurso público, exatamente para que todos possam disputar-lhes o acesso em plena igualdade.¹⁶⁹

Compartilha desse posicionamento Juarez Freitas nas seguintes dimensões:

O princípio da imparcialidade (que o constituinte preferiu denominar, impropriamente, princípio da impessoalidade), deriva do princípio geral da igualdade. Mister traduzi-lo como vedação constitucional de qualquer discriminação ilícita e atentatória à dignidade humana (quer dizer, vedação de toda discriminação negativa, mostrando-se lícitas apenas as ações afirmativas ou discriminações inversas ou positivas, que estabeleçam quotas, por exemplo, de modo comedido, inteligente e proporcional). Segundo o princípio, a Administração Pública precisa dispensar um tratamento isonômico a todos, sem privilégios, tampouco qualquer manobra persecutória. Quer-se a instauração, acima de sinuosos personalismos (sem prejuízo da valorização diferencial do bom agente público), do governo dos princípios, em lugar de idiossincráticos projetos de cunho particularista e antagônico à consecução do bem viver.

[...]

A dizer de outro modo, o princípio da imparcialidade determina que o agente público proceda com desprendimento, atuando desinteressada e desapegadamente, com isenção, sem perseguir nem favorecer, jamais movido por interesses subalternos. Mais: implica o primado das idéias e dos projetos marcados por razões públicas em lugar dos efêmeros motivos característicos dos cultivadores do poder como hipnose fácil e encantatória. O princípio da imparcialidade apresenta derivação nítida do princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput*).¹⁷⁰

Além disso, compete observar que o princípio em exame funciona em duas vias, uma que diz respeito à impessoalidade do administrador quando da prática do ato, e outra, na qual a impessoalidade incide no próprio administrado como destinatário daquele ato.¹⁷¹ Para entender a primeira situação são válidas as lições de Marcus Vinícius ao mencionar que:

os atos administrativos sempre são imputados à pessoa jurídica e não ao agente público que o pratica. Nesse sentido, determina o art. 37, § 1º da Constituição 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.”¹⁷²

169 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit. p. 114.

170 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 50.

171 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 68.

172 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit. p. 32.

Já a segunda via torna-se clara à medida que o princípio da impessoalidade “passa a afirmar-se como uma garantia de que este não pode e não deve ser favorecido ou prejudicado, no exercício da atividade da Administração Pública, por suas exclusivas condições e características.”¹⁷³

Outrossim, torna-se oportuno ressaltar que de acordo com Diogo de Figueiredo, o princípio em comento proíbe que o Estado persiga interesses públicos secundários, ou seja, aqueles que não tenham ligação com os interesses primários indicados na lei. Para tanto, o autor entende que a justificativa desse raciocínio encontra guarida na natureza jurídica ficta da personalização do Estado, o qual em razão dessa perspectiva jamais deve atuar primando por seu específico benefício, mas sim, pelo da sociedade.¹⁷⁴

Destarte, conclui-se que Administração não pode beneficiar ou sancionar alguém utilizando como critério as características ou as condições pessoais dos seus administrados. Assim, resta evidenciado que o princípio da impessoalidade tem papel fundamental em toda a atividade administrativa, principalmente, quando entra em cena aquela margem de liberdade concedida ao administrador, funcionando, portanto, como mais um limite à discricionariedade administrativa.

173 SERESUELA, Nívea Carolina de Holanda. Princípios constitucionais da Administração Pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3489>>. Acesso em: 21 jul. 2009.

174 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Op. cit. p. 95.

4.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Com o advento da Constituição Federal de 1988 deu-se a positivação do princípio da moralidade. Contudo, nesse ínterim não havia previsão expressa de um princípio que vinculasse as ações administrativas a uma atmosfera moral. Deste modo, partia-se da idéia de que, uma vez observadas as formas legais pela Administração Pública estaria atendido o princípio moral.¹⁷⁵ Enfim, a lógica que preponderou nesse período foi de que a lei possuía o “mínimo ético, indispensável que a sociedade exige de seus membros.”¹⁷⁶

Assim, após a inserção do referido princípio no texto constitucional a “moralidade administrativa é condição essencial no agir do administrador público.”¹⁷⁷ Nesse sentido, com base nas lições de Maurice Hauriou é salutar expor a síntese elaborada por Hely Lopes:

A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., art. 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.” Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos – “non omne quod licet honestum est.” A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a

175 O princípio da moralidade na Administração Pública: A necessidade e as implicações da definição axiológica de moralidade nos parâmetros do Estado contemporâneo. Disponível em: <http://74.125.47.132/search?q=cache:6dcoCHwqaolJ:www.unisc.br/universidade/estrutura_administrativa/centros/cepejur/docs/artigo08.doc+O+princ%C3%ADpio+da+moralidade+na+Administra%C3%A7%C3%A3o+P%C3%BAblica:+A+necessidade+e+as+implica%C3%A7%C3%B5es+da+defini%C3%A7%C3%A3o+axiol%C3%B3gica+de+moralidade+nos+par%C3%A2metros+do+Estado+contempor%C3%A2neo.&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 22 jul. 2009.

176 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Op. cit. p. 75.

177 BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Op. cit. p. 32.

moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum.

[...]

O certo é que a *moralidade* do ato administrativo, juntamente com a sua *legalidade e finalidade*, além da sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima.¹⁷⁸

Destarte, sob o prisma constitucional o administrador deve atuar sabendo discernir o que é honesto do que não o é, pois a moralidade que guia o administrador não é só a moral comum, mas a jurídica, pois é preciso que esteja atento também as regras éticas estabelecidas no interior da Administração.

Na concepção de Juarez Freitas o princípio da moralidade goza de autonomia jurídica nos exatos e seguintes termos:

No tangente ao princípio da moralidade, por mais que tentem assimilá-lo a outras diretrizes e conquanto experimentando pronunciada afinidade com todos os demais princípios, certo é que o constituinte brasileiro, com todas as imensas e profundíssimas conseqüências técnicas e hermenêuticas que daí advêm, pretendeu conferir autonomia jurídica. Segundo o princípio, *estão vedadas condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral médio superior da sociedade*, a ponto de não comportarem condescendência. *Não se confunde, por certo, a moralidade com o moralismo, este último intolerante e não-universizável por definição.*

De certo modo, tal princípio poderia ser identificado com o da justiça, ao determinar que se trate a outrem do mesmo modo que se apreciaria ser tratado, isto é, de modo virtuoso e honesto. O "outro", aqui, é a sociedade inteira, motivo pelo qual o princípio da moralidade exige que, fundamentada e intersubjetivamente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados à luz da orientação decisiva e substancial, que prescreve o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos da Constituição, cumprindo verificar exemplarmente, o combate contra toda e qualquer lesão moral ou imaterial provocada por ações públicas não-universalizáveis, destituídas de probidade e de honradez.

(...) como princípio autônomo e de valia tendente ao crescimento, colabora, ao mesmo tempo, para reforço dos demais e para a superação da dicotomia rígida entre Direito e Moral, rigidez tão enganosa quanto aquela que pretende separar Direito e Sociedade, notadamente à vista dos avanços teóricos na reconceituação do sistema jurídico na teoria contemporânea.¹⁷⁹

A semelhança do exposto, Fábio Medina relata que:

a moralidade administrativa abrange padrões objetivos de condutas exigíveis do administrador público, independentemente, inclusive, da legali-

178 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 89.

179 FREITAS, Juarez. Op. cit. p. 53-54.

dade e das efetivas intenções dos agentes públicos.¹⁸⁰

Portanto, ambos os autores dentro de suas perspectivas revelam a singularidade pertinente ao princípio da moralidade. Diogo de Figueiredo seguiu neste sentido, ao afirmar que:

Nessa hipótese, o Judiciário terá, além da tradicional competência de perquirir da legalidade do ato, a competência acrescida de considerar se esse dever da boa administração foi ou não cumprido pelo agente, diante de caso específico que lhe seja submetido.¹⁸¹

Ademais, a Constituição Federal ao prestigiar o princípio da moralidade na órbita da Administração Pública procurou conferir também alguns meios de proteção a moralidade, como disposto no artigo 5º, inciso LXXIII, ao prever que qualquer cidadão poderá propor ação popular objetivando anular ato lesivo à ela. De outro modo, fixou ainda no texto constitucional no artigo 37, § 4º, que os atos de improbidade¹⁸² administrativa “importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.” Já a nível infraconstitucional encontra-se a Lei nº 8.429/92, a qual trata dos atos de

180 OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 155-156.

181 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Op. cit. p. 73.

182 Cf. Fábio Medina leciona é comum alguns doutrinadores estabelecerem certa conexão entre a moralidade e a improbidade, tal como descreve: Cabe lembrar, como efeito, que respeitado setor doutrinário sustenta que a probidade administrativa estaria necessariamente ligada à idéia de moralidade administrativa, o que torna necessário o exame mais detido do dever de probidade constitucionalmente imposto aos agentes públicos.

A improbidade administrativa tem profunda conexão com o princípio da moralidade administrativa, sendo que tal premissa não pode ser objeto de dúvidas fundamentadas. (OSÓRIO, Fábio Medina. Op. cit. p. 157). Nesse diapasão manifesta-se Maria Sylvania, ao informar que, como princípios a moralidade e a probidade têm praticamente o mesmo significado, porém, quando se faz referência a improbidade como ato ilícito, no sentido de infração que o ordenamento jurídico sanciona, não há mais equivalência entre as duas expressões, posto que a improbidade possui um sentido mais amplo, afinal, compreende tanto os atos desonestos ou imorais, quanto os ilegais. Na lei de improbidade administrativa a lesão à moralidade administrativa configura apenas uma das situações de improbidade. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 765).

improbidade administrativa, as modalidades, as cominações e os processos de apuração.¹⁸³

Diante dessa explanação, pode-se constatar que a partir da Constituição Federal, cabe ao administrador público pautar todos seus passos tendo como vetor o princípio da moralidade, cuja importância restou fortalecida inclusive pelos mecanismos que fixaram as consequências advindas de sua violação.

4.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Este princípio determina que toda a atuação da Administração seja transparente, para que seja possível realizar o controle interno e externo da gestão da coisa pública.¹⁸⁴ Isto decorre da idéia de que em um Estado Democrático de Direito, onde o poder é exercido pelo povo é inconcebível privá-lo das informações referentes ao trato com a *res publica*.¹⁸⁵

Segundo o magistério de José A. da Silva:

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser 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.¹⁸⁶

Ainda, frisa o referido autor citando Hely Lopes que:

(...) a 'publicidade, como princípio da administração pública [diz Hely Lopes Meirelles], abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto da divulgação oficial de seus atos, como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes (...).'¹⁸⁷

183 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit. p. 32-33.

184 Ibid. p. 33.

185 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit. p. 114.

186 SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 649.

187 Ibid. p. 650.

Em consonância com o aludido tem-se o artigo 5º, inciso XXXIII,¹⁸⁸ da Constituição Federal que assegura a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, só se admitindo sigilo quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Nestes termos opera-se de forma mais eficiente o próprio controle popular sobre a Administração Pública.¹⁸⁹

Assim, fica claro que com respaldo no princípio da publicidade, o administrado tem como fiscalizar e controlar a conduta e o desempenho da Administração.

4.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A introdução deste princípio no artigo 37, “*caput*”, da Constituição Federal deu-se com a reforma administrativa efetuada especialmente pela EC nº 19/98,¹⁹⁰ mas já se fazia presente no Decreto-Lei nº 200/67. Este tratava do comportamento dos servidores públicos e do controle da Administração Pública.¹⁹¹

188 Cf. Canotilho ensina a esse dever de publicidade denominou de direito de arquivo aberto:

O direito ao arquivo aberto deve hoje conceber-se não apenas como o direito a obter informações por parte dos cidadãos, mas também como direito a uma comunicação aberta entre as autoridades e os cidadãos. A comunicação aberta implicará, entre outras coisas, o dever de a administração fornecer activamente informações (ex.: colocar os dados informativos na Internet, criar sites adequados, ofertas online). (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 516.)

189 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 70.

190 Cf. Paulo Modesto, jurista da nova geração, participou por força do cargo que ocupava no extinto Ministério da Administração, dos trabalhos dos quais resultou a emenda aprovada pelo Congresso. A partir de então, divulgou um estudo sob o título “Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência”, na revista eletrônica *Diálogo Jurídico* nº 2, de maio de 2001. Nesse estudo o jurista declarou que desde o início combateu a inserção do princípio no texto constitucional, defendendo entre outros argumentos, que ela mostrava-se “desnecessária e redundante”. Em que pese tal postura, Modesto entende que o referido princípio “merece ser revigorado”. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito brasileiro. **Revista diálogo jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de atualização jurídica, nº 14, junho-agosto 2002, Salvador. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

191 BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Op. cit. p. 34.

Mas que sentido guarda o termo “eficiência”? Um dos doutrinadores que trata do assunto é Alexandre de Moraes, quando expressa que:

*princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a 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, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.*¹⁹²

Por outro lado, Antônio Cintra sustenta que antes de saber o que é eficiência é necessário entender a palavra “eficácia”. Para tanto, este autor utilizou-se da lição externada por Idalberto Chiavenato, de que a “eficiência não se preocupa com os fins, mas simplesmente com os meios. O alcance dos objetivos visados não entra na esfera de competência da eficiência, é um assunto ligado à eficácia.”¹⁹³ Deste modo, a luz desse raciocínio Cintra informa que juridicamente a eficiência diz respeito aos meios, ao passo que a eficácia refere-se aos resultados.¹⁹⁴

Numa definição expositiva acerca do princípio da eficiência Celso A. B. de Mello afirma que:

A Constituição se refere, no art. 37, ao princípio da eficiência. Advirta-se que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. O fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’.¹⁹⁵

Por conseguinte, examinando que a expressão “eficiência” foi cunhada de forma ampla por Ubirajara Costodio é de todo útil trazer a baila seu ensinamento:

192 MORAES, Alexandre de. **Reforma administrativa: emenda constitucional nº 19/98**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 30.

