

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**JULIANO CAPRIOLI FRANCESCHI**

**CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO:  
A ANÁLISE DE MÉRITO E SEUS LIMITES**

**CRICIÚMA**

**2012**

**JULIANO CAPRIOLI FRANCESCHI**

**CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO:  
A ANÁLISE DE MÉRITO E SEUS LIMITES**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do Grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Esp. João Carlos Medeiros Rodrigues Júnior

**CRICIÚMA**

**2012**

**JULIANO CAPRIOLI FRANCESCHI**

**CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO:  
A ANÁLISE DE MÉRITO E SEUS LIMITES**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Administrativo e Constitucional.

Criciúma, 18 de junho de 2012.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. João Carlos Medeiros Rodrigues Júnior - Especialista - UNESC - Orientador

Prof. Maurício da Cunha Savino Filó - Mestre - UNESC

Prof. Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto - Mestre - UNESC

**Dedica-se esta monografia às fontes de  
minha inspiração: meus pais, por toda  
incondicional dedicação, meus irmãos, pelo  
permanente suporte amigo e minha esposa,  
pelo amor que me destina.**

## AGRADECIMENTOS

Às instituições responsáveis pelo suporte acadêmico, a saber, Universidade Federal de Minas Gerais e Universidade do Extremo Sul Catarinense.

A todos os professores responsáveis pela busca do conhecimento e pela construção do pensamento jurídico, sobretudo ao professor João Carlos, orientador desta monografia.

A todos os amigos que de alguma forma contribuíram com esta conquista.

A meus pais, Claudino e Ana, destinatários de minha eterna gratidão. Responsáveis diretos por minha formação intelectual. Mestres do educandário da vida, dos quais emanam constantes fluidos de amor, compaixão e ternura.

A meu saudoso irmão, Rafael, companheiro de uma existência de memoráveis recordações. Parceiro de fundamental contribuição nesta realização.

A meu irmão Daniel, por toda a paz e compreensão que transmite. Meus sinceros agradecimentos ao estimável camarada que tanto colaborou com esta empreitada. Não poderia deixar de mencionar meu afilhado e sobrinho, Rafael, por toda a luz e alegria as quais profere, encantando-nos a cada novo dia.

A meu grande amor, Cecília, esposa dedicada que me oferta tanto carinho e afeto. Fonte de luz que compartilhou cada momento deste desafio, incentivando-me com sua meiguice.

A todos os demais familiares, os quais colaboraram com este objetivo.

A Deus, fonte eterna de inspiração, emanção dos mais sublimes sentimentos. Louvado seja por esta oportunidade de renovação e edificação espiritual.

*“Deus nos concede, a cada dia, uma página de vida nova no livro do tempo. Aquilo que colocamos nela corre por nossa conta.”* **Chico Xavier**

**“Nesse novo direito, redefinem-se as relações entre a legitimidade e a legalidade e as zonas em que se imbricam e, à luz de valores como moralidade e eficiência, o Judiciário é convocado a dar a última palavra sobre a validade dos atos do Poder Público e a sopesar suas razões de agir. É nesse novo direito, enfim, que a discricionariedade deixa de ser um homizio da imoralidade, um disfarce do abuso, uma escusa para a ineficiência e um pretexto para a demagogia.”**

**Diogo de Figueiredo Moreira Neto**

## RESUMO

O exercício da atividade administrativa faz-se presente hodiernamente em todas as funções do Estado, influenciando sobremaneira as relações jurídicas que a Administração Pública estabelece com o administrado. Dentre todas as atividades administrativas, merecem destaque, pela vasta expressão, os atos administrativos, sobretudo os realizados sob a competência discricionária. Por tudo isso, os atos administrativos discricionários, praticados mediante juízo de conveniência e oportunidade, tornaram-se objeto do presente estudo. Sabendo que, por certo, a faculdade de discricção emanada da lei não importa arbitrariedades, contrapõe-se o exercício da competência discricionária ao controle judicial, analisando a possibilidade de análise do mérito e os limites de correção jurisdicional. Desbordar tais limites significa sacrificar o princípio da separação do poderes, adentrando o judiciário em esfera exclusiva conferida constitucionalmente ao administrador. Por outro lado, abster-se abstratamente e *a priori* de analisar o mérito, tendo por parâmetro o Direito, revela conduta não condizente com o atual estágio do ordenamento jurídico pátrio. A sujeição do Poder Público aos princípios e regras constitucionais é inerente ao Estado Democrático de Direito. Sob esse prisma, utiliza-se do método dedutivo, tendo por base conceituado referencial bibliográfico, para demonstrar a relatividade da competência discricionária perante os balizamentos fático-normativos que se impõem no momento da prática do ato. Advém disso que, ao extravasar as fronteiras impostas pelo Direito, adentra o ato no campo da invalidade. Assim, qualquer providência do administrador que transborde os limites dentro dos quais a discricção teria de estar contida, evidencia-se viciosa, devendo ser anulada pelo controle judicial. Apresentam-se como limites ao exercício da competência discricionária, os princípios aplicáveis à Administração Pública, sobremaneira os constitucionais, os próprios pressupostos e elementos do ato administrativo, além das circunstâncias fáticas que delimitam e fundamentam a prática do ato. Estas restringem a margem de liberdade prevista e autorizada pelo Legislador, podendo até, em certos casos, esvaziá-la por completo, restando uma única solução possível. É nesse passo que, com fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição e no sistema de freios e contrapesos, utilizando-se de prerrogativa que lhe é inerente, conclui-se ser plenamente possível o controle judicial do ato administrativo praticado mediante aparente juízo de conveniência e oportunidade. Isso não importa absolutamente substituição do mérito do administrador, mas justamente a conformação da medida exercida a limites jurídicos.

**Palavras-chave:** Ato administrativo. Discricionariedade. Controle judicial. Análise de mérito.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>2 ATOS ADMINISTRATIVOS</b> .....	<b>11</b>
2.1 O DIREITO ADMINISTRATIVO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	11
<b>2.1.1 O Estado Democrático de Direito e a teoria da separação dos poderes...</b>	<b>11</b>
<b>2.1.2 Breve histórico do Direito Administrativo</b> .....	<b>13</b>
2.2 DEFINIÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	14
2.3 DEFINIÇÃO DE DIREITO ADMINISTRATIVO .....	15
2.4 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E ATIVIDADE ADMINISTRATIVA .....	16
2.5 CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO .....	17
2.6 FATOS E ATOS DA ADMINISTRAÇÃO .....	21
2.7 ATRIBUTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS .....	24
2.8 ELEMENTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS .....	27
2.9 EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS .....	31
<b>3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA</b> .....	<b>36</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS, CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO .....	36
3.2 ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE .....	41
3.3 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO .....	45
3.4 RELATIVIDADE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA .....	47
<b>4 CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO</b> .....	<b>49</b>
4.1 CONCEITO, ESPÉCIES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS .....	49
4.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS .....	53
4.3 VÍCIOS RELATIVOS AO ATO ADMINISTRATIVO .....	61
4.4 CONTROLE JUDICIAL COMO GARANTIA DO ADMINISTRADO .....	67
4.5 CONTROLE DE LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E DE MÉRITO .....	68
4.6 EXTENSÃO E LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL .....	71
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>75</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>77</b>



## 1. INTRODUÇÃO

A noção atual da função administrativa no Brasil e o exercício de suas competências apenas serão compreendidos quando contextualizados na moderna noção de Estado Democrático de Direito, ratificado com a Constituição Federal de 1988. A opção popular pelo referido Estado reclama que todas as funções de poder estejam submetidas ao ordenamento jurídico, não mais a uma estrita legalidade, mas ao Direito de uma maneira geral, assentado em bases mais amplas, fruto do pensamento pós-positivista, vertente filosófica desse neoconstitucionalismo.

Dentre todas as atividades advindas da função administrativa, as quais permeiam a todo tempo a vida em sociedade, elege-se o ato administrativo como objeto do presente trabalho, haja vista sua significativa expressão nas relações jurídicas estabelecidas pela Administração Pública com os administrados. Adentra-se não no exercício de qualquer ato administrativo, mas na averiguação dos exercidos mediante competência discricionária, uma vez que inquestionável é a análise dos atos praticados no âmbito da competência vinculada, pois nestes não há qualquer liberdade ao administrador.

As dificuldades emergem quando da análise da competência discricionária e suas relações com o controle judicial. A problemática acerca desse assunto, cujos interessantes debates e embates o tornaram um grande tema do Direito Administrativo contemporâneo, está em compreender quais são as fronteiras que balizam o Poder Judiciário na análise de mérito do ato administrativo discricionário, sem que a correição configure afronta ao princípio da separação dos poderes.

Nesse passo, há dois contrapontos argumentativos que se procura solucionar, um que o ilimitado controle judicial da competência discricionária fere o princípio da separação de poderes, fazendo o juiz as vezes do administrador, substituindo-lhe o juízo de conveniência e oportunidade presentes na dicção legal. Por outro lado, a independência dos poderes não é absoluta, estando sujeita ao sistema de freios e contrapesos e aos demais instrumentos jurídicos os quais evidenciam a inafastabilidade da jurisdição.

A razão deste trabalho advém dessa controvérsia, a qual reflete diretamente na consolidação harmônica dos poderes constituídos e na evolutiva construção de um Estado Democrático de Direito. A compreensão cuidadosa e

pormenorizada permitirá deliberar acerca dos limites do controle judicial, para que se possa evitar um crescimento exagerado e indesejado da função jurisdicional que macule a divisão de competências ou, ao revés, para que desarrazoados e arbitrários juízos de mérito não sejam praticados pelo administrador ao arrepio da norma.

Nesse passo, apresentam-se as seguintes hipóteses: o administrador, no exercício da competência discricionária, deve diligenciar pelo preciso atendimento à finalidade legal, devendo buscar a providência que mais se harmoniza com o ordenamento. Qualquer providência que extravase os limites da discricção torna-se passível de controle judicial. Não se deve abster-se o judiciário de se pronunciar a respeito da aplicabilidade abusiva e desarrazoada de um conceito indeterminado. O crivo do judiciário não poderá exceder os contornos legais, sob pena de invasão de funções. O controle judicial acerca da discricção não é uma afronta ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista o sistema de freios e contrapesos.

Tendo isso em vista, analisar-se-á o alcance do controle judicial do ato administrativo discricionário, identificando os limites os quais devem permear a decisão judicial por ocasião da análise do mérito administrativo. Para que se mostre possível tal pretensão, caminhar-se-á pelos meandros dos atos administrativos, delimitando sua posição no âmbito da Administração Pública, sob a regência do Direito Administrativo e Constitucional contemporâneo, e investigando seu conceito, atributos e elementos.