193 CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. 4. ed. São Paulo: McGraw Hill, 1993. p. 238.

194 AMARAL, Antônio Cintra do. O princípio da eficiência no direito brasileiro. **Revista diálogo jurídico**, nº 14, junho-agosto de 2002, Salvador. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

195 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit. p. 122.

Do exposto até aqui, identifica-se no princípio constitucional da eficiência três idéias: prestabilidade, presteza e economicidade. Prestabilidade, pois o atendimento prestado pela Administração Pública deve ser útil ao cidadão. Presteza porque os agentes públicos devem atender o cidadão com rapidez. Economicidade porquanto a satisfação do cidadão deve ser alcançada do modo menos oneroso possível ao Erário público. Tais características dizem respeito quer aos procedimentos (presteza, economicidade), quer aos resultados (prestabilidade), centrados na relação Administração Pública/cidadão.

Ocorre que há também outra espécie de situação a ser considerada quanto à Administração e que não engloba diretamente os cidadãos. Trata-se das relações funcionais internas mantidas entre os agentes administrativos, sob o regime hierárquico. Nesses casos, é fundamental que os agentes que exerçam posições de chefia estabeleçam programas de qualidade de gestão, definição de metas e resultados, enfim, critérios objetivos para cobrar de seus subordinados eficiência nas relações funcionais internas dependerá a eficiência no relacionamento Administração Pública/cidadão.

Observando esses dois aspectos (interno e externo) da eficiência na Administração Pública, então, poder-se-ia enunciar o conteúdo jurídico do princípio da eficiência nos seguintes termos: a Administração Pública deve atender o cidadão na exata medida da necessidade deste com agilidade, mediante adequada organização interna e ótimo aproveitamento dos recursos disponíveis.¹⁹⁶

Enfim, como dito por Marcus Vinícius:

a previsão do princípio da eficiência no plano constitucional significa uma tentativa de alteração do paradigma existente, para um *sistema de mérito*, possibilitando maior controle de resultados na atividade administrativa.¹⁹⁷

Destarte, o princípio da eficiência permite um maior controle inclusive pelo Poder Judiciário, principalmente, no caso de atos administrativos de caráter discricionário. Portanto, mesmo que o administrador público desfrute de alguma liberdade nas suas decisões, há limite para essa discricionariedade, porque é salutar que a solução escolhida seja aquela que melhor absorva todo o alcance da eficiência exigida pela ordem constitucional.¹⁹⁸ Nesse diapasão registra Hélio

196 COSTODIO FILHO, Ubirajara. A Emenda constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. In: **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, p. 210-217, abr./jul. 1999. p. 214.

197 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit. p. 34.

198 Cf. elucida Robertônio S. Pessoa: Em vista no novel princípio da eficiência acreditamos que o juiz, quando provocado, poderá aferir, diante de argumentos técnicos claros e insofismáveis, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades admitidas pela lei, revelou-se, in concreto, a solução mais eficiente, como queria a norma legal. Por conta desta prerrogativa, incita no próprio princípio da legalidade, e agora reforçada com o princípio da eficiência, a autoridade judiciária poderá concluir que, a despeito de fazer uso de competência discricionária, a decisão tomada não foi a mais eficiente, ou seja, a que melhor se ajustava ao escopo legal. (PESSOA, Robertônio Santos. Princípio da eficiência e controle dos atos discricionários. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=342>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

Santiago que “a elevação da eficiência ao nível de princípio constitucional da Administração Pública implica na possibilidade de anulação de ato administrativo pelo Poder Judiciário quando houver violação a este princípio.”¹⁹⁹ Em síntese, a idéia é que Administração Pública molde seu atuar tendo como norte a busca “pelo máximo de resultado com o mínimo de custo possível.”²⁰⁰

5 O CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE OS ATOS ADMINISTRATIVOS

A incursão histórica demonstrada no início deste trabalho foi importante para sedimentar a idéia de que o controle dos atos administrativos tornou-se algo viável a partir do Estado de Direito, e desde então tem-se dado cada vez mais atenção a esse assunto, conforme será retratado adiante.

5.1 O ALCANCE DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE OS ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS

Quando entra em cena a questão relativa ao controle jurisdicional sobre os atos administrativos vinculados e discricionários, não restam dúvidas de que ambos podem passar pelo crivo do Poder Judiciário, sendo que no primeiro caso trata-se de

199 RAMOS JÚNIOR, Hélio Santiago. **Princípio da eficiência e governo eletrônico no Brasil: o controle da Administração Pública pelo cidadão brasileiro**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/2014/30660>>. Acesso em: 23/07/09.

200 BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Op. cit. p. 34.

um exame mais amplo, e no segundo, restrito ao aspecto da legalidade. Desta forma expõe com propriedade Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade e reconhecer que essa conformidade inexistiu.

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.²⁰¹

Em síntese Hely Lopes averba que:

O controle judiciário é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza uma atividade administrativa. É um controle *a posteriori*, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege. Mas é sobretudo um meio de preservação de direitos individuais, porque visa impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários.²⁰²

Portanto, vê-se que os atos administrativos vinculados e, sobretudo, os discricionários podem ser alvo do controle judicial no que toca a legalidade. Porém, a situação fica nebulosa no momento em que se traz à baila o mérito do ato administrativo. Afinal, este é fruto de um juízo de valor realizado pelo administrador público quanto a oportunidade, e conveniência do ato. Nesse sentido leciona Bandeira de Mello:

*Mérito é o campo de liberdade suposto na lei que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.*²⁰³

Logo, seria possível ao Poder Judiciário realizar o controle do ato administrativo discricionário adentrando neste contexto, uma vez que a apreciação do mérito é de competência privativa da Administração Pública?

201 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 206.

202 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 687.

203 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. Op. cit. p. 38.

De acordo com Hely Lopes:

(...) não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o *mérito administrativo*, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O *mérito administrativo*, relacionando-se com conveniências do Governo ou com elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário (...).²⁰⁴

Em consonância com o aludido assevera Maria Sylvia:

(...) não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto.²⁰⁵

Portanto, a corrente doutrinária que defende a intangibilidade do controle jurisdicional do mérito sustenta em outras linhas que a abertura dessa análise ao Poder Judiciário pode acarretar violação ao princípio da separação de poderes.²⁰⁶

Da mesma opinião compartilha Moraes ao afirmar que a verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos foge ao controle judicial do Estado, tendo em vista o princípio da separação de poderes.²⁰⁷

Nesse sentido manifesta-se Moreira Neto, ao declarar que entende ser inadmissível a substituição das opções administrativas, mas, adverte que permanece vigente o dever de não se permitir que elas violem a lei, ainda que de forma indireta.²⁰⁸ Ademais, destaca o referido autor que não é a discricionariedade em si que está sujeita a apreciação judicial, “mas o resultado de seu exercício e, ainda assim, no que exorbitou dos limites da ordem jurídica.”²⁰⁹

Como arremate registra Moreira Neto que:

204 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 689.

205 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 206.

²⁰⁶ MARTINS, Fernanda Greca. **O controle do mérito dos atos administrativos**. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/318128/>>. Acesso em: 4 ago. 2009.

²⁰⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas. 2002. p. 136.

²⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre limites e controle da discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 56-57.

²⁰⁹ Ibid. p. 60.

O Judiciário pode, [...], anular atos administrativos discricionários, fundados em *inexistência de motivo, insuficiência de motivo, inadequabilidade de motivo, incompatibilidade de motivo, desproporcionalidade de motivo, impossibilidade de objeto, desconformidade de objeto e ineficiência de objeto*, apenas controlando os *limites* objetivos do exercício discricionário.

O que se defere ao Judiciário é, portanto, uma tarefa que é, por definição, materialmente sua – o controle de legalidade – um *poder-dever* que lhe é próprio.

O *controle dos limites*, aqui preconizado, não é, portanto, a negação da discricionariedade nem, tampouco, a substituição do administrador pelo juiz, se não que, ao contrário, é seu reforço pela precisão, com que beneficia o instituto e o sistema, e pela segurança com que brinda ao administrado, em última análise, origem e destinatário da ordem jurídica.

A sindicabilidade jurisdicional não reside na *reavaliação* do mérito, como poderia parecer aos que se encastelam em ultrapassados preconceitos doutrinários, mas na *verificação* de sua *conformidade* a esses limites: o Judiciário não examina o mérito em si, mas no que o exorbita.

Tampouco redefine, o Judiciário, pelo exercício do controle, o interesse público. Este cabe ser definido pelo Legislativo e, residualmente, pela Administração. Mas o juiz parte do interesse público *já definido* e integrante da lei, que necessariamente há de estabelecer competência e finalidade para a prática dos atos administrativos.²¹⁰

A semelhança do acima aventado ensina Pazzaglini Filho:

(...) se o fato, o ato ou contrato administrativo, procedente do juízo ou da decisão discricionária do agente público, admitir algumas soluções corretas e, portanto, legítimas, e a escolhida revelar-se razoável ou eficiente na situação concreta, não pode o Juiz eleger outra do elenco das soluções corretas para o caso em julgamento que, segundo sua apreciação subjetiva, sua pauta de valores pessoais, seria mais adequada do que a adotada pela Administração Pública para atingir a finalidade legal. Se tal procedimento judicial fosse permitido, haveria a metamorfose do juiz em administrador substituto e, por conseguinte, a submissão da Administração Pública ao indevido discricionarismo do Poder Judiciário o que é atentatório ao sistema normativo e à própria tripartição constitucional dos poderes públicos.

Então, havendo, em um caso concreto submetido ao crivo do Judiciário, mais de uma solução correta e, sendo inviável, mediante aplicação dos princípios constitucionais e, pois, por meio de critérios da legalidade conhecer a única correta ou legítima ao caso em exame, tem que prevalecer a medida que o agente público, segundo o seu juízo discricionário, reputou a mais conveniente e oportuna ou, utilizando-se os parâmetros modernos, recepcionados pela Carta Magna, a mais eficiente e razoável para o caso em exame. É apenas nessa circunstância que a decisão do agente público não pode ser modificada pelo Poder Judiciário. É unicamente nessa esfera que reside a liberdade administrativa insindicável, o espaço livre de apreciação do agente público, não sujeito à revisão jurisdicional.²¹¹

Nesse diapasão, preleciona Figueiredo:

O limite da atuação do Poder Judiciário será gizado pelo próprio Judiciário, que tem por finalidade dizer o direito no caso concreto sem invadir a

²¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre limites e controle da discricionariedade**. Op. cit. p. 62-63.

²¹¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do Poder Judiciário**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 115.

competência administrativa. Isso faz parte do equilíbrio e do jogo de poderes.²¹²

Em contrapartida, Marques Neto nutre a idéia de que o princípio da separação de poderes não pode configurar-se num entrave a qualquer espécie de controle, e o autor para embasar seu posicionamento utiliza-se da Lei de ação popular - nº 4.717/65. Esta, segundo o entendimento de Marques:

preconiza a possibilidade de anulação de atos administrativos por vício de finalidade, inexistência de motivo ou desvio de finalidade, elementos que levam, necessariamente, à apreciação da margem de discricionariedade.²¹³

De outra banda, há aqueles que defendem a possibilidade do Judiciário exercer o controle meritório dos atos discricionários, apontando como uma das justificativas o respeito a outro princípio, qual seja, o da inafastabilidade da jurisdição encartado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Este dispositivo determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Assim sendo, para ilustrar melhor esse raciocínio cumpre observar as palavras de Giuliano:

Ora, aceitar que ao Poder Judiciário é vedado apreciar questões referentes ao mérito administrativo é o mesmo que ler o referido inciso XXXV, do art. 5º da CF, como se nele estivesse escrito, e não está, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, excetuando-se os casos em que estiverem envolvidas questões de matéria de mérito administrativo.

Por via reflexa, o que é pior, restaria subentendido que a administração pública estaria autorizada, pelo legislador originário, a praticar atos de mérito administrativo e/ou de *interna corpore* eivados de vício e ilegalidade, posto estes jamais poderiam ser apreciados pelo Poder Judiciário.²¹⁴

Neste passo, Germana de Oliveira também enfrenta a matéria, salientando que:

²¹² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. Op. cit. p. 374.

²¹³ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Discricionariedade administrativa e controle judicial da Administração. **Boletim de direito administrativo**. São Paulo, jun. 2002. p. 463.

²¹⁴ RUBIN, Giuliano. **O controle jurisdicional do mérito administrativo**. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_setembro_2007/controle_jurisdicional_giuliano.pdf>. Acesso em: 10 ago.2009.

o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional constitui o fundamento da possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos exteriorizados em função da atividade administrativa não vinculada, no Direito brasileiro, enquanto o princípio da publicidade, com o consectário dever de fundamentação das decisões administrativas viabiliza esse controle.²¹⁵

Com efeito, Miguel Beltrán Felipe ressalta que “parece absolutamente imprescindível buscar o encaixe da discricionariedade administrativa na arquitetura constitucional,”²¹⁶ e é sob este prisma que o princípio da legalidade abre caminhos a outro denominado juridicidade.

A importância desse princípio na órbita do controle jurisdicional reside no fato de que, com vistas ao princípio da legalidade o controle jurisdicional restringia-se apenas ao exame da conformidade do ato administrativo com a lei em sentido estrito, mas, no campo da juridicidade, além disso, exige-se o respeito aos princípios jurídicos, constitucionais e as demais formas de expressão jurídica.²¹⁷

Outrossim, confirmando o disposto acima, há de se atentar as palavras de Germana de Oliveira Moraes:

Ao ordenar ou regular a atuação administrativa, a legalidade não mais guarda total identidade com o Direito, pois este passa a abranger, além das leis – das regras jurídicas, os princípios gerais de Direito, de modo que a atuação do Poder Executivo deve conformidade não mais apenas com a lei, mas ao Direito, decomposto em regras e princípios jurídicos, com superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade.²¹⁸

[...]

A assunção pelo princípio da legalidade desses novos conteúdos: de legalidade constitucional, ao ordenar e regular o Poder Legislativo, e de juridicidade, ao ordenar e regular o Poder Executivo, repercutirá, diretamente sobre a compreensão teórica da Discricionariedade e a amplitude do controle jurisdicional da atividade administrativa, (...).²¹⁹

²¹⁵ OLIVEIRA MORAES, Germana de. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 107.

²¹⁶ FELIPE, Miguel Beltrán de. Apud MÜLLER, Luciano Scherer. **O controle jurisdicional dos atos administrativos frente ao princípio constitucional da inafastabilidade de apreciação judicial e a tutela jurídica efetiva – o direito de fazer valer os direitos**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070430ocontrole_luciano.php>. Acesso em: 7 jul. 2009.

²¹⁷ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 72-74.

²¹⁸ OLIVEIRA MORAES, Germana de. Op. cit. p. 21.

²¹⁹ Ibid. p. 5.

Logo, extrai-se do aludido que o princípio da juridicidade representa uma “evolução da interpretação do direito administrativo, que veio para suplantar o princípio da legalidade, dando maior amplitude para a manifestação dos atos administrativos e sua interpretação.”²²⁰

Gustavo Binenbojm também compartilha das posturas reveladas acima ao descrever que a atividade administrativa pode se realizar das seguintes formas:

segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).²²¹

Assim, por tudo que foi explanado é possível concluir que o Poder Judiciário pode exercer controle sobre os atos administrativos vinculados e discricionários. Contudo, restou claro que é sobre estes que realmente se concentra o dilema acerca do alcance do controle judicial, pois pela doutrina tradicional os atos administrativos discricionários até podem passar pelo crivo judicial, mas desde que se limitando a questão da legalidade.

Todavia, o parâmetro de controle fulcrado no princípio da legalidade acabou adquirindo um novo colorido ante a dimensão proporcionada pelo princípio da juridicidade. Afinal, à luz deste, o próprio mérito dos atos pode ser alvo de controle jurisdicional, haja vista que não bastam os atos administrativos estarem de acordo com a lei em sentido estrito, e sim, que seja constatada a consonância com todas as regras e princípios do ordenamento jurídico.

²²⁰ MAEDA SMITH, Chyntia. **Do princípio da legalidade ao princípio da juridicidade administrativa.** Disponível em: <<http://www.jusvox.com.br/mostraArtigo.asp?idNoticia=62>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

²²¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 143.

5.2 PRINCIPAIS TEORIAS QUE JUSTIFICAM A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL SOBRE O MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Com a evolução da organização estatal por via reflexa foi-se aprimorando o controle sobre os atos administrativos, tanto é que da ausência de total fiscalização em período anterior ao Estado Democrático de Direito surgiram algumas teorias que possibilitam a realização do referido controle. Desta feita, merece realçar dentre elas, a teoria do desvio de finalidade, a dos motivos determinantes, e por fim, a principiológica, fundamentada no princípio da juridicidade.²²²

5.2.1 Teoria do desvio de finalidade

A proposta desta teoria assenta-se na fixação de limites ao exercício do poder discricionário, de modo que a veia do controle jurisdicional possa dilatar-se, pois em tese o Poder Judiciário não pode penetrar na esfera funcional do Poder Executivo.²²³

No Brasil a teoria em exame foi acolhida e isto é facilmente constatado através da Lei nº 4.717/65, a qual traz expressamente no seu artigo 2º, parágrafo único, alínea “e”, que “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”

²²² CARVALHO, Patrícia Cunha de. **Necessidade de motivação nos atos administrativos discricionários.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/20189/19753>>. Acesso em: 11 jul. 2009.

²²³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo.** Op. cit. p. 207.

Além desse conceito legal outros são identificados pelo campo doutrinário, a exemplo de Maria Sylvia ao ensinar que:

(...) o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei.²²⁴

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello o vício do desvio de poder comporta duas modalidades:

(...), o agente administrativo, servindo-se de uma competência que em abstrato possui, busca uma finalidade alheia a qualquer interesse público. Neste caso atua para alcançar um fim pessoal, que tanto pode ser de perseguição a alguém como de favoritismo ou mesmo para atender um interesse individual do próprio agente. Em *outra modalidade*, manejando também uma competência que em abstrato possui, busca atender uma finalidade pública que, entretanto não é aquela própria, específica da competência utilizada. Aí ter-se-á valido de uma competência inadequada, de direito, para o atendimento da finalidade almejada.²²⁵

Em ambos os casos ocorreram o desvio de poder, seja este realizado de forma direta ou indireta, conforme se pode observar do trecho destacado acima.

Neste contexto, é conveniente expor comentário feito por Caio Tácito:

O administrador não gere interesses próprios ou particulares; ele é o titular de atribuição que lhe permitem cuidar de interesses coletivos e sua conduta é determinada por antecedentes objetivos que a inspiram e condicionam. A autoridade competente não atua no vácuo; ela age em função de aspectos de fato ou de direito que determinam suas deliberações. Não basta, porém, que a autoridade seja competente, o objeto lícito e os motivos adequados. A regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, necessariamente, a interesses públicos caracterizados. Não lícito é à autoridade valer-se de suas atribuições para satisfazer a interesses pessoais, sectários ou político-partidários, ou mesmo a outro interesse público estranho à sua competência. A norma de direito atende a fins específicos que estão expressos ou implícitos em seu enunciado. (grifo do autor).²²⁶

²²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 207.

²²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. Op. cit. p. 59.

²²⁶ TÁCITO, Caio. Vinculação e discricionariedade administrativa. In: **Revista de direito administrativo**, n. 205, p. 125-130, jul./ set. de 1996. p. 119.

Já no entendimento de Hely Lopes Meirelles o desvio de poder ou desvio de finalidade manifesta-se quando a autoridade “pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público.”²²⁷

Concluindo sua linha de pensamento, Meirelles aduz:

O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal. Tais desvios ocorrem, p. ex., quando a autoridade pública decreta uma desapropriação alegando utilidade pública mas visando, na realidade, a satisfazer interesse pessoal próprio ou favorecer algum particular com a subsequente transferência do bem expropriado; ou quando outorga uma permissão sem interesse coletivo; quando classifica um concorrente por favoritismo, sem atender aos fins objetivados pela licitação; (...).²²⁸

Afora a preocupação com o sentido da expressão “desvio de poder ou finalidade” a doutrina brasileira também buscou compreender qual seria a natureza jurídica dela. Todavia, esse estudo gerou divergência, uma vez que para alguns o desvio de poder traduz-se num vício de intenção²²⁹ e há quem alegue tratar-se de um simples vício objetivo.²³⁰

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello é impossível resumir o desvio de poder em vício de intenção, porque na concepção deste autor “o que importa *não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou*”.²³¹

Ademais, outro problema comumente discutido na órbita do desvio de poder está relacionado à prova da existência da má-fé do agente. Porém, recorrendo-se ao magistério de Bandeira de Mello vê-se que essa questão pode ser superada, conforme prescrito abaixo:

²²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 112.

²²⁸ Ibid. p. 112-113.

²²⁹ GASPARINI, Diógenes. Op. cit. p. 55; MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 112; TELLES, Antônio A. Queiroz. **Introdução ao direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 79-80.

²³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit. p. 402.

²³¹ Ibid.

Concorrem para identificar o desvio de poder fatores como a irrazoabilidade da medida, sua discrepância com a conduta habitual da Administração em casos iguais, a desproporcionalidade entre o conteúdo do ato e os aspectos em que se embasou, a incoerência entre as premissas lógicas ou jurídicas firmadas na justificativa e a conclusão que delas foi sacada, assim como antecedentes do ato reveladores de animosidade, indisposição política ou, pelo contrário, de intuitos de favoritismo. Até mesmo a conduta pregressa do agente, reveladora de temperamento descomedido, vindicativo ou proclive a apadrinhamentos e compadrios políticos, pode acudir para compor um quadro que, em sua globalidade, autorize a reconhecer desvio de poder (...).²³²

Portanto, o desvio de poder deixa vestígios que conduzem à conclusão de que o administrador público fez mal uso do poder que lhe foi atribuído praticando atos eqüidistantes do quadro de sua competência.

Assim, diante do quadro traçado acima é possível notar que a teoria do desvio de poder serve como mecanismo para frear a discricionariedade do administrador público, quando este começa a utilizá-la de maneira descomedida praticando atos, cujos fins não foram almejados pelo legislador e discrepam do interesse da coletividade.

Outrossim, não há como olvidar o papel imprescindível que o Poder Judiciário possui dentro desse contexto, pois o administrador normalmente não deixará transparecer o desvio cometido, então caberá ao juiz analisar o conjunto probatório, mas sem se apegar a rigorismos que venham a inviabilizar o controle jurisdicional sob a conduta viciada.²³³

²³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. Op. cit. p. 80.

²³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit. p. 86.

5.2.2 Teoria dos motivos determinantes

Como já explicado anteriormente o motivo integra um dos elementos do ato administrativo, e traduz-se no pressuposto fático e jurídico que autoriza ou fundamenta a prática do ato administrativo.²³⁴

O motivo pode vir expresso em lei ou esta pode deixar ao administrador público a avaliação quanto à existência do motivo e a valoração quanto à oportunidade e conveniência da prática do ato.²³⁵

Em outra oportunidade também foi revelada a distinção que há entre o motivo e a motivação, então apenas para lembrar o sentido desta expressão é válido citar o significado dado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

É a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a *enunciação da relação de pertinência lógica* entre os fatos ocorridos e o atos praticados.²³⁶

Contudo, a doutrina pátria não se mostra uníssona quanto à obrigatoriedade de motivação nos atos administrativos, por esta razão faz-se necessário explanar alguns desses posicionamentos, a começar por Maria Sylvia, que em regra, entende que ela é necessária, uma vez que “constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública.”²³⁷

Corroborando esse raciocínio Celso Antônio B. de Mello, para o qual a obrigatoriedade deve atingir não só os atos vinculados, mas também os

²³⁴ CARVALHO, Patrícia Cunha de. **Necessidade de motivação nos atos administrativos discricionários.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/20189/19753>>. Acesso em: 11 jul. 2009.

²³⁵ Id.

²³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** Op. cit. p. 394-395.

²³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** Op. cit. p. 200.

discricionários, cuja justificativa, segundo o autor encontra respaldo nos artigos 1º, parágrafo único e 93, inciso X da Constituição Federal. Logo, com fulcro no primeiro dispositivo constitucional Mello acentua que “os agentes administrativos não são “donos” da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses (...).”²³⁸ E arremata afirmando que “os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o *direito* de saber *por que* foi praticado, isto é, que fundamentos os justificam.”²³⁹

Com base no artigo 93, inciso X da Constituição, Mello estabelece um comparativo arguindo que, se o Poder Judiciário, no exercício de sua função administrativa e atípica deve motivar o ato, com mais propriedade deve o Poder Executivo manifestar os motivos que o impulsionaram a prática de um ato administrativo.²⁴⁰

Por outro lado, José dos Santos Carvalho Filho sustenta a inexistência de obrigatoriedade, asseverando que o ato administrativo, em regra, não deve ser motivado, pois somente haverá motivação se houver norma legal que faça expressamente tal exigência.²⁴¹

Entretanto, toda essa dissonância doutrinária perde força ante os princípios reinantes no Estado Democrático de Direito, ainda quando esteja em foco algum ato administrativo discricionário.²⁴²

Enfim, após esse desfecho torna-se oportuno adentrar na análise propriamente dita da teoria dos motivos determinantes.

²³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit. p. 396.