Em um segundo momento, investigar-se-á a discricionariade administrativa, seus fundamentos de existência e seu conceito, perpassando pela definição de mérito do ato administrativo e delimitando os limites atinentes à discricionariade. Com essa finalidade, convém relacionar os princípios aplicáveis à Administração Pública e os vícios relativos ao ato administrativo discricionário.

No derradeiro capítulo, realizar-se-á a perquirição a respeito do controle judicial como garantia do administrado, seu conceito e suas espécies, a relação com o sistema de freios e contrapesos, o controle de legalidade, legitimidade e de mérito, e, ao cabo, a extensão e limites do controle judicial.

## **2. ATOS ADMINISTRATIVOS**

### **2.1 O DIREITO ADMINISTRATIVO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A compreensão do que seja ato administrativo passa, invariavelmente, pelo que seja a Administração Pública, pois somente deste modo será possível fornecer a grandiosa e real expressão do Direito Administrativo nas diversas relações jurídicas que se constituem diariamente. Mostra-se, outrossim, de extrema importância chamar a atenção do leitor para a intensa presença das normas e atos da Administração Pública em diversas circunstâncias fáticas cotidianas. Luiz Flávio Gomes no prefácio à primeira edição da obra “Direito Administrativo” de Rafael Maffini (2009, p. 9) observa:

O dinamismo, que é característica da ciência jurídica atual, na atualidade, conta com dimensão própria e gigantesca no âmbito do Direito Administrativo. Não se trata de tarefa fácil, por conseguinte, acompanhar a sua incrível velocidade, explicar de modo coerente seus avanços ou mesmo os novos institutos gerados quase que diariamente a partir do complexo relacionamento entre o Poder Público e o particular.

Por seu turno, Administração Pública no Brasil somente será entendida se contextualizada na noção moderna de Estado Democrático de Direito, concepção adotada pelo Brasil em seu atual ordenamento jurídico pátrio. (MAFFINI, 2009, p. 21).

#### **2.1.1 O Estado Democrático de Direito e a teoria da separação de poderes**

Acerca de Estado de Direito, Marçal Justen Filho (2011, p. 70) adverte que esse conceito traduz a ideia de um Estado em que todos os poderes ou funções estatais estão sujeitas às disposições da lei e do Direito. Não apenas a submissão do governo a determinadas leis gerais e abstratas, mas o respeito à supremacia constitucional, adotando precípua consideração a um sistema normativo unitário de regras e princípios.

As características democráticas desse Estado, pautado em uma democracia substantiva, são assim delineadas pelo doutrinador constitucionalista José Afonso da Silva (2008, p. 119):

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias [...].

Adotando o magistério de José Joaquim Gomes Canotilho, o qual desenvolveu os princípios do Estado de Direito Democrático português, José Afonso da Silva (2008, p. 122) ensina:

- (a) Princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional.

Marçal Justen Filho (2011, p. 84) observa que o poder político do Estado brasileiro, embora uno e indivisível, é essencialmente composto de três estruturas organizacionais distintas, mal denominadas “poderes”: legislativo, executivo e judiciário. A clássica divisão desses “poderes” – sistematizada e aprofundada na clássica obra de Montesquieu “O espírito das leis” – é parte integrante do Estado Constitucional e tem o objetivo de limitar e evitar a concentração de atribuições em uma determinada estrutura organizacional - “poder” estatal - em detrimento das demais. Igualmente, recorre-se novamente aos ensinamentos de destacado doutrinador constitucional:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes. (SILVA, 2008, p. 109).

Tendo em vista a teoria da tripartição do Poder Estatal, ao recordar as funções típicas ou precípuas de cada Poder do Estado, Rafael Maffini (2009, p. 24) nos ensina que cabe ao poder legislativo a função legislativa, ao poder judiciário a função jurisdicional e ao poder executivo a função estatal de Administração Pública, contudo ressalta:

No entanto, uma advertência faz-se também necessária: desde Montesquieu, mostra-se equivocado falar numa separação absoluta de

Poderes (ou funções) estatais. Ao contrário, os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo são, por força de preceito constitucional (art. 2º da CF), independentes e harmônicos entre si. Depreende-se de tal primado constitucional que os Poderes do Estado interagem constantemente, de modo que é possível que um dos Poderes desempenhe, atipicamente, uma função que, tipicamente, é incumbida a outro. Disso resulta, por exemplo, que a função estatal de Administração Pública é encontrada tipicamente no Poder Executivo, mas também, porém de modo atípico, nos Poderes Legislativo e Judiciário. (MAFFINI, 2009, p. 24).

Vê-se, portanto, que a função estatal de administração esta contida em todos os poderes estatais, seja de maneira atípica (secundária) no Poder Legislativo e Judiciário, seja de forma típica (preponderante) no Poder Executivo, constituindo de singular importância o debate em questão.

### **2.1.2 Breve histórico do Direito Administrativo**

Evidenciando, através de uma rápida digressão, as circunstâncias históricas que contribuíram para o surgimento e formação do Direito Administrativo como ramo autônomo, observa-se que seu nascedouro, baseado em princípios informativos próprios, deu-se na França juntamente com o direito constitucional, entre o final do século XVIII e início do século XIX, com as chamadas revoluções liberais. (DI PIETRO, 2011, p. 1-2).

As concepções político-institucionais que afloravam, nessa época, propiciavam o surgimento de normas norteadoras do exercício dos poderes estatais, pois tinham clara conotação de limitação e controle do poder e de garantia dos direitos individuais. Assim, as idéias relativas ao Estado de direito que emergiam nas primeiras décadas do século XIX tornaram-se fator propício para a formação do direito administrativo. O mesmo se pode dizer quanto à teoria da separação dos poderes: a atribuição da função executiva a um específico setor estatal facilitou a formação de um direito da Administração, com individualidade própria. (MEDAUAR, 2010, p. 37).

Veja que o Direito Administrativo surge por meio de uma essencial necessidade de limitar o poder do governante, antes ilimitado no Estado Absolutista – como se depreende da famosa frase atribuída ao Rei Luiz XIV da França: “O Estado sou eu”. Outra característica que propiciou a formação do Direito Administrativo foi o movimento positivista, a base do Estado de Direito, uma verdadeira regulamentação estatal.

Por fim, Odete Medauar (2010, p. 38) ainda lembra que a ideia de separação dos poderes, lançada oportunamente por Montesquieu, ao reservar a função administrativa preponderantemente a um setor específico, o poder executivo,

também contribuiu para o nascimento do Direito Administrativo e para sua sistematização que viria no decorrer do século XIX.

Foi, portanto, esse campo histórico de revoltas liberais contra a concentração de poder nas mãos do governante, que permitiu o surgimento da feição moderna de Estado, o qual trouxe consigo a noção de Direito Administrativo e de Administração Pública. (MAFFINI, 2009, p. 22).

Mas a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos fundamentais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado. (DI PIETRO, 2011, p. 2).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 42) salienta que o Direito Administrativo deve ser considerado “como um conjunto de limitações aos poderes do Estado ou, muito mais acertadamente, como um conjunto de deveres da Administração em face dos administrados.”

## 2.2 DEFINIÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ante o exposto, após uma breve passagem pelo Estado Democrático de Direito, pela teoria da separação dos poderes e por aspectos históricos relevantes do Direito Administrativo, cumpre, neste momento, expor as diversas acepções do que seja Administração Pública. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 50), em excelentes ensinamentos, sintetiza em dois os sentidos mais utilizados de Administração Pública:

- a) Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer umas das funções em que se tripartite a atividade estatal: a função administrativa;
- b) Em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.

Adotando os sentidos supracitados, e seguindo os ensinamentos de Di Pietro (2011, p. 50), há ainda outra distinção de destaque realizada por alguns autores a respeito do debatido tema, qual seja, Administração Pública em sentido

amplo e Administração Pública em sentido estrito. Subjetivamente considerada, a Administração Pública em sentido amplo compreenderia tanto os órgãos governamentais (Governo) – responsáveis pela direção e planejamento – como também os órgãos administrativos (Administração Pública em sentido estrito) – responsáveis pela execução. Objetivamente considerada, a Administração Pública compreenderia tanto a função política (traçar metas governamentais) quanto a função administrativa (executar). Em termos mais restritos, a Administração Pública em sentido estrito, sob o aspecto subjetivo, é formada pelos órgãos administrativos e, sob o aspecto objetivo, pela função administrativa.

É nesse último sentido – Administração Pública em sentido estrito –, em seus aspectos subjetivo e objetivo, que, segundo a renomada autora, “a Administração Pública é objeto de estudo do Direito Administrativo; Governo e a função política são mais objeto do Direito Constitucional”. (DI PIETRO, 2011, p. 55). Precipuamente, o conjunto de regras e princípios, os quais normatizam a atuação da Administração Pública, é o Direito Administrativo. (MEDAUAR, 2010, p. 36).

### 2.3 DEFINIÇÃO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Diante do já exposto, convém, em termos atuais, conceituar Direito Administrativo partindo-se do conciso conteúdo inicial realizado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 29), para o qual “Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da função administrativa, e os órgãos que a desempenham.”

Adotando o critério da Administração Pública para conceituar o Direito Administrativo, Maria Sylvia Di Pietro (2011, p. 47) afirma que esse é o critério adotado por diversos administrativistas internacionais, tais como Zanobini, Cino Vitta, Laubadère, Gabino Fraga e Otto Mayer, caracterizando-se por ser “o conjunto de princípios que regem a Administração Pública.” Seguindo o mesmo critério, no direito brasileiro, a doutrinadora cita, dentre outros, Fernando Andrade de Oliveira e Hely Lopes Meirelles. Utilizando-se de uma conceituação mais descritiva, Di Pietro (2011, p. 48) o conceitua como:

O ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade

jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

Veja que, no conceito acima, a doutrinadora utiliza-se da Administração Pública em sentido estrito no seu aspecto subjetivo (órgãos, agentes e pessoas jurídicas que exercem a função administrativa) e no aspecto objetivo (atividade administrativa exercida por aqueles entes) para delimitar, como já visto nesse estudo, o objeto do Direito Administrativo.