²³⁹ Id.

²⁴⁰ Ibid. p 396-397.

²⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p 69.

²⁴² CARVALHO, Patrícia Cunha de. **Necessidade de motivação nos atos administrativos discricionários**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/20189/19753>>. Acesso em: 11 jul. 2009.

De acordo com a referida teoria o agente declina os motivos, nos quais se fundou para realizar determinado ato, mesmo nos casos em que a lei não os tenha estabelecido previamente, o ato somente será válido e legal, se os motivos anunciados ocorrerem e justificarem a sua execução.²⁴³

Pela leitura do artigo 2º, “*caput*”, alínea “d”, e parágrafo único, alínea “d”, da Lei de ação popular percebe-se que houve o acolhimento da teoria dos motivos determinantes na legislação brasileira, conforme se verifica abaixo:

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

[...]

d) inexistência dos motivos;

[...]

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observa-se-ão as seguintes normas:

[...]

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

(...).

Francisco Damasceno reitera esse raciocínio ao afirmar que:

(...) para esta teoria, não importa a modalidade do ato praticado, ou seja, vinculado ou discricionário, porque se o ato, em razão da discricionariedade administrativa que lhe é reconhecida pela lei, for motivado, ficará sujeito à comprovação da existência e legitimidade dos motivos nele apontados.

Conclusão: quando o ato e os motivos nele elencados não guardarem correspondência com a realidade, será inválido e passível de anulação tanto pela Administração Pública, quanto pelo Poder Judiciário, devendo a parte prejudicada utilizar-se do mandado de segurança ou da ação popular, conforme a hipótese, como instrumento para obter tal providência.²⁴⁴

Enfim, a teoria dos motivos determinantes também se revela num apto instrumento de contenção da liberdade discricionária, à medida que através dela fica

²⁴³ SANTOS RODRIGUES, Rubia Carolina dos. **Discricionariedade administrativa: limites e controle jurisdicional.** Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/vol_03/ANO1_VOL_3_07.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2009.

²⁴⁴ F. NETO, Francisco Damasceno. **Revista jurídica consulex**, n° 103 – Teoria e prática - Teoria dos motivos determinantes e anulação judicial dos atos administrativos. Disponível em: <<http://74.125.47.132/search?q=cache:HJ0op4ZwmOcJ:www.faceb.edu.br/faceb/RevistaJuridica/m103008.htm+Revista+jur%C3%ADdica+consulex,+n%C2%B0+103+%E2%80%93+Teoria+e+pr%C3%A1tica++Teoria+dos+motivos+determinantes+e+anula%C3%A7%C3%A3o+judicial+dos+atos+administrativos.&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 13 ago. 2009.

clara a idéia de que tanto os motivos inexistentes ou inidôneos alegados pelo administrador público, quanto à ausência de correspondência entre estes e os realmente exibidos são passíveis de controle jurisdicional, particularmente os discricionários.

5.2.3 Teoria principiológica baseada no princípio da juridicidade

Um dos sustentáculos da concepção de Estado Democrático de Direito é o princípio da legalidade, que por sua vez, também deve servir de parâmetro as atividades realizadas pelo administrador público, tal como prega o atual texto constitucional.

Na mesma linha preceitua Alinaldo Guedes ao afirmar que:

o princípio da Legalidade, mola mestra de um Estado Democrático de Direito, serve de alicerce para que certos atos administrativos não extrapolem as fronteiras do razoável, ou melhor, não sejam praticados sem nenhuma restrição.²⁴⁵

A noção de legalidade corresponde à lógica da estrita conformidade dos atos com as leis, ou seja, com as regras em sentido estrito.²⁴⁶

Todavia, de uns tempos para cá o princípio em comento começou a adquirir uma proporção maior, ou seja, além do sentido “formal”, no qual está incutida a idéia de que ao agente público cabe a estrita obediência à lei, agora, há um material, em que se imprime a necessidade do cumprimento dos valores trazidos na Constituição

²⁴⁵ CAMPOS, Alinaldo Guedes. **Discricionariedade administrativa: limites e controle jurisdicional**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6587>>. Acesso em: 22 mai. 2009.

²⁴⁶ OLIVEIRA MORAES, Germana de. Op. cit. p. 24.

sobre a forma de princípios.²⁴⁷

A semelhança do exposto acima registra José Baptista que:

indiscutivelmente o princípio constitucional capital da legalidade deve servir de referencial maior para a Administração Pública. Entendemos que muito mais que a mera conformação do atuar da Administração Pública com a norma posta, o dito princípio deve ser visto, a bem da cidadania, como um instrumento de verificação da conformidade do funcionamento da máquina estatal com o Direito.²⁴⁸

Segundo o magistério de Odete Medauar:

Hoje, no ordenamento pátrio, sem dúvida, a legalidade assenta em bases mais amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como coroamento de uma evolução já verificada na doutrina e jurisprudência antes de outubro de 1988.²⁴⁹

Enfim, passa a Administração a vincular-se a um bloco de legalidade, isto é, ao ordenamento jurídico como um todo sistêmico, que se traduz na juridicidade.²⁵⁰

Essa nova diretriz implantada no cenário do direito administrativo brasileiro vem trazendo certos reflexos, sobretudo no quadro do controle jurisdicional dos atos administrativos. Nesse diapasão, destacam-se os ensinamentos de Germana de Oliveira, pois esta registra a ocorrência do controle jurisdicional em dois períodos, um que consiste no “controle da legalidade,” através do qual se verificará a correspondência dos elementos vinculados com a “a moldura previamente fixada na norma,” e o outro subsequente, intitulado como “controle da juridicidade *stricto sensu*,” que permite o “exame da compatibilidade da valoração dos motivos e da definição do conteúdo do ato administrativo predominantemente discricionário com os princípios jurídicos outros que não o da legalidade (...).”²⁵¹

De outro modo se expressa Andréas J. Krell:

²⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** Op. cit. p. 43.

²⁴⁸ MELLO NETO, José Baptista de. Apud CAMPOS, Alinaldo Guedes. **Discricionariedade administrativa: limites e controle jurisdicional.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6587>>. Acesso em: 22 mai. 2009.

²⁴⁹ MEDAUAR, Odete. Op.cit. p. 395.

²⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 142.

²⁵¹ OLIVEIRA MORAES, Germana de. Op. cit. p. 45.

Não há mais dúvida, no Brasil, de que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário [...] é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, baseado nos princípios constitucionais e nos princípios gerais de Direito. Na atual fase 'pós-positivista', que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direito nos novos textos constitucionais, os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade. Essa 'principalização' do Direito brasileiro (proibição da arbitrariedade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima, etc.) aumentou a margem da vinculação dos atos discricionários.²⁵²

Com propriedade acrescenta Cláudio Ari:

(...) esse processo de constitucionalização tem permitido inserir a dogmática do direito administrativo nas grandes discussões conduzidas dentro da teoria constitucional, que [...] mantém hoje um intenso debate com a filosofia moral e política e com as ciências sociais. O contato com o direito constitucional tem produzido uma autocrítica do direito administrativo e uma revisão dos conceitos nucleares da sua dogmática, dentre eles justamente a doutrina da discricionariedade administrativa, do que tem resultado um refluxo consistente e sustentável da tese da injusticiabilidade dos atos discricionários.²⁵³

Do trecho supra pode-se perceber que a antiga noção sobre a discricionariedade administrativa está suscitando certas reflexões, à medida que a liberdade de apreciação do administrador vem sendo controlada não só pela lente da lei, mas por um conjunto de regras e princípios. A propósito, sob esse prisma preleciona Andréas J. Krell:

Nesse controle, ganham fundamental importância os princípios da Administração Pública, consagrados no art. 37 da Carta Federal: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência delimitam a margem de interpretação de todo o sistema jurídico e estabelecem os limites da juridicidade de qualquer ato estatal.²⁵⁴

Com efeito, os princípios determinam o perímetro pelo qual deve estar circunscrita toda a atividade pertinente a Administração Pública, inclusive no que toca a edição de atos administrativos discricionários, pois qualquer atuação do

²⁵² KREEL, Andréas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 53-54.

²⁵³ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 232.

²⁵⁴ KREEL, Andréas J. Op. cit. p. 53-54.

administrador público deve seguir a essência contida na intenção dos ditos princípios.

Na esfera do direito administrativo, Maria Sylvia defende a importância dos princípios aduzindo que estes possibilitam o equilíbrio entre a “liberdade do indivíduo e a autoridade da Administração.”²⁵⁵

Portanto, não restam dúvidas de que o princípio da juridicidade está fomentando um novo “código de posturas” no cenário da Administração, pois o administrador público além de observar os preceitos ditados pelo princípio da legalidade e as regras de praxe deverá atuar em sincronia com toda a carga principiológica presente explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico.

Desta feita, Juarez Freitas registra que:

Assim, a própria noção de controle, excessivamente limitada a juízo de mera conformação às regras, haverá de experimentar dignificação e realce em termos de efetividade, máxime na tarefa de outorgar concretização aos princípios superiores estatuídos na Constituição. Em outras palavras, o critério decisivo para estimar uma adequada atuação controladora reside, justamente, no zelo pela íntegra dos princípios regentes da Administração Pública, sobretudo quando se mostrar justificável a preponderância episódica de um, sem exclusão ou supressão recíproca dos demais.

[...]

Em tudo, é mister apontar novas perspectivas e cobrar soluções melhores no interior do sistema, o mais axiologicamente aptas a garantir a eficácia conjunta dos princípios e das normas juspublicistas à luz desta subordinação à lei e ao sistema que a transcende em intensidade e extensão²⁵⁶.

Ademais, nesses termos convém salientar a lição externada por Mauro Roberto acerca da pertinência do controle jurisdicional sobre o mérito dos atos administrativos discricionários, tal como descrito abaixo:

Concluimos, por fim, pela plena penetrabilidade do ato administrativo discricionário, que não poderá ficar imune ao controle judicial, máxime quando envolver o critério de conveniência e de oportunidade, pois a verdadeira liberdade consiste em fazer tudo aquilo que a Constituição estabelece. Com este eficaz controle do mérito do ato administrativo, não se está cerceando a Administração Pública, apenas o Poder Judiciário mantém

²⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit. p. 62.

²⁵⁶ FREITAS, Juarez. Op. cit. p. 19/22.

efetiva a unidade da Constituição, quando estabelece que se cumpram os princípios e as respectivas normas da Magna Carta.²⁵⁷

Do exposto, depreende-se novamente o reforço dado a quebra daquele paradigma assentado na idéia de que o mérito dos atos administrativos discricionários não se sujeita a qualquer exame judicial.

Enfim, essa teoria maximiza a possibilidade do Poder Judiciário realizar o controle sobre o mérito dos atos administrativos, pois diante do princípio da juridicidade os magistrados analisarão o ato no que toca a legalidade e, sobretudo, se estão em perfeita sintonia com o conteúdo traçado pelos princípios e regras esculpidos na Constituição Federal, com o sistema jurídico como um todo.

5.3 O CONTROLE REALIZADO PELOS TRIBUNAIS SOBRE OS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS, PRINCIPALMENTE NO QUE TANGE A NÃO CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS PELO PODER PÚBLICO

Ao longo dos anos sedimentou-se no cenário jurídico brasileiro a idéia de que o Poder Judiciário não poderia exercer qualquer controle meritório sobre os atos administrativos discricionários, haja vista que a análise do juízo de conveniência e oportunidade caberia somente à Administração Pública.²⁵⁸

Essa assertiva pode ser facilmente ilustrada através de alguns julgados, como segue abaixo:

²⁵⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 686, 22 maio 2005, p. 3. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6756>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

²⁵⁸ ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. O controle judicial dos atos administrativos discricionários à luz da jurisprudência do STF e do STJ . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1078, 14 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8508>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

EMENTA: (...) AINDA QUE NO EXAME DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DEVE O PODER JUDICIÁRIO LIMITAR-SE AO CONTROLE DA SUA LEGALIDADE OU LEGITIMIDADE, CUMPRE-LHE, POR ISSO MESMO, EXAMINAR OS MOTIVOS DETERMINANTES DAQUELES E A COINCIDÊNCIA OU NÃO COM O RESPECTIVO ESTATUTO LEGAL.²⁵⁹

Ademais, assevera o Superior Tribunal de Justiça que:

- Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público.²⁶⁰

De forma mais explícita frisou o Supremo Tribunal Federal que:

EMENTA: [...] No que concerne ao mérito do ato impugnado, é fora de dúvida que se trata de matéria submetida a critérios de conveniência e oportunidade, insuscetíveis, por isso, de controle pelo Poder Judiciário.²⁶¹

Sem destoar dos trechos transcritos acima restou destacado no agravo regimental no agravo de instrumento sob nº 640272, que:

[...] cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três Poderes constitucionais, e, em vislumbrando mácula no ato impugnado, afastar a sua aplicação.²⁶²

Todavia, esse raciocínio de que o controle do mérito do ato administrativo é intangível ao Judiciário aos poucos perdeu força, à medida que os tribunais em suas

²⁵⁹ Cf. Tribunal de Justiça/PR, Órgão especial, Mandado de segurança n. 4410-PR, Comarca: Curitiba, Relator designado: Wanderlei Resende, Recurso: Segurança denegada, Decisão: unânime, J.: 03 dez. 1999, Dados da publicação: 5568.