## 2.4 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Partindo do aspecto subjetivo e considerando os sujeitos que compõem a Administração Pública, Di Pietro (2011, p. 58) define tal aspecto como “o conjunto de órgãos e pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.” (DI PIETRO, 2011, p. 58). No aspecto objetivo a Administração Pública confunde-se com a própria atividade administrativa exercida por esses entes, correspondendo à função administrativa, precipuamente atribuída ao Poder Executivo.

Veja que na própria definição de Administração Pública estão contidas as expressões “função administrativa” e “atividade administrativa”, tornando-se imprescindível um cuidadoso esclarecimento.

No intuito de afastar qualquer utilização inadequada dos termos função administrativa e atividade administrativa, Marçal Justen Filho (2011, p. 99) os distingue de maneira bastante clara:

A função administrativa é um conjunto de competências, e a atividade administrativa é a sequência conjugada de ações e omissões por meio das quais se exercita as funções e se persegue a realização dos fins que a norteiam e justificam sua existência. A função administrativa se traduz concretamente na atividade administrativa.

Portanto, a função administrativa refere-se à atribuição de competência, enquanto a atividade administrativa é a concretização dessa atribuição. O autor conceitua função administrativa como:

O conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional. (JUSTEN FILHO, 2011, p. 94).



Regis Fernandes de Oliveira (2007, p. 26), diante da dificuldade notória da doutrina em conceituar a função administrativa, faz importante consideração, destacando o critério negativo de conceituação:

Procurou-se, de outro lado, nortear o estudo das funções do Estado para o aspecto negativo, orientação trilhada por Fritz Fleiner. Definiu o autor função administrativa a atividade estatal que sobra, tão logo excluídas a legislação e a jurisdição. A ela fez menção Otto Mayer. Tal critério foi escolhido por José Roberto Dromi, que taxativamente afirma adotar o critério residual [...]

Contudo, propõe, em definição, que:

Função administrativa é a atividade do Estado ou por quem faça suas vezes, como parte interessada em relação jurídica estabelecida sob a lei ou diretamente realizada através de decretos expedidos por autorização constitucional, para a execução das finalidades estabelecidas no ordenamento jurídico. (OLIVEIRA, 2007, p. 45).

Na concepção de Di Pietro (2011, p. 57), a atividade administrativa, por sua vez, tem por característica ser uma “atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob o regime jurídico total ou parcialmente público, para a consecução dos interesses coletivos”.

Esclarece-se que, da extensa abrangência do Direito Administrativo nas relações jurídicas diárias, como se pôde verificar através do até aqui exposto, assim como da função administrativa, a qual permeia todos os poderes do Estado, sendo concretizada por atividades administrativas através de diversos atos da Administração, o presente estudo terá por objeto os atos administrativos, uma categoria particular e de grande expressão no Direito.

## 2.5 CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO

Em que pese grande distinção acerca do assunto, é mediante conceituações de ato administrativo formuladas pela doutrina que se permitirá extrair as características desse ato peculiar, individualizando-o como categoria própria dentre as atividades administrativas.

A importância dos atos administrativos é ímpar. Trata-se de um dos temas centrais, senão o tema central do Direito Administrativo. Já se afirmou (Otto Mayer) que os atos administrativos correspondem à atividade estatal que traduz, por excelência, a função administrativa. Numa analogia absolutamente adequada, seria correto afirmar que os atos administrativos

estão para a função administrativa como a sentença e a lei estão, respectivamente, para a função jurisdicional e para a função legislativa. Quase tudo o quanto se faz no exercício da atividade de administração pública se dá através de atos administrativos (ex.: autuação de trânsito, lançamento fiscal, alvará de funcionamento, nomeação de servidor público etc.). (MAFFINI, 2009, p. 84-85).

Observa-se que, apesar de conceituações diversas, as quais partem de perspectivas distintas – ora em um sentido amplo, ora restrito, ora mediante um critério subjetivo, ora objetivo – os doutrinadores utilizam-se, na maior parte das definições, de elementos centrais idênticos, determinando certa homogeneidade e evidenciando as características essenciais e determinantes do ato objeto de estudo.

Em seus ensinamentos, Di Pietro (2011, p. 194-196) enfatiza que ao critério subjetivo lhe falta rigor científico, pois, ao considerar apenas os atos da Administração, exclui do conceito os atos advindos dos poderes legislativo e judiciário, além de incluir os atos de direito privado praticados pela Administração. Na atualidade, porém, pode-se dizer que é do critério objetivo – “aquele praticado no exercício concreto da função administrativa” – que, de maneira geral, se utilizam os doutrinadores, não obstante acrescentarem novos elementos para “aqueles que podem ser considerados atos administrativos propriamente ditos, surgindo uma série de concepções mistas, que combinam diferentes critérios.” (DI PIETRO, 2011, p. 196).

Portanto, muito embora haja divergências semânticas entre as diferentes conceituações de ato administrativo, de uma maneira geral os doutrinadores ora utilizam-se de um critério mais amplo, ora de um critério mais restrito, convergindo quanto a um critério objetivo ou funcional. (FOLLONI, 2006, p. 57).

Ao sentir de Marçal Justen Filho (2011, p. 350), partindo-se de uma conceituação mais ampla, “ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício da função administrativa”. Observe que o doutrinador não faz qualquer distinção entre manifestação unilateral ou bilateral, estando incluso em seu conceito, por exemplo, os contratos administrativos. Ademais, considera aquela vontade apta a gerar efeitos jurídicos, seja direto ou indireto.

Ao esmiuçar o conceito de ato administrativo, Justen Filho (2011, p. 351) enfatiza que esse ato “é uma manifestação de vontade, no sentido de que exterioriza a vontade de um sujeito dirigida a algum fim”. Não uma vontade qualquer, mas uma manifestação da vontade funcional, a qual objetiva a satisfação das necessidades

coletivas. Em relação à aptidão para gerar efeitos, assevera que “o ato administrativo é uma manifestação de vontade à qual o direito vincula efeitos.” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 352).

No entendimento de Di Pietro (2011, p. 198), a qual se utiliza de um conceito um pouco mais restrito, define-se “ato administrativo como 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.” Di Pietro (2011, p. 197) nos ensina que alguns dados devem ser considerados para a definição de ato administrativo:

1. Ele constitui declaração do Estado ou de quem lhe faça às vezes; é preferível falar em declaração do que em manifestação, porque aquele compreende sempre uma exteriorização do pensamento, enquanto a manifestação pode não ser exteriorizada [...] e
2. Sujeita-se a regime jurídico administrativo, pois a Administração aparece com todas as prerrogativas e restrições próprias do poder público; com isto, afastam-se os atos de direito privado praticados pelo Estado;
3. Produz efeitos jurídicos imediatos; com isso, distingue-se o ato administrativo da lei e afasta-se de seu conceito o regulamento que, quanto ao seu conteúdo, é ato normativo, mais semelhante à lei; e afastam-se também os atos não produtores de efeitos jurídicos diretos, como os atos materiais e os atos enunciativos;
4. É sempre passível de controle judicial;
5. Sujeita-se à lei.

A doutrinadora, ao evidenciar que tais atos produzem efeitos imediatos, esclarece que os atos jurídicos que não produzem efeitos jurídicos não são atos administrativos propriamente ditos, pois ao conceito não se enquadram. São estes os atos materiais, de simples execução (reforma de um prédio, limpeza das ruas); os despachos de encaminhamento; os atos enunciativos ou de conhecimento, os quais apenas declaram existência de direito ou situação (certidões, atestados, declarações); e os atos de opinião (pareceres e laudos). (DI PIETRO, 2011, p. 198-199). Utilizando-se de um conceito amplo de ato administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 358) ensina que:

É possível conceituar ato administrativo como: declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, uma concessionária 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.

Ademais, a partir de um conceito de caráter restrito em relação à declaração, mas amplo em relação à produção de efeitos, Regis Fernandes de

Oliveira (2007, p. 70) define “o ato administrativo como declaração unilateral do Estado, ou de quem faça suas vezes, no exercício da função administrativa, que produza efeitos jurídicos.” Veja que o doutrinador restringe aos atos administrativos apenas aqueles produzidos de modo unilateral, excluindo-se os contratos administrativos.

Regis Fernandes de Oliveira (2007, p. 55), parecendo divergir dos outros doutrinadores citados em relação aos efeitos, ainda que entenda não ser ato administrativo o ato não produtor de qualquer efeito jurídico (convites, comunicações), afirma que basta a lei atribuir qualquer efeito para que o ato seja tido como ato administrativo (como exemplo, utiliza-se do parecer quando a lei o prevê como requisito de legitimidade do procedimento de audiência).

A possível divergência é rechaçada quando se verifica que determinados atos fazem parte de um único procedimento ou são considerados parte de ato complexo. Nesses casos, tais atos são considerados preparatórios ou acessórios do ato principal, não podendo ser excluídos do conceito de ato administrativo. (DI PIETRO, 2011, p. 199).

Na tentativa de sistematizar as características do ato administrativo a partir das várias formulações apresentadas na doutrina, Rafael Maffini (2009, p. 85-89) sintetiza e evidencia três aspectos que prevalecem.

A um, que “são, invariavelmente, “atos jurídicos”, ou seja, os atos administrativos são manifestações unilaterais de vontade aptas a produzir efeitos jurídicos preestabelecidos” – evidencia-se um aspecto estrito de ato administrativo, pois restringe os atos à unilateralidade, e, além do mais, apenas àqueles com efeitos jurídicos preestabelecidos, arredando do conceito os negócios jurídicos celebrados pela Administração.

A dois, que são atos administrativos aqueles praticados no exercício da função administrativa, incluindo-se o exercício atípico do Legislativo e do Judiciário quando nessa função, assim como os particulares quando desempenham tal função, por exemplo, delegação de serviços públicos.

A três, e o mais importante, que os atos administrativos são aqueles praticados sob um regime especial de Direito Administrativo, também chamado de regime jurídico de direito público, afastando do conceito os atos regidos predominantemente pelo Direito Privado, também chamados de “atos de gestão” (emissão de cheque, cumprimento de obrigações assumidas com fornecedores).

Assim, em face dos princípios e dos valores norteadores do Direito Administrativo, recai sobre os atos administrativos um regime jurídico peculiar, cuja principal característica está justamente na conjugação dos “atributos dos atos administrativos”, a seguir analisados. Trata-se, portanto, de um regime jurídico peculiar, cujas principais características podem ser assim sumarizadas: a) é fundamentado no interesse público; b) confere, em favor da Administração Pública ou de quem esteja no desempenho da função administrativa, uma série de prerrogativas públicas; c) manifesta-se através de atributos ou características que serão oportunamente analisados. (MAFFINI, 2009, p. 89).

Diante de todo o exposto, em que pese divergência sobre considerar o ato jurídico administrativo em seu sentido amplo (unilateral e bilateral) ou em sentido estrito (unilateral apenas), pode-se, em resumo, destacar que os atos administrativos são aqueles praticados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes; sob um regime jurídico de direito público – seja a Administração Pública, seja o particular no exercício da função administrativa (concessão, permissão e delegação); os quais produzem efeitos jurídicos – criando, modificando ou extinguindo direitos (havendo divergência quanto à produção de efeitos diretos e indiretos ou apenas diretos); que se sujeitam a controle pelo Poder Judiciário; são complementares à previsão legal; e são realizados visando a satisfação do interesse público.

## 2.6 FATOS E ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Relevância indispensável há, no estudo dos atos administrativos, em relação à distinção entre ato jurídico administrativo e fato jurídico administrativo.

O ato jurídico administrativo é um ato jurídico, pois se trata de uma declaração que produz efeitos jurídicos. É uma espécie de ato jurídico, marcado por características que o individualizam no conjunto dos atos jurídicos [...].

Sendo ato jurídico, aloca-se dentro do gênero fato jurídico. Este se define como: qualquer acontecimento a que o Direito imputa e enquanto imputa efeitos jurídicos. O fato jurídico, portanto, pode ser um evento material ou uma conduta humana, voluntária ou involuntária, preordenada ou não a interferir na ordem jurídica. Basta que o sistema normativo lhe atribua efeitos de direito para qualificar-se como um fato jurídico. (MELLO, 2006, p. 345-346).

Nesse sentido, tendo em vista que a teoria do fato jurídico é pormenorizadamente cuidada no direito civil, convém, para melhor compreensão, trazer os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 316-319) acerca do tema.

O ilustre doutrinador assevera que todos os fatos que produzirem efeitos jurídicos são chamados de fatos jurídicos em sentido amplo, pois repercutem na esfera do Direito. “Fato jurídico em sentido amplo é, portanto, todo acontecimento da vida que o ordenamento jurídico considera relevante no campo do direito.” (GONÇALVES, 2011, p. 316). É a correspondência entre o fato e a norma que qualifica aquele como fato jurídico – nexos que pode ser chamado de subsunção, hipótese de incidência etc.

Continuando nos ensinamentos do doutrinador, o fato jurídico em sentido amplo, em que pese classificações doutrinárias divergentes, divide-se em fatos jurídicos em sentido estrito (fatos naturais ou eventos materiais) e atos jurídicos em sentido amplo (fatos humanos).

Aquele subdivide-se em ordinários (como o nascimento, a morte e o decurso do tempo) e extraordinários – casos de caso fortuito e força maior (como raio, tempestade e terremoto). Por sua vez, “os fatos humanos ou atos jurídicos em sentido amplo são ações humanas que criam, modificam, transferem ou extinguem direitos e dividem-se em lícitos e ilícitos.” (GONÇALVES, 2011, p. 318). Os atos lícitos, por fim, dividem-se em ato jurídico em sentido estrito, negócio jurídico e ato-fato jurídico.

Diante de todo o exposto e fazendo uma correlação com os ensinamentos já mencionados de Celso Antônio Bandeira de Mello, podemos entender que é administrativo o ato ou fato que produzem efeitos na órbita do Direito Administrativo.

Ao nosso ver a solução é a seguinte. Atos jurídicos são declarações, vale dizer, são enunciados; são “falas” prescritivas. O ato jurídico é uma pronúncia 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. Donde, a distinção entre ato jurídico e fato jurídico é simplicíssima. (MELLO, 2006, p. 348).

Como exemplos de fatos jurídicos (em sentido estrito) que não dependem de qualquer atividade humana, Regis Fernandes de Oliveira (2007, p. 53-54) cita o tempo, “ao qual o direito empresta a significação jurídica de extinção ou criação de direitos, tal como a prescrição, a decadência etc.”

Observe que a distinção entre fato administrativo e ato administrativo é a mesma do Direito Civil, e, embora o fato (evento natural) possa produzir efeitos na órbita do direito, em específico no Direito Administrativo (fato jurídico administrativo,

como, por exemplo, o falecimento de um servidor), se diferencia do ato jurídico administrativo, objeto do presente estudo, porque não depende de manifestação de vontade.

Fato administrativo (em sentido amplo) é todo evento previsto em uma norma jurídica como condição para a produção de efeitos jurídicos atinentes à função administrativa.

O gênero (fato administrativo em sentido amplo) contempla duas espécies. A primeira é o fato administrativo em sentido restrito, que consiste numa ocorrência não decorrente da vontade, que produz efeitos no direito administrativo. A segunda espécie é o ato administrativo, que compreende diversas subespécies.

Mas o ponto crucial para definir o ato administrativo reside na influência da vontade em sua formação. (JUSTEN FILHO, 2011, p. 353).

Conjugando a teoria dos fatos jurídicos com as considerações a respeito do âmbito administrativo dos fatos e atos, tendo por base os conceitos de ato administrativo já estudados, o objeto do presente trabalho será o ato administrativo em seu sentido amplo, seja o ato jurídico em sentido estrito (os efeitos da declaração de vontade estão preestabelecidos em lei), seja o negócio jurídico (a declaração de vontade pretende atingir determinados efeitos jurídicos), ambos distintos do fato administrativo, o qual prescinde da vontade. A razão de se estudar a diferenciação entre ato jurídico administrativo e fato administrativo foi claramente tratado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 348-349):

O interesse da distinção entre ato jurídico e fato jurídico, para o Direito Administrativo, reside em que a Administração não só produz atos jurídicos, mas também fatos jurídicos, e é preciso, então, separar os atos administrativos dos fatos da Administração, o que só é possível depois destes esclarecimentos. Este discrimen precisa ser feito porque, como além se verá, (a) atos administrativos podem ser anulados e revogados, dentro dos limites do Direito; fatos administrativos não são nem anuláveis, nem revogáveis; (b) atos administrativos gozam de presunção de legitimidade; fatos administrativos não; (c) o tema da vontade interessa nos atos administrativos denominados (ainda que a terminologia não seja boa) discricionários, isto é, naqueles em cuja prática a Administração desfruta de certa margem de liberdade; nos fatos administrativos nem se poderia propô-lo.

Nesse mesmo sentido, Rafael Maffini (2009, p. 86-87) destaca que os fatos administrativos não dependem de manifestação volitiva, ainda que estejam aptos a produzir efeitos jurídicos. Refere-se, como exemplo, o falecimento de um servidor público – que acarretará a vacância do cargo, o pensionamento etc. – e, sobretudo, o desempenho de atribuições de um agente público mediante a prática de atos materiais (gari limpando via pública, professor público ministrando aula,

médico do serviço público atendendo pacientes etc.), diferentemente das atribuições do agente público que são realizadas através de atos administrativos.

Di Pietro (2011, p. 192-193), por sua vez, traz outra importante distinção entre atos da Administração e atos administrativos propriamente ditos, ensinando “que todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração”. Esta expressão representa um gênero do qual o ato administrativo é espécie, ou seja, dentre outros a seguir expostos, o ato administrativo abrange apenas uma parcela específica dos atos praticados pela Administração Pública.

Dentre os atos da Administração, incluem-se:

1. Os atos de direito privado, como doação, permuta, compra e venda, locação;
2. Os atos materiais da Administração, que não contém manifestação de vontade, mas que envolvem apenas execução, como a demolição de uma casa, a apreensão de mercadoria, a realização de um serviço;
3. Os chamados atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor, que também não expressam uma vontade e que, portanto, também não podem produzir efeitos jurídicos; é o caso dos atestados, certidões, pareceres e votos;
4. Os atos políticos, que estão sujeitos a regime jurídico-constitucional;
5. Os contratos;
6. Os atos normativos da Administração, abrangendo decretos, portarias, resoluções, regimentos, de efeitos gerais e abstratos;
7. Os atos administrativos propriamente ditos.

O ato administrativo, portanto, é um ato jurídico peculiar, marcado por características próprias e distintas dos demais atos praticados pela Administração, cujas particularidades advêm de um regime jurídico especial: “o regime da cogência e da imperatividade, o regime do direito público.” (HORBACH, 2007, p. 56).

## 2.7 ATRIBUTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O regime jurídico especial atinente aos atos administrativos conjuga determinados atributos, ainda que não estejam sempre presentes, bastando que a maior parte deles se faça presente. (MAFFINI, 2009, p. 89). Ressalta-se que há divergência entre os doutrinadores acerca dos atributos dos atos administrativos e, tendo isso em vista, utilizar-se-ão os atributos mais citados pelos administrativistas, quais sejam, presunção de legitimidade, autoexecutoriedade e imperatividade.

Como bem observa Di Pietro (2011, p. 199), são “verdadeiras prerrogativas do poder público, dentre as muitas que o colocam em posição de supremacia sobre o particular.”



No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 45-47), além da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, a supremacia do interesse público sobre o privado é alçada à condição de ponto fundamental (“pedra angular”), sobre o qual se constrói o Direito Administrativo.

Trata-se de um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. (MELLO, 2006, p. 58).

É nesse contexto normativo que se apresentam os atributos do ato administrativo, prerrogativas públicas decorrentes, vale dizer, do princípio da legalidade, “o que significa uma inafastável compatibilidade com a Constituição.” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 374).

Falar que a causa do ato administrativo vincula-se à expressa previsão legal, que a produção de tais atos está submetida a formalidades especiais ou que se está num regime de legalidade estrita e de plena ligação com o interesse público significa que se deixam para trás os aspectos de liberdade de disposição dos interesses particulares inspiradora das normas de direito civil, em especial, e do direito privado, em geral. (HORBACH, 2007, p. 56).

O primeiro atributo do ato administrativo a ser estudado é a presunção de legitimidade do ato administrativo (regularidade do ato), referindo-se à conformidade com a lei, presumindo-se, até que se prove o contrário, que o ato foi produzido com observância da lei – presunção *iuris tantum* (relativa). (DI PIETRO, 2011, p. 200). A referida autora, em complemento, ainda traz outro aspecto da presunção de legitimidade, a presunção de veracidade dos fatos alegados pela Administração – compatibilidade com a verdade. Evidentemente, tal atributo é decorrência lógica da própria presunção de legalidade dos atos administrativos.