²⁶⁰ Cf. Superior Tribunal de Justiça/DF, 6ª. Turma, Recurso ordinário em mandado de segurança n. 14967-SP, Relator: Ministro Vicente Leal, Recurso: Não provido, Decisão: Unânime, J.: 25 mar. 2003, Dados da publicação: DJ. 22 abr. 2003, p. 272.

²⁶¹ Cf. Supremo Tribunal Federal/DF, 1ª. Turma, Mandado de segurança n. 23543-DF, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Recurso: Não provido, Decisão: Unânime, J.: 27 jun. 2000, Dados da publicação: 13-10-2000 PP-00021, EMENT VOL-02008-02 PP-00208, RTJ VOL-00176-03 PP-01120. Nesse sentido mostram-se os seguintes julgados: Supremo Tribunal Federal/DF, 2ª. Turma, Agravo regimental no recurso extraordinário n. 480107-PR, Relator: Ministro Eros Grau, Recurso: Não provido, J.: 03 mar. 2009, Dados da publicação: -059 DIVULG 26 mar. 2009 PUBLIC 27 mar. 2009, EMENT VOL-02354-04 PP-00830; Supremo Tribunal Federal/DF, 1ª. Turma, Agravo regimental no recurso extraordinário n. 478136-MG, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Recurso: Não provido, Decisão: Unânime, J.: 14 nov. 2006, Dados da publicação: DJ 07 dez. 2006 PP-00049, EMENT VOL-02259-05 PP-00954, RTJ VOL-00202-01 PP-00376; Supremo Tribunal Federal/DF, 2ª. Turma, Agravo regimental no recurso extraordinário n. 259508-RS, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Recurso: Não provido, Decisão: Unânime, J.: 08 ago. 2000, Dados da publicação: DJ. 16 fev. 2001 PP-00137, EMENT VOL-02019-05 PP-00878.

²⁶² Cf. Supremo Tribunal Federal/DF, 1ª. Turma, Agravo regimental no agravo de instrumento n. 640272-DF, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Recurso: Não provido, Decisão: unânime, J.: 2 out. 2007, Dados da publicação: DJe -134, DIVULG 30 out. 2007, PUBLIC 31 out. 2007, DJ 31 out. 2007 PP-00086, EMENT VOL-02296-09 PP-01890.

diferentes instâncias começaram a admitir que o referido controle não se subsumisse apenas à verificação dos pressupostos objetivos de legalidade e legitimidade, mas sim, sobre a própria essência dos atos.²⁶³ Assim, tem-se o julgado proferido pelo STJ, no recurso especial, no qual funcionou como relatora a Ministra Eliana Calmon, em que ficou assente:

1. Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
[...]
3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.²⁶⁴

Ademais, o julgado acima deixa evidente o rompimento de paradigmas ocorrido nos últimos anos, valendo a transcrição de parte do voto da relatora do recurso, Min. Eliana Calmon:

Ao longo de vários anos, a jurisprudência havia firmado o entendimento de que os atos discricionários eram insusceptíveis de apreciação e controle pelo Poder Judiciário.
[...]
O controle dos atos administrativos, mormente os discricionários, onde a Administração dispõe de certa margem de liberdade para praticá-los, é obrigação cujo cumprimento não pode se abster o Judiciário, sob a alegação de respeito ao princípio da Separação dos Poderes, sob pena de denegação da prestação jurisdicional devida ao jurisdicionado.
Como cediço, a separação das funções estatais, prevista, inicialmente, por Rosseau e aprimorada por Montesquieu, desde que se concebeu o sistema de freios e contrapesos, no Estado Democrático de Direito, tem se entendido como uma operação dinâmica e concertada.
Explico: As funções estatais, Executivo, Legislativo e Judiciário não podem ser concedidas de forma estanque. São independentes, sim, mas, até o limite em que a Constituição Federal impõe o controle de uma sobre as outras, de modo que o poder estatal, que, de fato, é uno, funcione em permanente auto-controle, fiscalização e equilíbrio.²⁶⁵

²⁶³ ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. O controle judicial dos atos administrativos discricionários à luz da jurisprudência do STF e do STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1078, 14 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8508>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

²⁶⁴ Cf. Superior Tribunal de Justiça/DF, 2ª. Turma, Recurso especial n. 429570-GO, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Recurso: provido. Decisão: Por maioria de votos, J.: 11 nov. 2003, Dados da publicação: DJ 22 mar. 2004 p. 277, RMP vol. 25 p. 453, RSTJ vol. 187 p. 219.

²⁶⁵ Cf. Superior Tribunal de Justiça/DF, 2ª. Turma, Recurso especial n. 429570-GO, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Recurso: Provido. Decisão: Por maioria de votos, J.: 11 nov. 2003, Dados da publicação: DJ 22 mar. 2004 p. 277, RMP vol. 25 p. 453, RSTJ vol. 187 p. 219.

O posicionamento supra não diverge do que apregoa a Corte Suprema, na qual se afirmou que:

A anistia é ato político, concedido mediante lei, assim da competência do Congresso e do Chefe do Executivo, correndo por conta destes a avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade do ato, sem dispensa, entretanto, do controle judicial, porque pode ocorrer, por exemplo, desvio do poder de legislar ou afronta ao devido processo legal substancial (CF, art. 5º, LIV).²⁶⁶

Ainda, com propriedade há que se citar a decisão ventilada pelo Supremo Tribunal Federal, ao tratar da incidência do controle judicial sobre os atos discricionários, conforme se vislumbra abaixo:

(...) o princípio da motivação dos atos administrativos, inclusive os chamados atos discricionários, cujo caráter não os torna absolutamente imunes ao controle jurisdicional, porquanto ao Poder Judiciário cumpre o exame tanto dos motivos que servem de pressuposto ao ato como a sua finalidade. Com efeito, à análise do conteúdo dos atos chamados de discricionários não se há de esquivar o Judiciário, porque somente há discricionariedade quando a lei dá margem à formulação de 'juízos de oportunidade', fora desta hipótese, qualquer agente público deve obediência à legalidade, como discorre, com acerto, Eros Roberto Grau: 'O exercício, pela Administração, da autêntica discricionariedade ¾ formulação de juízo de oportunidade, que apenas poderá exercitar quando norma válida a ela atribuir essa faculdade ¾ não está sujeito ao controle do poder judiciário, salvo quando esse exercício consubstancie desvio ou abuso de poder ou de finalidade. Daí por que, embora o controle da discricionariedade apenas se justifique quando tal ocorra, o seu exame, pelo judiciário, sempre se impõe. Por isso demite-se de seu dever, afrontando o direito, o juiz que liminarmente recuse o exame de ato discricionário, embora deva, após esse exame, se, em determinado caso, apurar a inocorrência de desvio ou abuso de poder ou de finalidade, abster-se de controlar (no sentido de questionar a sua correção) o ato.' Da mesma forma, esse colendo Supremo Tribunal Federal acolheu a tese do controle judicial dos atos discricionários, conforme extrai-se das palavras do Ministro Marco Aurélio: 'Na dicção sempre oportuna de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível

²⁶⁶ Cf. Supremo Tribunal Federal/DF, Tribunal Pleno, ADI 1231-DF, Relator: Ministro Carlos Velloso, Adi improcedente, Decisão: Por maioria de votos, J.: 15 dez. 2005, Dados da publicação: DJ 28 abr. 2006 PP-00004, EMENT VOL-02230-01 PP-00049.

(Discrecionabilidade e Controle Judicial).²⁶⁷

Enfim, a partir dessas considerações é de todo útil observar como os tribunais vêm enfrentando a questão pertinente a não concessão de medicamentos pelo Poder Público a pessoas mais carentes ou que possuem alguma doença grave ou rara.

Assim, para dar início a esse estudo traz-se à baila o agravo de instrumento interposto perante o Tribunal de Justiça do Paraná, onde ganhou destaque a defesa do direito a saúde, tal como descrito a seguir:

Após instrução do feito, sobreveio a decisão de fls. 96/105, através da qual julgou procedente a pretensão deduzida pelo autor e, por corolário, condenou o réu a fornecer o medicamento pleiteado, enquanto dele necessitar, conforme prescrição médica.

[...] Ao Poder Judiciário cabe estar atento ao cumprimento das políticas públicas do Estado, devendo tutelar os direitos dos cidadãos, reparando injustiças e falhas da Administração Pública, notadamente quando lhe é negado o acesso à saúde e, por conseqüência, à vida.

Por outro lado, apenas para que não haja dúvida, não se há falar em indevida ingerência do Poder Judiciário nos negócios da Administração Pública.

Segundo José Afonso da Silva, 'a saúde, como direito público subjetivo, representa uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas e é decorrência indissociável do direito fundamental à vida, que constitui a fonte primária de todos os demais bens jurídicos, devendo ser resguardada de modo concreto e efetivo, na forma prevista pela Carta Constitucional, regendo-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam' (in "Curso de Direito Constitucional Positivo", Ed. Malheiros, 19.^a edição, 2001, pág. 808). [...] III - Isto posto, com fulcro no art. 557 do CPC, NEGO SEGUIMENTO ao apelo cível, por ser manifestamente improcedente e estar em confronto com a jurisprudência dominante desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça. (grifo não presente no original).²⁶⁸

Porém, também não dá para fechar os olhos às decisões que nem sempre caminha no mesmo ritmo ditado pela Constituição Federal, como se vê no seguinte trecho:

²⁶⁷ Cf. Supremo Tribunal Federal/DF, 2.^a Turma, Recurso extraordinário n. 131661-ES, Relator: Ministro Marco Aurélio, Recurso: Não conhecido, Decisão: Unânime, J.: 26 set. 1995, Dados da publicação: DJ 17 nov. 1995 PP-39209 EMENT VOL-01809-06 PP-01393.

²⁶⁸ Cf. Tribunal de Justiça/PR, 4.^a Câmara cível, Apelação n. 0579459-0, Comarca: Manoel Ribas, Relatora: Desembargadora Lélia Samardã Giacomet, Revisora: Regina Afonso Portes, Recurso: Negado seguimento, Decisão: Monocrática, J.: 14 jul. 2009, Dados da publicação: DJ: 198 11 ago. 2009.

Sob outro enfoque, o direito subjetivo (à saúde) não é contemplado pela Constituição como sendo absoluto e incondicionado. A própria norma constitucional (art. 196) deixa claro tratar-se de um direito perfeitamente vinculado ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. E mais, em se tratando de dever do Estado, que deve ser exercitado com base nos recursos previstos em orçamento público, fica ínsito seu condicionamento às regras de execução deste. Não se pode impedir o Estado de padronizar as ações de saúde, diante da diversidade de tratamentos existentes na medicina, pois com isto visa dar um tratamento igualitário e universal aos pacientes em todo o território nacional. O Direito à saúde não garante situações individualizadas, como no presente caso, com o fornecimento de remédios excepcionais que estão fora das regras do Sistema Único de Saúde.

Não se perca de vista que o paciente não comprovou ter procurado tratamento nos moldes recomendados pelo SUS, ou que este não lhe proporcionou qualquer melhora ou controle da enfermidade.

A conclusão que se impõe é a de que está caracterizada lesão à ordem pública e à ordem econômica. E não estando ameaçado o direito social fundamental à saúde, resta determinar a suspensão da liminar nos moldes requeridos pelo Estado do Paraná e do contido no artigo 4.º da Lei 8.437/92.

3. Diante do exposto, DEFIRO o pedido de suspensão da execução de liminar concedida nos autos da Ação Ordinária nº 412/2008, em trâmite na 2ª. Vara Cível da Comarca de Paranavaí. Esta decisão deve ser mantida até o trânsito em julgado da sentença, nos termos do artigo 4.º, § 9.º, da Lei 8.437/92. (grifo não presente no original).²⁶⁹

Logo, do pouco que foi exposto até o momento já é possível perceber quão polêmico figura-se esse assunto nos tribunais. Afinal, inúmeros argumentos são apontados ao Judiciário com o intuito de inviabilizar o acesso de determinadas pessoas aos medicamentos necessários, um deles se infere do agravo de instrumento interposto pelo Estado do Paraná:

O Ministério Público do Paraná, adiante identificado como "agravado", ajuizou ação civil pública buscando o cumprimento de obrigação de fazer em face do Estado do Paraná, adiante identificado como "agravante", consistente na compra do medicamento "Toxina Butolínica Tipo A" à menor Poliana Karoline Macceo, portadora de "Paralisia Cerebral Diplérgica Espástica", com CID G801, associado à fisioterapia e hidroterapia, visto que o referido medicamento é de alto custo e a família da paciente não possui condições financeiras para adquiri-lo, além de o referido tratamento não estar sendo disponibilizado pelo SUS (fls. 23/40). [...]. O agravante sustenta, em suas razões recursais, que a maneira como o art. 196 da CF vem sendo aplicado "excede os limites da obrigação do Estado estabelecido pelo constituinte, que não pretendeu criar um sistema inviável"; que o Poder Judiciário não pode desconsiderar os limites dessa norma determinados pe-

²⁶⁹ Cf. Tribunal de Justiça/PR, Órgão Especial, Suspensão de liminar na ação ordinária n. 412/2008, Comarca: Paranavaí, Relator: Desembargador J. Vidal Coelho, Recurso: Deferido, Decisão: Monocrática, J.: 7 nov. 2008, Dados da publicação: DJ: 7745.

la Política Nacional de Saúde Pública, (...). (grifo não presente no original).²⁷⁰

Nota-se que a intenção do agravante foi sustentar que o artigo 196, da Constituição Federal deve ser interpretado com restrições, salientando que precisam ser observados os parâmetros estabelecidos pela Política Nacional de Saúde Pública.