Presunção de validade e presunção de legitimidade, contudo, não se confundem. Esta é um atributo específico do ato administrativo. Além de válido, o ato administrativo presume-se lícito, legal, legítimo. O ato administrativo, além de presumir-se válido (pertencente ao sistema), igualmente presume-se legítimo (em conformidade com esse sistema). Presume-se, destarte, livre de defeitos, livre de qualquer uma daquelas condições suficientes para sua invalidação. (FOLLONI, 2006, p. 108-109).

A presunção de legitimidade é um atributo o qual possui um caráter instrumental, um pressuposto em relação aos demais, pois o ato administrativo deve ser legítimo para que desenvolva qualquer dos demais atributos a seguir examinados. (FOLLONI, 2006, p. 110). Observa-se, portanto, que o atributo em

análise contém três aspectos, devendo ser os atos presumidamente legítimos e legais (compatíveis com o direito), além de verdadeiros.

A relevância da presunção de legitimidade do ato administrativo reside na geração de efeitos vinculantes para terceiros. A autoridade administrativa dispõe de poderes para gerar unilateralmente atos jurídicos oponíveis a terceiros, sem que haja necessidade de participação do interessado ou do Judiciário. (JUSTEN FILHO, 2011, p. 374).

O segundo atributo, autoexecutoriedade, significa dizer que o ato administrativo independe de autorização prévia do Poder Judiciário para produzir seus efeitos, ou seja, que “podem ser praticados e seus efeitos concretizados independentemente do Poder Judiciário.” (MAFFINI, 2009, p. 93).

O ato administrativo é executado, colocado em prática, pela própria Administração, com os próprios meios, sem a necessidade do consentimento de qualquer outro poder ou autoridade. A justificativa essencial dessa nota característica reside na necessidade de que o atendimento imediato e contínuo do interesse público não seja retardado por manifestações contrárias de quem quer que seja. (MEDAUAR, 2010, p. 147).

No entendimento da doutrina majoritária, seguindo os ensinamentos de Di Pietro (2011, p. 203), tal nota característica do ato administrativo contém dois enfoques, a exigibilidade e a executoriedade, sendo que aquele se evidencia quando a Administração utiliza-se de meios indiretos de coerção por ocasião de descumprimento do ato – decidir sem autorização prévia do Poder Judiciário (multa e outras penalidades administrativas). Distintamente, a executoriedade é a capacidade de aplicar meios diretos de coerção: impõe materialmente ao administrado um fazer, podendo utilizar-se da força inclusive (é um executar sem o Poder Judiciário). (DI PIETRO, 2011, p. 202-203).

A autora ainda destaca que o aspecto da executoriedade não está presente em todos os atos administrativos, senão naqueles casos expressamente previstos em lei ou quando se trata de medida urgente.

Graças à exigibilidade, a Administração pode valer-se de meios indiretos que induzirão o administrado a atender ao comando imperativo. Graças à executoriedade, quando esta exista, a Administração pode ir além, isto é, pode satisfazer diretamente sua pretensão jurídica compelindo materialmente o administrado, por meios próprios e sem a necessidade de ordem judicial para proceder a esta compulsão. Quer dizer-se: pela exigibilidade pode-se induzir à obediência, pela executoriedade pode-se compelir, constringer fisicamente. (MELLO, 2006, p. 391).

Conclui-se, portanto, que, conquanto o enfoque da exigibilidade esteja sempre presente em qualquer ato administrativo, o mesmo não acontece com a executoriedade, fazendo com que o atributo da autoexecutoriedade não esteja presente em todos os atos administrativos.

Por sua vez, o atributo da imperatividade está ligado à obrigatoriedade de cumprimento do ato administrativo, isto é, um dever de cumprimento da decisão contida no ato. No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 390):

É a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância. Decorre do que Renato Alessi chama de “poder extroverso”, que permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações.

Por fim, a imperatividade, assim como o atributo da autoexecutoriedade, de acordo com as lições de Di Pietro (2011, p. 202), não está presente em todos os atos administrativos, mas tão somente naqueles que impõem obrigações.

## 2.8 ELEMENTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Os elementos do ato administrativo ou a estrutura do ato administrativo, de um modo geral – ainda que haja divergências, cujas diferenças são apenas maneiras distintas de expressar ideias semelhantes –, são requisitos (ou aspectos) essenciais à formação do ato, os quais estão ligados de maneira indissociável. (JUSTEN FILHO, 2011, p. 364-365). Segue o autor:

Assim, as divergências entre os autores estão apenas na superfície. No fundo, todos estão de acordo: a existência, a validade e a eficácia do ato administrativo dependem de inúmeros aspectos. Portanto, o direito disciplina o ato administrativamente a diversas questões, podendo ser referidos o sujeito, o conteúdo, a forma, o motivo e a finalidade. Esses são os aspectos do ato administrativo. O sujeito do ato administrativo é quem o produz, que pode ser denominado agente. O conteúdo é aquilo que por ele é determinado ou estabelecido. A forma é o modo de exteriorização do ato. O motivo é a causa jurídica eleita pelo agente para produzir o ato. A finalidade é o resultado ou o interesse que se busca satisfazer por meio do ato. (JUSTEN FILHO, 2011, p. 366).

A partir do exposto, em que pese divergências classificatórias ou terminológicas, verifica-se que os chamados elementos, aspectos ou requisitos dos atos administrativos são cinco: competência (sujeito), forma, motivo, objeto e finalidade, passando-se à análise de cada um.

Essa classificação, adotada pela doutrina majoritária, encontra-se consagrada no artigo 2º da Lei nº 4.717/1965 (Lei da ação popular), quando esta trata dos vícios de invalidade dos atos administrativos.

O primeiro requisito, sujeito, pode ser definido como o produtor do ato, “é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato.” (DI PIETRO, 2011, p. 205). O sujeito abrange a competência e a capacidade para a prática do ato, é a habilitação jurídica (a atribuição) para realizá-lo, sob pena de invalidade. (MAFFINI, 2009, p. 95).

Maffini ainda ensina que há três aspectos a serem abordados para que se saiba se o ato foi praticado por agente competente, consistindo o primeiro na atribuição legal propriamente dita – originária ou derivada (resultante de transferência de competência); o segundo na competência territorial, ligada ao território para o qual está legitimado para a prática; e o terceiro em um aspecto temporal, ligados a agentes públicos que estivessem no uso de suas atribuições quando da prática do ato.

No esforço de definir onde se encontram as regras de competência e quem são os agentes competentes, Di Pietro (2011, p. 205) assevera que “em relação às pessoas jurídicas políticas, a distribuição de competência consta da Constituição Federal; em relação aos órgãos e servidores, encontra-se nas leis”. Concluindo por conceituar o requisito “como o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixados pelo direito positivo.”

Como atributos ou características da competência administrativa, Marçal Justen Filho (2011, p. 367-368) elenca ser o requisito irrenunciável (pois é determinada por lei e diz respeito ao cargo ou função do agente), imprescritível (a ausência de exercício não implica perda de atribuição), intransferível e improrrogável, podendo, no entanto, ser excepcionada a irrenunciabilidade nos casos de delegação (transferência de competência ao subordinado) e avocação (trazer para o núcleo de responsabilidade).

A delegação e a avocação são decorrentes do próprio poder hierárquico concernente à Administração Pública, sendo inerente a esta organização. Assim, são características aplicáveis aos atos em geral. Entretanto, não podem ser objeto de delegação a edição de atos de caráter normativo, a decisão de recursos administrativos e as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade;

como também só podem ser objeto de avocação quando temporários e por relevantes motivos devidamente justificados. (DI PIETRO, 2011, p. 206-207).

O segundo requisito a ser examinado é a forma, a qual determina que a vontade do agente administrativo só será válida quando estiver consubstanciada em molduras dispostas em legal, sendo a chamada forma legal do ato administrativo. (MORAES, 2007, p. 113).

Existem duas concepções de forma, uma restrita e outra ampla. Pela primeira, a forma corresponde somente à exteriorização de determinado ato administrativo; pela segunda, no conceito de forma estão englobados não somente a exteriorização do ato administrativo, mas também toda a observância de seu procedimento previsto em lei, desde a formação de vontade da Administração até a publicação do ato. (MORAES, 2007, p. 113).

Verifica-se que a forma por ser entendida em dois aspectos distintos, não somente a maneira como se dá a exteriorização de vontade do administrador, mas também se foram observadas os procedimentos específicos do ato, a solenidade prevista em lei. “Não há dúvida de que a inobservância das formalidades que precedem o ato e o sucedem, desde que estabelecidas em lei, determinam a sua invalidade.” (DI PIETRO, 2011, p. 209). Nesse sentido, a autora, ao utilizar-se da concepção ampla, assevera que devem ser observadas todas as formalidades durante todo o processo de formação do ato, subentendendo-se que: o ato deve ser considerado dentro de um processo; “que o procedimento administrativo integra o conceito de forma.” (DI PIETRO, 2011, p. 210).

Tendo isso em visto, pode-se considerar que haja um terceiro aspecto da forma, qual seja, o processo administrativo prévio, pois os atos administrativos são praticados dentro de um processo – o ato administrativo é o resultado desse processo.

Na verdade, forma do ato administrativo engloba tanto os modos de expressar a decisão em si quanto a comunicação e as fases preparatórias, pois todos dizem respeito à exteriorização do ato, independentemente do conteúdo. Nessa linha, alguns autores denominam formas internas os aspectos do corpo ou texto do ato em si, como assinatura, data, forma escrita; e formas externas, os aspectos exteriores ao corpo ou texto, como as medidas preparatórias, a publicação. (MEDAUAR, 2010, p. 142-143).

Um último aspecto da forma descrito por Maçal Justen Filho (2011, p. 371) é a motivação, pois se relaciona diretamente à forma do ato administrativo, consistindo “na exposição por escrito da representação mental do agente

relativamente aos fatos e ao direito, indicando os fundamentos que o conduziram a agir em determinado sentido.”

Passemos, pois, à análise do terceiro elemento do ato administrativo, o motivo. “Lembre-se que motivo não se confunde com motivação. A motivação se relaciona à forma do ato administrativo e consiste na exposição formal do motivo, visando a propiciar o controle quanto à regularidade do ato.” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 371).

Em síntese, o motivo é o fato e fundamento jurídico os quais levam à prática do ato administrativo, isto é, o seu fundamento – está ligado à causa. Como exemplo, citam-se os casos de punição de servidores, da qual é motivo a infração praticada pelo agente. (DI PIETRO, 2011, p. 212).

De acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 370-371), quando da análise da legalidade do ato, por ocasião do exame dos motivos, deve-se observar:

- a) A materialidade do ato, isto é, verificar se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado o ato;
- b) A correspondência do motivo existente (e que embasou o ato) com o motivo previsto na lei.

Conclui-se que, na falta dessas condições, o motivo será ilegal, resultando em um conseqüente ato administrativo ilegal. O referido autor, haja vista as análises de motivo e motivação, ainda nos lembra da denominada “teoria dos motivos determinantes”, cujo conteúdo prevê que, não obstante o motivo não estar excepcionalmente presente em determinados atos administrativos, uma vez que o agente declare o motivo, a ele estará vinculado – o motivo passará a integrar a validade do ato. (MELLO, 2006, p. 376).

O próximo elemento a ser examinado é o objeto, o conteúdo do ato administrativo. É aquilo “que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. É, em suma, a própria medida que produz a alteração na ordem jurídica. Em última instância, é o próprio ato, em sua essência.” (MELLO, 2006, p. 366). De maneira prática, é o que o ato faz, o que realiza (o verbo do ato), é o efeito jurídico imediato.

Di Pietro (2011, p. 208) enfatiza que, para o ato administrativo, o importante é analisar a produção de efeitos jurídicos, lembrando outrossim que, da mesma forma que no direito civil, o objeto deve ser lícito, possível e certo

(determinado ou ao menos determinável). Por óbvio, advém que a licitude do objeto está ligada a sua previsibilidade legal, a sua autorização legal.

O último elemento, a finalidade do ato administrativo, segundo a doutrina de Regis Fernandes de Oliveira (2007, p. 81), pode ser conceituado como:

Conjunto de atribuições assumidas pelo Estado e encampadas pelo ordenamento jurídico. É o que André Gonçalves Pereira chama de vontade normativa. Quando constituído, o Estado assume determinados fins, que, no seu entender e em determinada época histórica, são os que devem ser perseguidos pela atividade administrativa. A finalidade constitui, pois, o interesse público, em seu maior grau de compreensão e de amplitude. São os objetivos encampados pelo sistema normativo aos que se destinam à Administração.

Observa-se que a finalidade confunde-se com o interesse público, não com qualquer interesse público, haja vista a abstração desse conceito indeterminado, mas ao interesse público atinente à atividade administrativa e perseguido pela lei.

Assim, genericamente todo ato administrativo tem por finalidade o interesse público e especificamente será a lei quem indicará, explícita ou implicitamente, a finalidade de determinado ato administrativo; não é possível ao administrador desviar-se dessa finalidade ou mesmo substituí-la por outra, mesmo que essa também almeje o interesse público. O administrador está inteiramente vinculado à determinação legal, como manifestação da vontade popular, devidamente votada pelo Parlamento. (MORAES, 2007, p. 112).

Conclui o autor que a não observância, seja da finalidade em seu aspecto abstrato (sentido genérico), seja em seu aspecto concreto (sentido específico), caracterizará desvio de poder e permitirá tanto a invalidação do ato quanto a responsabilização do agente.

## 2.9 EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Segundo a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 414-417), os atos administrativos extinguem-se quando cumprirem os seus efeitos (esgotamento do conteúdo jurídico, execução material e implemento de condição resolutive ou termo final); quando desaparecerem o sujeito ou objeto da relação jurídica constituída pelo ato; quando houver a renúncia; e, sobretudo, quando houver a retirada do ato pelo poder público (caducidade, contraposição, cassação, anulação e revogação).

Tendo em vista o objeto do presente estudo, analisar-se-ão as formas de extinção do ato administrativo quando da retirada pelo poder público.

Inicialmente, a caducidade caracteriza-se pela retirada por superveniência de uma norma jurídica a qual impossibilitou (inviabilizou) a situação antes autorizada em ato precedente. “Exemplo: retirada de permissão para explorar parque de diversões em local que, em face da nova lei de zoneamento, tornou-se incompatível com aquele tipo de uso.” Diferentemente, a contraposição afigura-se quando há dois atos administrativos, os quais decorrem de competências diferentes, sendo que os efeitos do segundo elimina os efeitos do primeiro, pois possuem efeitos contrapostos – por exemplo, ato de exoneração de agente, o qual aniquila os efeitos do ato de nomeação. Ademais do já exposto, a cassação se dá pelo descumprimento das condições inicialmente impostas, como, por exemplo, quando uma licença é concedida para um hotel e o estabelecimento passa a funcionar como uma casa de tolerância. (MELLO, 2006, p. 416).

Continuando a análise dos atos extintos por retirada pelo poder público, cabe, neste momento, pormenorizar as duas mais importantes causas de extinção dos atos administrativos, a anulação (invalidação) e a revogação. Sendo esta um “ato administrativo discricionário pelo qual a Administração extingue um ato válido, por razões de oportunidade e conveniência”; e aquela um ato administrativo que desfaz um anterior por razões de ilegalidade. (DI PIETRO, 2011, p. 238, 252).

Rafael Maffini (2009, p. 108-110), em feliz síntese, traz como características da revogação: a possibilidade de ser parcial ou total; o motivo é a inconveniência ou a inoportunidade; a competência é discricionária (juízo de conveniência e oportunidade); o fato de tal ato pressupor atos administrativos perfeitos; a legitimidade exclusiva da Administração Pública para realizá-los (assim como os demais poderes quando no exercício da função administrativa); e a produção de efeitos *ex nunc*. Ademais, em relação à anulação, destaca: o fundamento está na ilegalidade em sentido amplo (invalidade do ato); o motivo é a ilegitimidade do ato; a legitimação é do Poder Judiciário e da Administração Pública (baseada no poder de autotutela), para realizar o ato de anulação; e a produção, em regra, é de efeitos *ex tunc*. Acerca das limitações ao poder de revogar:

Mostra-se importante asseverar ainda que a revogação não alcança todos os atos administrativos válidos. Acerca de quais os atos que seriam irrevogáveis, embora novamente não haja consenso, a doutrina anda no



sentido de que os atos administrativos insuscetíveis de revogação seriam os seguintes:

- a) Atos vinculados, enquanto possuírem esta qualidade;
- b) Atos já extintos;
- c) Atos que a lei declare irrevogáveis;
- d) Atos de controle;
- e) Atos internos a um processo administrativo, já preclusos;
- f) Atos complexos;
- g) Atos enunciativos (ou declaratórios);
- h) Atos de efeitos concretos, dos quais se originam direitos adquiridos. (MAFFINI, 2009, p. 108).

Embora a revogação do ato administrativo não encontre limites temporais, podendo ser realizada a qualquer tempo, o mesmo não acontece com a anulação, cuja revisão, pela Administração, quando causar prejuízos a terceiros, deverá respeitar o prazo de cinco anos (DI PIETRO, 2011, p. 240), sob pena de decadência. Esta somente ocorrerá quando concorrerem duas condições adicionais, quais sejam, “ser o ato ampliativo, ou seja, ser praticado de modo a produzir efeitos benéficos aos seus destinatários”; e estar o destinatário de boa-fé (presumida), “assim compreendida: não ter o destinatário dado causa à invalidade.” (MAFFINI, 2009, p. 111). A decadência é compreendida pelo autor como limite material à anulação. A anulação do ato administrativo pelo Poder Judiciário será objeto de estudo em momento posterior.

Além do já exposto, seguindo os ensinamentos de Maffini (2009, p. 112), a anulação também possui um segundo limite material, a chamada convalidação.

“A convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado”. (DI PIETRO, 2011, p. 248). Assim como o limite material da decadência, a convalidação requer a conjugação de três requisitos, a saber: o interesse público não poderá restar prejudicado; não poderão advir prejuízos a terceiros; e, por fim, o ato deverá apresentar “defeitos sanáveis” – defeitos associados aos elementos forma (salvo quando se tratar de forma essencial) e competência (salvo quando se tratar de competência exclusiva). (MAFFINI, 2009, p. 112).

Além dos dois limites materiais à anulação dos atos administrativos (decadência e convalidação), o doutrinador ainda nos traz um importante limite formal à invalidação, o devido processo legal quando se tratar de anulação de atos benéficos aos administrados. Com efeito, compreende-se a garantia fundamental constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Trata-se, pois, da necessidade de processualização da extinção de atos benéficos aos administrados, com vistas a garantir a participação dos destinatários da função administrativa. Tal garantia vem sendo considerada uma decorrência da “proteção procedimental da confiança”, bem como uma manifestação da noção conhecida no Direito europeu como “administração pública dialógica”, a qual, por seu turno, corresponde a um consectário do “direito fundamental à boa administração pública”, previsto no art. 14 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (Carta de Nice). (MAFFINI, 2009, p. 113).

Nesse sentido, recentes informativos, 638 e 641, do Supremo Tribunal Federal, advertindo para a observância do mencionado limite formal aplicável à invalidação do ato administrativo:

INFORMATIVO 638. REPERCUSSÃO GERAL. ATO ADMINISTRATIVO: CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que questionada a legalidade de decisão administrativa por meio da qual foram cancelados quatro quinquênios anteriormente concedidos a servidora pública e determinada a devolução dos valores percebidos indevidamente. Na espécie, a servidora recorrida postulava, junto à Administração, averbação de tempo de serviço preteritamente prestado, o que lhe fora deferido. Cerca de três anos mais tarde, recebera um comunicado da recorrente com a informação de que os quinquênios teriam sido concedidos irregularmente e que o montante a eles vinculado seria debitado de seus vencimentos mensais. O ente federativo sustenta que atuara com fundamento no poder de autotutela da Administração Pública e alude à desnecessidade, na hipótese, de abertura de qualquer procedimento, ou mesmo de concessão de prazo de defesa ao interessado, de modo que, após a consumação do ato administrativo, a este incumbiria recorrer ao Poder Judiciário. O Min. Dias Toffoli, relator, desproveu o recurso. Afirmou que, a partir da CF/88, foi erigido à condição de garantia constitucional do cidadão, quer se encontre na posição de litigante, em processo judicial, quer seja mero interessado, o direito ao contraditório e à ampla defesa. Asseverou que, a partir de então, qualquer ato da Administração Pública capaz de repercutir sobre a esfera de interesses do cidadão deveria ser precedido de procedimento em que se assegurasse, ao interessado, o efetivo exercício dessas garantias. Após discorrer sobre apanhado teórico e jurisprudencial a respaldar essa assertiva, reputou que, no caso, o cancelamento de averbação de tempo de serviço e a ordem de restituição dos valores imposta teriam influído inegavelmente na esfera de interesses da servidora. Dessa maneira, a aludida intervenção estatal deveria ter sido antecedida de regular processo administrativo, o que não ocorrera, conforme reconhecido pela própria Administração. Ressaltou que seria facultado à recorrente renovar o ato ora anulado, desde que respeitados os princípios constitucionais que lhe são inerentes. O Min. Luiz Fux acompanhou o relator e ressaltou que a servidora teria percebido os citados valores de boa-fé, pois o adicional fora deferido administrativamente. Acrescentou que a devolução do que recebido, nessas condições, seria repudiada pelo Tribunal de Contas da União, no Verbete 249 de sua Súmula. Após, pediu vista dos autos a Min. Cármen Lúcia. (STF, RE 594296/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 31.8.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=RE-594296&numero=638&pagina=3&base=INFO>. Acessado em 18.10.2011.