Além disso, não são raras as decisões e acórdãos em que o Poder Público obrigado a fornecer medicamentos procura esquivar-se desse compromisso aduzindo ilegitimidade do ente político responsável por fornecer o medicamento, problema de orçamento, lesão ao princípio da separação dos poderes, bem como, falta de previsão do remédio nos protocolos clínicos do Ministério da Saúde, impossibilidade do Poder Judiciário adentrar na análise do mérito do ato administrativo, enfim, entre outros fatores comumente apontados.²⁷¹

De qualquer forma, é importante ressaltar que a Corte Suprema do país tem firmado entendimento numa via diametralmente oposta aos óbices levantados a pouco, e isto pode ser facilmente verificado no agravo regimental no recurso extraordinário sob nº 393.175-0, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello ao manifestar que:

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao

²⁷⁰ Cf. Tribunal de Justiça/PR, 5ª Câmara cível, Agravo de Instrumento n. 592.066-3-PR, Comarca: Umuarama, Relator: Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira, Recurso: Negado seguimento, Decisão: Monocrática, J.: 21 jul. 2009, Dados da publicação: DJ 194.

²⁷¹ Cf. se constata nos seguintes acórdãos: Supremo Tribunal Federal/DF, 1ª. Turma, Recurso extraordinário n. 256.327-7-RS, Relator: Ministro Moreira Alves, Recurso: Não conhecido. Decisão: Unânime, J.: 25 jun. 2002, Dados da publicação: DJ.: 13 set. 2002 EMENTÁRIO n. 2082-3; Tribunal de Justiça/PR, Órgão Especial, Suspensão de liminar n. 539142-8, Comarca: Foz do Iguaçu, Relator: Desembargador J. Vidal Coelho, Recurso: Deferido, Decisão: Monocrática, J.: 28 out. 2008, Dados da publicação:DJ: 7736; Tribunal de Justiça/PR, 5ª. Câmara cível, Agravo de instrumento n. 592066-3, Comarca: Umuarama, Relator: Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira, Recurso: Negado seguimento, Decisão: Monocrática, J.: 21 jul. 2009, Dados da publicação: DJ: 194; Tribunal de Justiça/Pr, Órgão especial, Suspensão de liminar n. 545024-2, Comarca: Cianorte, Relator: Desembargador J. Vidal Coelho, Recurso: Deferido parcialmente, Decisão Monocrática, J.: 21 nov. 2008, Dados da publicação: DJ: 7760.

da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “*caput*” e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.²⁷²

Ainda preceitua o referido relator:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.²⁷³

À guisa de arremate assevera o Ministro Mello:

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.²⁷⁴

Seguindo os mesmos contornos apresenta-se o agravo regimental no recurso extraordinário sob nº 554.088-0, em que:

Este Tribunal, no julgamento do RE n. 271.286 – AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJ de 24.11.00, fixou entendimento no sentido de que o texto constitucional qualifica as ações e serviços de saúde como prestações de relevância pública (artigo 197), legitimando a atuação do

²⁷² Cf. se destaca no julgado do Supremo Tribunal Federal/DF, 2ª. Turma, Agravo regimental no recurso extraordinário n. 393.175-0-RS, Relator: Ministro Celso de Mello, Recurso: Não provido, Decisão: Unânime, J.: 12 dez. 2006, Dados da publicação: DJ 02 fev. 2007 PP-00140, EMENT VOL-02262-08 PP-01524.

²⁷³ Ibid. p. 1529-1530.

²⁷⁴ Ibid. p.1531.

Ministério Público e do Poder Judiciário, nas hipóteses em que os órgãos estatais não respeitem o preceito constitucional, frustrando-lhe a eficácia jurídico-social.²⁷⁵

Devido à complexidade do tema em comento existem julgados que procuram afastar o cunho discricionário dos atos administrativos, tal como transcrito abaixo:

(...) essa perspectiva mais abrangente, do enfoque constitucional dos direitos e deveres envolvidos no caso concreto, afasta a discricionariedade dos atos administrativos, permitindo a chamada "judiciabilidade das políticas públicas."²⁷⁶

No mesmo norte apregoa o acórdão sob nº 30547 da lavra do relator Adalberto Jorge Xisto:

O direito à vida e, de forma indissociável, o direito à saúde, são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, nos arts. 5.º e 6.º, caput, da Constituição Federal. Trata-se do direito primordial dos cidadãos, sem o qual de nada servem as demais garantias constitucionais. Assim, não pode ser admitida, sob qualquer justificativa, a negativa de fornecimento de medicamento necessário a preservá-la. A sua realização não se refere a um poder discricionário, e sim atuação administrativa vinculada.²⁷⁷

Por outro lado, se a questão da não concessão de medicamentos for compreendida dentro da ótica da discricionariedade da Administração Pública, o desfecho dessa relação será outro, pois aqui há o ingresso na seara da liberdade conferida por lei ao administrador. Mas, esse não agir do agente público também encontra limites, pois "sempre que o mérito violar princípios constitucionais, o Judiciário poderá atuar."²⁷⁸ Nessa esteira cumpre ressaltar a arguição de

²⁷⁵ Cf. se constata no julgado do Supremo Tribunal Federal/DF, 2ª. Turma, Agravo regimental no recurso extraordinário n. 554.088-0-SC, Relator: Ministro Eros Grau, Recurso: Não provido, Decisão: Unânime, J.: 03 jun. 2008, Dados da publicação: DJe-112 DIVULG 19 jun. 2008 PUBLIC 20 jun. 2008, EMENT VOL-02324-06 PP-01237, RCJ v. 22, n. 142, 2008, p. 90-91.

²⁷⁶ Cf. Tribunal de Justiça/PR, 5ª. Câmara cível, Agravo de instrumento n. 0592066-3-PR, Comarca: Umuarama, Relator: Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira, Recurso: Negado seguimento, Decisão: Monocrática, J.: 21 jul. 2009, Dados da publicação: DJ: 194.

²⁷⁷ Cf. Tribunal de Justiça/PR, 4ª. Câmara cível, Apelação e reexame necessário n. 0386399-6-PR, Comarca: Londrina, Relator: Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira, Revisor: Abraham Lincoln Calixto, Recurso: Não provido, Decisão: Unânime, J.: 14 abr. 2008, Dados da publicação: DJ: 7605.

²⁷⁸ BICHARA, Barney. Atos administrativos. In: **Aula telepresencial de direito administrativo ministrada pelo curso praetorium, para a pós-graduação em ciências criminais**. Curitiba, 04 abr. 2008.

descumprimento de preceito fundamental nº 45, que reforça essa idéia nos seguintes termos:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). [...] 'DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.' (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...] Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R.

SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): 'Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.' [...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris): "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' [...]. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes [...]. Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. [...] A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. [...] Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.' (grifo não presente no original).²⁷⁹

O assinalado nessa argüição reflete nada mais que uma sintonia com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, resta evidenciado que independentemente do ato omissivo do Poder Público caracterizar-se como vinculado ou discricionário, o reconhecimento judicial da validade jurídica da distribuição de medicamentos a pessoas que se enquadram nas situações discriminadas linhas atrás, confere efetividade a preceitos constitucionais (arts. 5º, "caput", e 196) e revela um gesto reverente e solidário de

²⁷⁹ Cf. Supremo Tribunal Federal/DF, Medida cautelar em argüição de descumprimento de preceito fundamental n. 45-DF, Relator: Ministro Celso de Mello, Recurso: Prejudicado, Decisão: Monocrática, J.: 29 abr. 2004, Dados da publicação: DJ 04 mai. 2004 PP-00012, RTJ VOL-00200-01 PP-00191.

apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.²⁸⁰

²⁸⁰ Cf. Supremo Tribunal Federal/DF, 2ª. Turma, Agravo regimental no recurso extraordinário n. 534.908-0-PE, Relator: Ministro Cezar Peluso, Recurso: Não provido, Decisão: Unânime, J.: 11 dez. 2007, Dados da publicação: DJe-031 DIVULG 21 fev. 2008 PUBLIC 22 fev. 2008, EMENT VOL-02308-07 PP-01408, LEXSTF v. 30, n. 353, 2008, p. 267-272.

CONCLUSÃO

Através da linha evolutiva desenhada verificou-se inicialmente a existência de um Estado totalmente apartado de qualquer noção de controle e limitações legais. Nesse período a discricionariedade era ampla, afinal, todo o poder convergia-se ao monarca.

Superada a fase do Estado de Polícia com o surgimento do Estado de Direito deixou-se de lado aquela idéia de ausência de limites dando-se lugar a uma atuação estatal sujeita aos ditames da lei. Ademais, esse agir dentro dos trilhos da legalidade abriu caminhos para uma atividade administrativa vinculada e controlada.

Já sob a égide do Estado Liberal de Direito a intervenção do Estado na sociedade era mínima, para não dizer nula, sobretudo na esfera da ordem econômica, mas de qualquer forma, a submissão ao império da lei era uma das marcas dessa fase.

Porém, o princípio da legalidade vigente nessa época possuía um conteúdo diverso do atual, haja vista que à Administração era permitido fazer tudo o que a lei não proibisse. Assim, ganhava espaço a discricionariedade administrativa, inclusive essa atmosfera ainda se mostrava imune ao chamado controle jurisdicional.

Posteriormente, à luz do Estado de Direito Social a Administração Pública adequou-se a um novo parâmetro, ou melhor, continuou atrelada ao princípio da legalidade, mas agora no sentido de que a Administração só poderia fazer o que a lei permitisse. Ademais, a discricionariedade começou a ser compreendida como um dever-poder limitado pela própria lei.

Depois do período supra veio à lume o Estado Democrático de Direito, onde reforçou-se o atrelamento da Administração Pública à lei em sentido formal, e

sobretudo, a sujeição a todos os princípios previstos na Constituição Federal. Enfim, essa visão histórica permitiu visualizar um significativo avanço do Estado na órbita da Administração Pública em termos de controle e sintonia ao texto constitucional.

Contudo, para que a Administração manifeste sua vontade ela se utiliza de certos meios, e um deles é o ato administrativo, cujo conceito embora não seja ilustrado na legislação brasileira pode ser compreendido com base na doutrina pátria. Afinal, significados a este instituto não faltam, e daqueles que foram apresentados extraiu-se que, em geral, o ato administrativo é aquele realizado pelo Estado, ou por quem lhe faça às vezes, sob a regência do direito público, e em ambos os casos, com observância à lei e aos princípios, bem como passível de controle jurisdicional.

Além disso, levando-se em conta o estudo realizado acerca dos elementos do ato administrativo ficou evidenciado que o caráter discricionário recai preponderantemente sobre o motivo e o objeto, uma vez que os demais componentes do ato guardam estreita vinculação a lei.

Para identificar o ato administrativo alguns atributos devem estar presentes, quais sejam, a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade e a auto-executoriedade. Todavia, essa assertiva não deve ser vista como uma verdade suprema, posto que existem atos, por exemplo, de cunho permissionário e autorizativos, em que a coerção não é expressiva.

Fato é que essas qualidades peculiares ao ato administrativo fazem-se necessárias ao bom desempenho da função administrativa, porém isto não quer dizer que o administrador público terá passe livre para cometer abusividades.

Com efeito, a Administração Pública deve atuar nos limites da legalidade, entretanto, esta afirmativa há que ser entendida com ressalvas, pois, tendo em vista,

a impossibilidade do legislador disciplinar todas as situações fáticas torna-se relevante a margem de liberdade concedida ao agente público, que muitos rotulam de discricionariedade. Esta, por sua vez, pode revelar-se na norma jurídica atingindo a sua hipótese, o seu comando e a sua finalidade.

Afora as circunstâncias apontadas acima a discricionariedade abarca as etapas de formação do ato administrativo, no entanto, neste tópico ficou claro que o aspecto discricionário concentra-se na avaliação dos motivos e na consolidação do objeto.

Uma outra forma de manifestação da discricionariedade é nos elementos do ato administrativo, que conforme dito linhas atrás atinge o motivo e o objeto.

Em que pese, esse estudo sobre o campo de abrangência da discricionariedade importa destacar que a distinção entre os atos vinculados e discricionários é uma classificação de fins puramente didáticos, uma vez que a doutrina pátria é uníssona em reconhecer a inexistência de atos totalmente discricionários.

Entretanto, não há como olvidar que no cenário da Administração Pública, qualquer que seja a natureza do ato administrativo, o agente público deve orientar toda a sua conduta nos princípios encartados na Constituição Federal de 1988, a começar pelos que estão expressamente dispostos no artigo 37, “*caput*”.