INFORMATIVO 641. ATO ADMINISTRATIVO: CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – 2. Em conclusão de julgamento, o Plenário desproveu recurso

extraordinário em que questionada a legalidade de decisão administrativa por meio da qual foram cancelados quatro quinquênios anteriormente concedidos a servidora pública e determinada a devolução dos valores percebidos indevidamente. O ente federativo sustentava que atuara com fundamento no poder de autotutela da Administração Pública e aludia à desnecessidade, na hipótese, de abertura de qualquer procedimento, ou mesmo de concessão de prazo de defesa à interessada, de modo que, após a consumação do ato administrativo, a esta incumbiria recorrer ao Poder Judiciário — v. Informativo 638. Afirmou-se que, a partir da CF/88, foi erigido à condição de garantia constitucional do cidadão, quer se encontre na posição de litigante, em processo judicial, quer seja mero interessado, o direito ao contraditório e à ampla defesa. Asseverou-se que, a partir de então, qualquer ato da Administração Pública capaz de repercutir sobre a esfera de interesses do cidadão deveria ser precedido de procedimento em que se assegurasse, ao interessado, o efetivo exercício dessas garantias. (STF, RE 594296/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 21.9.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=R E-594296&numero=641&pagina=1&base=INFO>. Acessado em 18.10.2011.

INFORMATIVO 641. ATO ADMINISTRATIVO: CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – 3. Reputou-se que, no caso, o cancelamento de averbação de tempo de serviço e a ordem de restituição dos valores imposta teriam influído inegavelmente na esfera de interesses da servidora. Dessa maneira, a referida intervenção estatal deveria ter sido antecedida de regular processo administrativo, o que não ocorrera, conforme reconhecido pela própria Administração. Ressaltou-se que seria facultado à recorrente renovar o ato ora anulado, desde que respeitados os princípios constitucionais. Destacou-se, ademais, que a servidora teria percebido os citados valores de boa-fé, pois o adicional fora deferido administrativamente. A Min. Cármen Lúcia propôs a revisão do Verbete 473 da Súmula do STF (“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”), com eventual alteração do seu enunciado ou com a concessão de força vinculante, para que seja acrescentada a seguinte expressão “garantidos, em todos os casos, o devido processo legal administrativo e a apreciação judicial”. Advertiu que, assim, evitar-se-ia que essa súmula fosse invocada em decisões administrativas eivadas de vícios. (STF, RE 594296/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 21.9.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=R E-594296&numero=641&pagina=2&base=INFO>. Acessado em 18.10.2011.

Convém, por fim, trazer à análise da questão dos efeitos do ato de anulação, os quais são, em regra, *ex tunc*. Esse é o entendimento que prevalece, entretanto, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 447) ensina:

Reformulando o entendimento que sempre adotamos na matéria, pensamos hoje que o assunto só se resolve adequadamente tomando-se em conta a fundamentalíssima distinção – e que cada vez nos parece mais importante para uma teoria do ato administrativo – entre atos restritivos e atos ampliativos das esferas jurídicas dos administrados [...]. Na conformidade desta perspectiva, parece-nos que efetivamente nos atos unilaterais restritivos da esfera jurídico dos administrados, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza

efeitos *ex tunc*, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das consequências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada.

Em face do exposto, conclui-se que, para o autor e no sentido da decisão do excelso tribunal, a anulação benéfica ao usuário (ampliativa de direitos) deve produzir efeitos *ex tunc* (retroagir ao início), ao revés, a anulação prejudicial ao usuário (restritiva de direitos), desde que esteja de boa-fé, deve produzir efeitos *ex nunc* (de agora em diante).

### **3. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

#### **3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS, CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO**

Já foi exposto, diante da regra que afirma poder a Administração somente fazer aquilo que a lei lhe permite, clara consequência do princípio da legalidade, que o chamado poder administrativo estará sempre subordinado à lei. Daí decorre que, em caráter absoluto, nenhum órgão do Estado poderá realizar atos os quais não estejam previstos ou autorizados em prévia normatização. (TOURINHO, 2004, p. 17-18).

Assim, o exercício da atividade administrativa, tendo sempre em vista a finalidade prevista na disposição legal, não pode ser compreendido, em sentido jurídico, como um poder, mas sim como fruto de um dever. “O poder deverá ser entendido apenas como um instrumento para o cumprimento do dever, manejável no interesse de outrem”, no interesse público.

Ao nosso ver, a fixação do conteúdo da atividade administrativa como um dever voltado ao atendimento do interesse público é de extrema importância, uma vez que afasta a idéia do administrador público como senhor de poderes, prestador de favores à comunidade (TOURINHO, 2004, p. 18).

Abordando os poderes conferidos à Administração Pública para o desempenho de suas funções (poderes de supremacia sem os quais não conseguiria desempenhar a contento suas atividades), Di Pietro (2011, p. 213) salienta que tais poderes são regradados pelo sistema jurídico vigente, não sendo

permitido ao administrador transbordar os limites que a lei determina à sua atividade, sob pena de ilegalidade.

Em síntese, os poderes administrativos são instrumentais (da função estatal de Administração Pública), uns considerados pela doutrina em seu sentido próprio, pois “consistentes em prerrogativas públicas propriamente ditas” (ex.: poder de polícia, poder regulamentar, poder disciplinar, poder de autotutela e poder hierárquico), e outros compreendidos em sentido impróprio, pois representam apenas modos de “concretização das regras de atribuição de competência, como é o caso do poder vinculado e do poder discricionário.” (MAFFINI, 2009, p. 57-58).

Quando se fala em atividade administrativa, imediatamente nos vêm à mente a vinculação e a discricionariedade, atributos que se costumam unir aos atos, ou seja, atos vinculados e atos discricionários. Seguindo a linha de pensamento de uma grande parte da doutrina, entendemos que a vinculação e a discricionariedade referem-se à competência do agente. Por conseguinte, entende-se por competência o conjunto de atribuições legais exercidas por pessoas postas ao serviço do Estado. Desta forma, o ato será produto do exercício desta competência. (TOURINHO, 2004, p. 18-19).

Dentre as inúmeras possibilidades de classificação do ato administrativo, destaca-se, haja vista o objeto do presente trabalho, aquela que tem por critério o grau de liberdade previamente determinado à Administração pelo legislador na prática de atos administrativos. É quanto ao grau de liberdade, que se mostra viável distinguir atos ditos discricionários (aqueles que melhor se denominam atos praticados no exercício de competência discricionária) dos atos vinculados. (MELLO, 2006, p. 395). Dessa feita, tem-se que “a atividade administrativa pode ser exercida de forma vinculada ou discricionária.” (TOURINHO, 2004, p. 19).

A vinculação administrativa ocorre sempre que a lei atribuir a competência ao administrador, de modo que, diante de uma determinada previsão de hipótese fático-jurídica (suporte fático em abstrato, hipótese de incidência, *fattispecie*, *tatbestand* etc.), prevê como consequência jurídica (estatuição, *Rechtsfolge* etc.) uma única solução juridicamente válida. Assim, numa regra vinculada, concretizada a hipótese legal, não restará ao administrador nenhuma outra forma de agir senão aquela prevista na regra de sua atribuição de competência. (MAFFINI, 2009, p. 59).

Utilizando o critério do grau de liberdade, é de fácil apreensão que na competência vinculada não há qualquer liberdade ao administrador na decisão acerca de um ato administrativo, pois a lei (o legislador) regulou anteriormente o “único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos.

Exemplo: licença para edificar; aposentadoria, a pedido, por completar-se o tempo de contribuição do requerente.” (MELLO, 2006, p. 395).

Em relação aos atos de competência vinculada, o qual se forma a partir de elementos (sujeito, forma, motivo, objeto e finalidade) determinados em lei, o administrador deve apenas constatá-los, sem qualquer margem de apreciação subjetiva. Por tal motivo, o controle judicial dá-se sem maiores complicações e divergências, ainda que não seja simples a adequação do caso concreto a uma determinada regra vinculada, podendo trazer às vezes dificuldades de aplicação concreta. De qualquer modo, trata-se de um controle de cotejo:

O Poder Judiciário analisa qual é a hipótese legal e qual é a consequência única que dela resulta e, concretamente, pesquisa se há adequação entre o que a lei, no plano abstrato, prevê e o que, no plano concreto, foi levado a efeito pela Administração Pública. (MAFFINI, 2009, p. 60).

O controle dos atos sujeitos a competência vinculada dá-se, pois, através de uma avaliação de legalidade, significando a verificação “da regularidade do exercício de competências disciplinadas de modo vinculado pelo direito.” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 1105).

Desse modo, “o controle é amplo, já que existe uma norma estabelecendo os pressupostos ou o conteúdo do ato objeto do controle.” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 1103).

Como visto, o controle judicial destes atos não guarda grandes complicações, recebendo tratamento uniforme na doutrina e jurisprudência. Ao revés, o mesmo não se pode falar do controle judicial dos atos administrativos sujeitos a competência discricionária, objeto do presente estudo, cuja análise dar-se-á a partir de agora.

Segundo Celso Antônio (2006, p. 395), os atos praticados no exercício da competência discricionária – diversamente da competência vinculada, a qual não permite qualquer liberdade ao administrador –, são aqueles que a Administração “pratica dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporte certo subjetivismo. Exemplo: autorização de porte de arma”.

Nesse sentido, a competência passa a ser discricionária quando, na prática do ato, o administrador, “diante do caso concreto, tem a possibilidade de

apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.” (DI PIETRO, 2011, p. 214).