Uma outra questão bastante emblemática referente aos atos administrativos vinculados e discricionários diz respeito ao alcance do controle jurisdicional.

Não pairam dúvidas de que em ambos os casos o judiciário pode exercer o controle, a diferença é que nos atos vinculados trata-se de um exame amplo, enquanto que nos atos discricionários fica restrito aos aspectos da legalidade.

Todavia, de uns tempos para cá a doutrina e a jurisprudência brasileira deram alguns retoques nessa matéria.

A corrente tradicionalista que defende a intangibilidade do controle jurisdicional do mérito do ato alega que a abertura desse tipo de análise pelo Judiciário pode acarretar a violação ao princípio da separação de poderes. Ao passo que, a doutrina mais moderna firma-se no sentido de que a própria Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXV apregoa que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Logo, dentro dessa ótica o controle judicial sobre o mérito torna-se plausível.

Além disso, os defensores dessa tese suscitam outro argumento, cujo fundamento encontra guarida em mais um princípio, denominado de juridicidade. Este ultrapassa o conteúdo do princípio da legalidade, à medida que permite que o controle jurisdicional não se restrinja apenas ao exame da conformidade do ato com a lei em sentido estrito, pois se exige mais do que isso, ou seja, o respeito aos princípios jurídicos, constitucionais e demais formas de expressão jurídica.

Diante dessa quebra de paradigma de que o mérito do ato administrativo é isento de controle judicial ganharam destaques as teorias do desvio de finalidade, dos motivos determinantes e a principiológica, baseada no princípio da juridicidade.

Ademais, procurando atribuir um tom prático as questões introduzidas nesse trabalho foram colacionados alguns julgados no tocante a não concessão de medicamentos pelo Poder Público.

Esse assunto tem sido discutido por diversos especialistas, pois chamou a atenção do Presidente do Supremo Tribunal Federal o grande número de ações que estão sendo postuladas com relação a este problema.

Então, a partir da análise jurisprudencial foi possível constatar que os argumentos apontados pelo Poder Público para desobrigar-se ao dever de fornecer os medicamentos, via de regra, não prosperam quando se está diante do direito à saúde, e principalmente, se a violação deste puder ocasionar uma lesão ao direito à vida.

Enfim, por tudo que foi exposto, insta registrar que o presente estudo não tinha e frise-se não tem a intenção de descartar toda a doutrina tradicionalista seguida até hoje pelos juízes, e demais operadores do direito, pois a pretensão desse trabalho foi demonstrar que o direito administrativo, e particularmente a matéria referente ao mérito dos atos administrativos discricionários, mais do que em outros períodos da história estão sendo repensados e reformulados para não ficarem eqüidistantes dos ditames da Constituição Federal.

Afinal, à luz do princípio da juridicidade entram em cena todas as normas e princípios que compõem o sistema jurídico, de modo que dentro da faixa de liberdade conferida pela lei, se o administrador público vier a praticar um ato que afronte o referido sistema, esta situação poderá ser levada a juízo pelo administrado lesionado, afim de que seja realizado o controle meritório daquele ato, não ficando mais os magistrados, desembargadores e ministros adstritos apenas aos aspectos da legalidade.

Portanto, é incontestável que a tendência é a ampliação do controle sobre os atos administrativos, mas é preciso cautela, ou melhor restabelecer um equilíbrio entre os Poderes, pois se o Judiciário ao ser provocado sempre desconfigurar o que foi determinado pelo Executivo, isto ao invés de instigar o administrador a refletir sobre o seu modo de atuar poderá acarretar uma dinâmica inversa, na qual o

descomprometimento com o interesse dos seus administrados tornar-se-á aviltante, sobrecarregando-se novamente o Judiciário.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito brasileiro. **Revista diálogo jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de atualização jurídica, nº 14, junho-agosto 2002, Salvador. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

AQUINO, Márcia Regina Pitta Lopes. Discricionariedade na atividade típica do administrador público e do legislador. **Revista jurídica da UniFil**, Ano 1, nº 1. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-3.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2009.

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. O controle judicial dos atos administrativos discricionários à luz da jurisprudência do STF e do STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1078, 14 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8508>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Princípio da legalidade. **Boletim de direito administrativo**, São Paulo: NDJ, Ano XIII, v. 01, jan. 1997.

BERTOLO, Rozangela Motiska. **Os atos da administração pública**. Disponível em: <www.tce.rs.gov.br/artigos/pdf/admpub.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2009.

BICHARA, Barney. Atos administrativos. In: **Aula telepresencial de direito administrativo ministrada pelo curso praetorium, para a pós-graduação em ciências criminais**. Curitiba, 27 mar. 2008.

_____. Atos administrativos. In: **Aula telepresencial de direito administrativo ministrada pelo curso praetorium, para a pós-graduação em ciências criminais**. Curitiba, 04 abr. 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Manual de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. **Poder extroverso e consensualismo na atividade administrativa**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=772>>. Acesso em: 13 jul. 2009.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Discricionariedade administrativa**. Curitiba: Universidade federal do Paraná, Setor de ciências jurídicas, programa de pós-graduação em direito, 1999.

BRASIL Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n. 592066-3-PR. Estado do Paraná e Ministério Público do Paraná. Relator: Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira. DJ, 21 jul. 2009. **DJ**: 194 DJ: 194 05 ago. 2009.

_____. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO E TRATAMENTO A PESSOA NECESSITADA. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. PLAUSIBILIDADE E RISCO NA DEMORA PRESENTES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE À POPULAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO, CUJO DESCUMPRIMENTO PERMITE A CHAMADA "JUDICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS". RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO PORQUE, ALÉM DE MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE, ESTÁ EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Estado do Paraná e Ministério Público do Paraná. Agravo de Instrumento n. 592.066-3-PR, Relator: Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira. DJ, 21 jul. 2009. **DJ**: 194 DJ: 194 05 ago. 2009.

_____. Apelação n. 0579459-0-PR. Estado do Paraná e Ministério Público do Paraná. Relatora: Desembargadora Lélia Samardã Giacomet. Revisora: Regina Afonso Portes. DJ, 14 jul. 2009. **DJ**: 198 11 ago. 2009.

_____. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ORDEM CONCEDIDA PARA FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS A PESSOA PORTADORA DE DOENÇAS GRAVES E CARENTE DE RECURSOS ECONÔMICOS. IRRELEVÂNCIA DE OS FÁRMACOS NÃO SE ENCONTRAREM CLASSIFICADOS PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE COMO "EXCEPCIONAIS". EVENTUAL INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA QUE NÃO PODE OBSTACULIZAR A OUTORGA DESSE DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO, CUJO DESCUMPRIMENTO PERMITE A

CHAMADA "JUDICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS". RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. Apelação e reexame necessário n. 0386399-6-PR. Estado do Paraná e Leonora Alves Pontes. Relator: Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira. Revisor: Abraham Lincoln Calixto. DJ, 14 abr. 2008. **DJ: 7605.**

_____. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. AINDA QUE NO EXAME DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DEVE O PODER JUDICIÁRIO LIMITAR-SE AO CONTROLE DA SUA LEGALIDADE OU LEGITIMIDADE, CUMPRE-LHE, POR ISSO MESMO, EXAMINAR OS MOTIVOS DETERMINANTES DAQUELES E A COINCIDÊNCIA OU NÃO COM O RESPECTIVO ESTATUTO LEGAL. CONFIGURADA, EM PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULAR, NO QUAL FOI ASSEGURADA AMPLA DEFESA AO FUNCIONÁRIO, FALTA GRAVE PUNÍVEL, NOS TERMOS DA LEI, COM DEMISSÃO. IMPROCEDE PEDIDO DE ANULAÇÃO DO ATO QUE CONCLUIU PELA APLICAÇÃO DE TAL PENA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SENHOR SECRETÁRIO DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO EM RELAÇÃO A ESTA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL E CARÊNCIA DA AÇÃO ARGÜIDAS PELO GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ. REJEIÇÃO. AUSÊNCIA DE QUALQUER VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE. SEGURANÇA DENEGADA. Mandado de segurança n. 4410-PR. Mauricio Teixeira e Governador do Estado do Paraná e Secretário do Estado de segurança pública. Relator: Desembargador Wanderlei Resende. DJ, 3 dez. 1999. **DJ: 5568.**

_____. Suspensão de liminar na ação ordinária n. 412/2008-PR. Estado do Paraná e Antônio Barbieri. Relator: Desembargador J. Vidal Coelho. DJ, 7 nov. 2008. **DJ: 7745.**

_____. Suspensão de liminar n. 539142-8-PR. Estado do Paraná e Helio Stralio. Relator: Desembargador J. Vidal Coelho. DJ, 28 out. 2008. **DJ: 7736.**

_____. Suspensão de liminar n. 545024-2-PR. Estado do Paraná e Pedro Henrique Spada. Relator: Desembargador J. Vidal Coelho. DJ, 21 nov. 2008. **DJ: 7760.**

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar,

ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido. Recurso especial n. 429570-GO. Ministério Público do Estado de Goiás e Município de Goiânia. DJ, 11 nov. 2003. **DJ**: 22 mar. 2004 p. 277, RMP vol. 25 p. 453, RSTJ vol. 187 p. 219. Voto vencedor: Ministra Relatora, Ministro João Otávio de Noronha, Ministro Castro Moreira e voto vencido: Ministro Francisco Peçanha Martins.

_____. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL. ATO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE OU ABUSO. INEXISTÊNCIA. - Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público.- Recurso ordinário desprovido. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 14967-SP. Mateus de Souza Santana e Estado de São Paulo. Relator: Ministro Vicente Leal. DJ, 25 mar. 2003. **DJ**: 22 abr. 2003, p. 272.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. ADMINISTRATIVO. CANA-DE-AÇÚCAR. PORTARIA Nº 294, DE 13.12.96, DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, QUE LIBEROU OS PREÇOS DO PRODUTO, A PARTIR DE 1º.05.98. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA HIERARQUIA DAS NORMAS, DA LEGALIDADE, DA PROPORCIONALIDADE, DA SEGURANÇA JURÍDICA, E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O art. 10 da Lei nº 4.870/65, que previa a fixação do preço da cana-de-açúcar, foi alterado pelo art. 3º, III, da Lei nº 8.178/91, que deixou a critério do Ministro da Fazenda, responsável pela execução da política econômica do Governo, a liberação, total ou parcial, dos preços de qualquer setor, o que foi concretizado pela referida autoridade por meio do ato impugnado, em face do manifesto descabimento da exigência de lei, ou de decreto, para fixação ou liberação de preços. Não há falar-se, portanto, em ofensa aos princípios constitucionais sob enfoque. No que concerne ao mérito do ato impugnado, é fora de dúvida que se trata de matéria submetida a critérios de conveniência e oportunidade, insuscetíveis, por isso, de controle pelo Poder Judiciário. Recurso desprovido. Mandado de segurança n. 23543-DF. Sindicato dos cultivadores de cana-de-açúcar no Estado de Pernambuco e União Federal. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ, 27 jun. 2000. **DJ**: 13-10-2000 PP-00021, EMENT VOL-02008-02 PP-00208, RTJ VOL-00176-03 PP-01120.

_____. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. LEI ESTADUAL Nº 9.908/93. ACORDO FIRMADO ENTRE O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE NA COMISSÃO INTERGESTORES BIPARTITE. INOBSERVÂNCIA DAS CLÁUSULAS PACTUADAS ENTRE AS PARTES. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. 1. Programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes e a portadores do vírus HIV. Lei nº 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que regulamentou o preceito do artigo 196 da Carta Federal. Constitucionalidade.

Precedentes. 2. Acordo firmado entre o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre. Exame das cláusulas pactuadas entre os entes públicos no que concerne à reserva de atribuições para a operacionalização dos serviços de saúde. Impossibilidade. Ofensa ao princípio da separação de poderes. Inexistência. Hipótese em que foram observados os critérios de conveniência e oportunidade da Administração para atender a demanda da população na área da saúde, o que é insuscetível de controle pelo Poder Judiciário. Agravo regimental não provido. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 259508-RS. Município de Porto Alegre e Patrício Palácio de Souza. Relator: Ministro Maurício Corrêa. DJ, 08 ago.2000. **DJ**: 16 fev. 2001 PP-00137, EMENT VOL-02019-05 PP-00878.

_____. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECRETO N. 420/92. LEI N. 8.393/91. IPI. ALÍQUOTA REGIONALIZADA INCIDENTE SOBRE O ACÚCAR. ALEGADA OFENSA AO DISPOSTO NOS ARTS. 150, I, II e § 3º, e 151, I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONSTITUCIONALIDADE. 1. O decreto n. 420/92 estabeleceu alíquotas diferenciadas --- incentivo fiscal --- visando dar concreção ao preceito veiculado pelo artigo 3º da Constituição, norma-objetivo que define a redução das desigualdades regionais e o desenvolvimento nacional. Autoriza-o o art. 151, I, da Constituição. 2. A fixação da alíquota de 18% para o açúcar de cana não afronta o princípio da essencialidade. Precedentes. 3. A concessão do benefício da isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, cujo controle é vedado ao Judiciário. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 480107-PR. Paiva & Meneghel Ltda (e outros) e UNIÃO. Relator: Ministro Eros Grau. DJ, 03 mar 2009. **DJe**: -059 DIVULG 26 mar. 2009 PUBLIC 27 mar. 2009, EMENT VOL-02354-04 PP-00830.

_____. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA DE DIREITOS SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. PRECEDENTES. 1. A Constituição do Brasil, em seu artigo 127, confere expressamente ao Ministério Público poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, como no caso de garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficiente. 2. Não há que se falar em usurpação de competência da defensoria pública ou da advocacia privada. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 554.088-0-SC. Estado de Santa Catarina e Ministério Público de Santa Catarina. Relator: Ministro Eros Grau. DJ, 03 jun. 2008. **DJe**: -112 DIVULG 19 jun. 2008 PUBLIC 20 jun. 2008, EMENT VOL-02324-06 PP-01237, RCJ v. 22, n. 142, 2008, p. 90-91.

_____. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E

CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). Medida cautelar em argüição de descumprimento de preceito fundamental n. 45-DF. Partido da social democracia brasileira – PSDB e Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 29 abr. 2004. **DJ**: 04 mai. 2004 PP-00012, RTJ VOL-00200-01 PP-00191.

_____. Concurso público. Limitação do número de candidatos aprovados em uma etapa para ter acesso à segunda. Possibilidade. O art. 37, II, da Constituição, ao dispor que a investidura em cargo público depende de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, não impede a Administração de estabelecer, como condição para a realização das etapas sucessivas de um concurso, que o candidato, além de alcançar determinada pontuação mínima na fase precedente, esteja, como ocorre na espécie, entre os 400 melhor classificados. Não cabe ao Poder Judiciário, que não é árbitro da conveniência e oportunidade administrativas, ampliar, sob o fundamento da isonomia, o número de convocações. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 478136-MG. Priscila Marina Araújo dos Santos Militão (e outros) e União. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ, 14 nov. 2006. **DJ**: 07 dez. 2006 PP-00049, EMENT VOL-02259-05 PP-00954, RTJ VOL-00202-01 PP-00376.

_____. CONSTITUCIONAL. ANISTIA: LEI CONCESSIVA. Lei 8.985, de 07.02.95. CF, art. 48, VIII, art. 21, XVII. LEI DE ANISTIA: NORMA GERAL. I. - Lei 8.985/95, que concede anistia aos candidatos às eleições gerais de 1994, tem caráter geral, mesmo porque é da natureza da anistia beneficiar alguém ou a um grupo de pessoas. Cabimento da ação direta de inconstitucionalidade. II. - A anistia, que depende de lei, é para os crimes políticos. Essa é a regra. Consubstancia ela ato político, com natureza política. Excepcionalmente, estende-se a crimes comuns, certo que, para estes, há o indulto e a graça, institutos distintos da anistia (CF, art. 84, XII). Pode abranger, também, qualquer sanção imposta por lei. III. - A anistia é ato político, concedido mediante lei, assim da competência do Congresso e do Chefe do Executivo, correndo por conta destes a avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade do ato, sem dispensa, entretanto, do controle judicial, porque pode ocorrer, por exemplo, desvio do poder de legislar ou afronta ao devido processo legal substancial (CF, art. 5º, LIV). IV. - Constitucionalidade da Lei 8.985, de 1995. V. - ADI julgada improcedente. ADI 1231-DF, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ, 15 dez. 2005. **DJ**: 28 abr. 2006 PP-00004, EMENT VOL-02230-01 PP-00049. Voto vencedor: Ministro Carlos Velloso e voto vencido: Marco Aurélio, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence.

_____. CONSTITUCIONAL. SEPARAÇÃO DOS PODERES. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE ATO DO PODER EXECUTIVO PELO PODER JUDICIÁRIO. DECISÃO BASEADA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS EDITALÍCIAS. SÚMULAS 279, 280 E 454. AGRAVO IMPROVIDO. I - Cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três Poderes constitucionais, e, em vislumbrando mácula no ato impugnado, afastar a sua aplicação. II - O acórdão recorrido dirimiu a questão dos autos com base na legislação infraconstitucional local aplicável à espécie. Incidência da Súmula 280 desta Corte. III - O exame de matéria de fato e a interpretação de cláusulas editalícias atrai a incidência das Súmulas 279 e 454 do STF. IV - Agravo regimental improvido. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 640272-DF. Distrito Federal e Neima Soares Pires Bezerra (e outros). Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ, 2 out. 2003. **DJe:** -134, DIVULG 30 out. 2007, PUBLIC 31 out. 2007, DJ 31 out. 2007, PP-00086, EMENT VOL-02296-09, PP-01890.

_____. PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUÍCIDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF. ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 393.175-0-RS. Estado do Rio Grande do Sul e Luiz Marcelo Dias (e outros). Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 12 dez. 2006. **DJ:** 02 fev. 2007 PP-00140, EMENT VOL-02262-08 PP-01524.

_____. Pessoa carente portadora de doença de origem neurológica. Lei 9.908/93 do Estado do Rio Grande do Sul. – Esta Primeira Turma, ao julgar o RE 242.859, relativo a caso análogo ao presente que diz respeito a doença de origem neurológica, assim decidiu: ‘ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS À AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados. Recurso não conhecido.’ Dessa decisão não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido. Recurso extraordinário n. 256327-7-RS. Estado do Rio Grande do Sul e Antônio Martinelli. Relator Ministro Moreira Alves. DJ, 25 jun. 2002. **DJ.:** 13 set. 2002 EMENTÁRIO n. 2082-3.

_____. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRESSUPOSTO ESPECIFICO DE RECORRIBILIDADE. A parte sequiosa de ver o recurso extraordinário admitido e conhecido deve atentar não só para a observância aos pressupostos gerais de recorribilidade como também para um dos específicos do permissivo constitucional. Longe fica de vulnerar o artigo 6., parágrafo único, da Constituição de 1969 acórdão em que afastado ato administrativo praticado com abuso de poder, no que revelou remoção de funcionário sem a indicação dos motivos que estariam a respalda-la. Na dicção sempre oportuna de Celso Antonio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível (Discricionariedade e Controle judicial). Recurso extraordinário n. 131661-ES. Estado do Espírito Santo e Vera Lucia de Paula Borges. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 26 set. 1995. **DJ**: 17 nov. 1995 PP-39209 EMENT VOL-01809-06 PP-01393.

_____. 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 534.908-0-PE. Estado de Pernambuco e Vanildo Gonçalves de Oliveira. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ, 11 dez. 2007. **DJe**: -031 DIVULG 21 fev. 2008 PUBLIC 22 fev. 2008, EMENT VOL-02308-07 PP-01408, LEXSTF v. 30, n. 353, 2008, p. 267-272.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2005.

CAMPOS, Alinaldo Guedes. **Discricionariedade administrativa: limites e controle jurisdicional**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6587>>. Acesso em: 22 mai. 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Patrícia Cunha de. **Necessidade de motivação nos atos administrativos discricionários**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/20189/19753>>. Acesso em: 11 jul. 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. 4. ed. São Paulo: McGraw Hill, 1993. p. 238.

COSTODIO FILHO, Ubirajara. A Emenda constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, p. 210-217, abr./jul. 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Dicionário de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Processo Administrativo – Pressupostos do ato administrativo – Vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo. In: I SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – 2003, São Paulo. **Processo administrativo**. Disponível em: http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm. Acesso em: 10 jul. 09.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **A&C Revista de direito administrativo e constitucional**. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, abr./jun. 2003. p. 68.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. (coord.) FERREIRA, Marina Baird.; ANJOS, Margarida dos.; FERREIRA, Elza Tavares...[et al]. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo:

Malheiros, 2008.

FONSECA, Sérgio Roxa da. **Desvio de finalidade e estado de direito**. Disponível em: <<http://www.revistajuridicaunicoc.com.br>>. Acesso em: 11 jul. 2009.

F. NETO, Francisco Damasceno. **Revista jurídica consulex**, nº 103 – Teoria e prática - Teoria dos motivos determinantes e anulação judicial dos atos administrativos. Disponível em: <<http://74.125.47.132/search?q=cache:HJ0op4ZwmOcJ:www.faceb.edu.br/faceb/RevistaJuridica/m103008.htm+Revista+jur%C3%ADdica+consulex,+n%C2%B0+103+%E2%80%93+Teoria+e+pr%C3%A1tica++Teoria+dos+motivos+determinantes+e+anula%C3%A7%C3%A3o+judicial+dos+atos+administrativos.&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 13 ago. 2009.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GODOY, Sonia Maria de Pinho. Legalidade, vinculação e discricionariedade. Alguns aspectos da Lei 9784, de 29 de janeiro de 1999. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Coord.). **Ato administrativo e devido processo legal**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KNOERR, Fernando Gustavo e KNOERR, Cibele Fernandes Dias. Efeitos da vinculação e da discricionariedade. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.) **Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

KREEL, Andréas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

LYRA, Leandro J. O controle da discricionariedade do ato administrativo pelo poder judiciário. **Revista Jus Vigilantibus.** Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/27365>>. Acesso em: 15 jul. 2009.

MAEDA SMITH, Chyntia. **Do princípio da legalidade ao princípio da juridicidade administrativa.** Disponível em: <<http://www.jusvox.com.br/mostraArtigo.asp?idNoticia=62>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Discricionariedade administrativa e controle judicial da Administração. **Boletim de direito administrativo.** São Paulo, jun. 2002.

MARTINS, Fernanda Greca. **O controle do mérito dos atos administrativos.** Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/318128/>>. Acesso em: 4 ago. 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 686, 22 maio 2005, p. 3. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6756>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba.** vol. 2. Direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre limites e controle da discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MÜLLER, Luciano Scherer. **O controle jurisdicional dos atos administrativos frente ao princípio constitucional da inafastabilidade de apreciação judicial e a tutela jurídica efetiva – o direito de fazer valer os direitos**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070430ocontrole_luciano.php>. Acesso em: 7 jul. 2009.

Notícias.STF..Disponível.em:.<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=104293>>. Acesso em: 8 jun. 2009.

O princípio da moralidade na Administração Pública: A necessidade e as implicações da definição axiológica de moralidade nos parâmetros do Estado contemporâneo. Disponível em: <http://74.125.47.132/search?q=cache:6dcoCHwqaolJ:www.unisc.br/universidade/es+estrutura_administrativa/centros/cepejur/docs/artigo08.doc+O+princ%C3%ADpio+da+moralidade+na+Administra%C3%A7%C3%A3o+P%C3%BAblica:+A+necessidade+e+as+implica%C3%A7%C3%B5es+da+defini%C3%A7%C3%A3o+axiol%C3%B3gica+de+moralidade+nos+par%C3%A2metros+do+Estado+contempor%C3%A2neo.&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 22 jul. 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992.

OLIVEIRA MORAES, Germana de. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese,

1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do Poder Judiciário.** São Paulo: Atlas, 2000.

PESSOA, Robertônio Santos. Princípio da eficiência e controle dos atos discricionários. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=342>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

RAMOS JÚNIOR, Hélio Santiago. **Princípio da eficiência e governo eletrônico no Brasil: o controle da Administração Pública pelo cidadão brasileiro.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/2014/30660>>. Acesso em: 23/07/09.

RUBIN, Giuliano. **O controle jurisdicional do mérito administrativo.** Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_setembro_2007/controle_jurisdicional_giuliano.pdf>. Acesso em: 10 ago.2009.

SANTOS IURCONVITE, Adriano dos. **O princípio da legalidade na constituição federal.** Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2647/O_PRINCIPIO_DA_LEGALIDADE_NA_CONSTITUICAO_FEDERAL>. Acesso em: 12 jul. 2009.

SANTOS RODRIGUES, Rubia Carolina dos. **Discricionariedade administrativa: limites e controle jurisdicional.** Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/vol_03/ANO1_VOL_3_07.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2009.

SERESUELA, Nívea Carolina de Holanda. Princípios constitucionais da Administração Pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3489>>. Acesso em: 21 jul. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Carlos Sousa. **Abuso de poder no direito administrativo.** Belo Horizonte: Alvorada Ltda, 1997.

SOUZA, Marcus Vinícius Saavedra Guimarães de. Fato, ato, e negócio jurídico. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2005/marcusviniciusguimaraesdesouza/fatoato_negociojuridico.htm>. Acesso em: 09 jul. 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TÁCITO, Caio. **Temas de direito público. Estudos e pareceres**. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Vinculação e discricionariedade administrativa. In: **Revista de direito administrativo**, n. 205, p. 125-130, jul./ set. de 1996.

TELLES, Antônio A. Queiroz. **Introdução ao direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TOLEDO PINTO, Antonio Luiz; SANTOS, Márcia Cristina Vaz e CÉSPEDES, Livia. **Códigos civil; comercial; processo civil e constituição federal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VARASSIN, Luciana. Princípio da legalidade na administração pública . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2275>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

VINOSKI, Christiane Sans. Imperatividade do ato administrativo e consensualidade na administração pública. In: **O estado do Paraná**. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/253356/?noticia=>>>. Acesso em: 13 jul. 2009.

ZAGONEL, Fernanda Sanson. **Vinculação e discricionariedade do ato administrativo: limites à atuação do administrador**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/27343>>. Acesso em: 19 jul. 2009.