Nas regras de atribuição de competência discricionária, a lei, diante de uma determinada hipótese legal prevê mais de uma consequência jurídica, sendo, ao menos em princípio, válidas todas essas condutas administrativas previstas em tal margem legal de liberdade. Há de se atentar, nesse passo, para a importante diferença entre discricionariedade e arbitrariedade: aquela (a discricionariedade) consiste numa margem legal de liberdade, que contempla mais de uma conduta administrativa válida, dentre as quais o administrador terá de optar casuisticamente por uma; esta (a arbitrariedade) consiste em condutas concretizadas fora das margens legais de validade ou sem embasamento legal, apresentando-se, em qualquer caso, inválida. (MAFFINI, 2009, p. 61).

A partir do livro “Discricionariedade Administrativa” de Rita Tourinho (2004, p. 20-22), dentre inúmeros conceitos advindos de relevantes doutrinadores, é possível destacar a linha de abordagem da autora ao salientar que:

A discricionariedade aparece toda vez que a lei não tem condições de apresentar a solução adequada para a hipótese do mundo empírico, transferindo esta atribuição para o administrador. Observe-se que a intenção legal é que as decisões administrativas sejam as melhores para o atendimento do interesse público.

A partir dos conceitos doutrinários mencionados acima, revela-se que a discricionariedade não significa total liberdade, mas sim apenas alguma liberdade concedida previamente pelo legislador ao administrador, por razões que serão a seguir expostas.

De acordo com os ensinamentos de Di Pietro (2011, p. 214-215), os autores utilizam-se de dois critérios para justificar a necessidade da discricionariedade: o critério jurídico e o prático. Sob aquele ponto de vista, partindo-se da teoria da formação do direito em degraus de Hans Kelsen, a discricionariedade permitiria, a partir da Constituição em sentido descendente, que a cada novo degrau, em cada novo ato, fossem introduzidos no sistema novos elementos, elementos inovadores sem os quais não haveria possibilidade de aplicação concreta da norma superior.

Em complementação, sob o ponto de vista prático, a discricionariedade evita o automatismo do administrador quando apenas reproduz estritamente as disposições legais – resguardando o poder de iniciativa da Administração, assim como supri a óbvia impossibilidade do legislador de prever todas as hipóteses fático-jurídicas em que o administrador se pode encontrar. “A dinâmica do interesse

público exige flexibilidade de atuação, com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis.” (DI PIETRO, 2011, p. 215).

Rita Tourinho (2004, p. 32-34) apresenta três fundamentos frequentemente apresentados pela doutrina para justificar a discricionariedade: de ordem material, lógica e jurídica.

O fundamento material considera que nem sempre a lei poderá prever objetivamente qual o comportamento apto a atingir de modo perfeito a finalidade normativa, em face da realidade polifacética dos fatos e circunstâncias da vida. Ademais, o administrador por estar em contato com o mundo empírico, saberá, em determinada ocasião, tomar as decisões referentes aos casos novos. Merece, também, ser levada em consideração a dinâmica do interesse público, impossível de se fazer acompanhar pelo legislador. (TOURINHO, 2004, p. 32).

Segundo a autora, o fundamento lógico parte do pressuposto de que a discricionariedade esteja inserida nos conceitos jurídicos indeterminados, revelando-se a impossibilidade de o legislador determinar o alcance de todos os conceitos e institutos contidos no ordenamento. É lógico, pois, que quando se depare com limites de incertezas conceituais, o administrador adote uma das interpretações possíveis.

Por fim, o fundamento jurídico revela-se quando se observa não ser possível a supressão de um órgão do poder, o administrativo, pelo legislativo, “comprometendo-se o princípio da separação dos poderes, princípio este consagrado na Constituição Federal.” (TOURINHO, 2004, p. 32-33).

Porém, a autora adverte que “a discricionariedade existe em prol da satisfação do interesse público e não para servir de instrumento a ser manipulado por administradores inescrupulosos visando atender a pretensões particulares.” Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 911), ademais, salienta que:

O fundamento da discricionariedade (ou seja, a razão pela qual a lei a instituiu) reside, simultaneamente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei e na inexorável contingência prática de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade, os quais são conceitos chamados vagos, fluidos ou imprecisos.

A compreensão dos fundamentos da discricionariedade apresentados acima é de suma importância para o entendimento dos limites da discricionariedade e do controle judicial do ato administrativo discricionário a serem estudados.



### 3.2 ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

Adotando novamente os ensinamentos de Di Pietro (2011, p. 215), assevera-se que, de maneira geral, a discricionariedade apresenta-se quando a lei expressamente a confere (podendo escolher entre uma e outra, ou mesmo entre um agir e não agir); quando há uma omissão legal desejável, não sendo possível ao legislador prever todas as situações supervenientes – devendo o administrador adotar os princípios aplicáveis; e quando a lei não prevê a conduta a ser adotada para o cumprimento de determinadas competências, diante das inúmeras condutas possíveis de serem adotadas.

Há, portanto, na discricionariedade, “atribuição pela lei da competência para o administrador formular uma escolha segundo sua avaliação subjetiva, ainda que por critérios objetivos.” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 213). O autor (2011, p. 216) ressalta que a discricionariedade não se encontra apenas na simples escolha dentre duas ou mais hipóteses previamente determinadas pelo legislador, mas também na impossibilidade de se prever abstratamente todas as soluções disponíveis, e até mesmo desconhecidas no momento, para solucionar um determinado problema em concreto. Acerca das possibilidades de localização da discricionariedade, destaca-se também o momento da prática do ato, quando a lei nada estabelece a respeito, ou quando estabelece um prazo dentro do qual a Administração poderá tomar determinadas decisões. Em ambos os casos, a discricionariedade se faz presente.

Em síntese, Regis Fernandes de Oliveira (2007, p. 101) afirma que a discricionariedade pode estar presente em dois momentos: “na adequação do fato à hipótese normativa”, assim como no próprio mandamento da norma ou preceito normativo.

Nada obstante o já exposto, a discricionariedade e a vinculação podem ainda referir-se aos elementos do ato administrativos já estudados no capítulo anterior: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade. “Com relação ao sujeito, o ato é sempre vinculado; só pode praticá-lo aquele a quem a lei conferiu competência. No que diz respeito à finalidade, também existe vinculação e não discricionariedade” – aqui entendida a finalidade em sentido estrito, isto é, aquela que corresponde à finalidade específica, explícita ou implícita, da disposição normativa para determinado ato administrativo. (DI PIETRO, 2011, p. 216).

A autora leciona que, em relação à forma, os atos são geralmente vinculados, pois a lei expressamente a prevê, como, por exemplo, quando define que o ato deverá ser realizado por decreto, portaria etc. Entretanto, em excepcionais situações a própria lei dispõe sobre duas ou mais formas possíveis para praticar um determinado ato, a saber, quando “o contrato pode ser celebrado, em determinadas hipóteses, por meio de ordem de serviço, nota de empenho, carta de autorização” ou quando a ciência de determinado ato pode ser dada por meio de publicação ou de notificação direta, por expressa disposição legal. (DI PIETRO, 2011, p. 216-217). Entretanto, a doutrinadora assevera que a discricionariedade é comumente encontrada no motivo e no conteúdo do ato, já que haverá sempre vinculação na competência, finalidade e forma, salvo quanto a este, em casos excepcionais como os supracitados.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes (2007, p. 121-126) ensina que “o administrador deve respeito a seus elementos de competência, forma e finalidade, bem como a veracidade dos pressupostos fáticos para sua edição (motivo)”. Os motivos devem corresponder aos fundamentos fáticos e jurídicos do ato, isto é, o ato administrativo deve observar os pressupostos que o determinaram, como os juízos de relevância e urgência da Medida Provisória.

Haverá discricionariedade em relação ao objeto quando a lei prevê dois ou mais objetos possíveis, os quais poderão atingir determinada finalidade legal, todos válidos para 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.” (DI PIETRO, 2011, p. 218). A respeito do motivo:

O motivo será discricionário quando:

1. A lei não o definir, deixando-o ao inteiro critério da Administração; é o que ocorre na exoneração *ex officio* do funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão (exoneração *ad nutum*); não há qualquer motivo previsto na lei pra justificar a prática do ato;
2. A lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa; é o que ocorre quando a lei manda punir o servidor que praticar “falta grave” ou “procedimento irregular”, sem definir em que consistem.; ou quando a lei prevê o tombamento de bem que tenha valor artístico ou cultural, também sem estabelecer critérios objetivos que permitam o enquadramento do bem nesses conceitos. (DI PIETRO, 2011, p. 217).

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 404-405), diferentemente da objetividade absoluta determinada pela competência vinculada, a

discricionariedade não detém tal precisão porque: ou não descreve previamente o motivo que autoriza o comportamento administrativo; ou o motivo é descrito com a utilização de conceitos vagos, dotados de certa imprecisão (plurissignificativos); ou quando a norma permite em seu mandamento uma liberdade decisória, podendo agir ou não; ou, finalmente, quando o objetivo legal apresenta-se em formato genérico (“interesse público”) ou mesmo específico, mas dotado de certa indeterminação objetiva (“ordem pública”, “moralidade pública”) – imprecisão que incidirá sobre o próprio motivo.

Grande divergência guarda o estudo dos conceitos jurídicos indeterminados, ensinando Celso Antônio (2006, p. 405-406) que:

Com efeito, desde logo, quando a lei se vale de conceitos vagos, fluidos, imprecisos (“gravidade” de uma infração, ofensa à “moralidade” pública, situação “urgente”, passeata “tumultuosa” etc.), dos quais resultaria certa liberdade administrativa para ajuizar sobre a ocorrência de situações assim qualificáveis, tal liberdade só ocorre em casos duvidosos, isto é, quando realmente é possível mais de uma opinião razoável sobre o cabimento ou descabimento de tais qualificativos para a espécie.

[...] Em suma, a aplicabilidade dos conceitos vagos só proporcionará discricionariedade nas situações marginais. É que mesmo estes conceitos chamados “fluidos” possuem um núcleo significativo certo e um halo circundante, uma auréola marginal, vaga ou imprecisa. Daí resulta que haverá sempre uma zona de certeza positiva, na qual ninguém duvidará do cabimento da aplicação do conceito, uma zona circundante, onde justamente proliferarão incertezas que não podem ser eliminadas objetivamente, e, finalmente, uma zona de certeza negativa, onde será indisputavelmente seguro que descabe a aplicação do conceito.

Diante disso, conclui o autor que a discricionariedade existe para permitir que o administrador decida utilizando-se da providência ótima, a qual melhor alcance o objetivo normativo. Porém, para que tal trabalho seja possível (para determinar se há discricionariedade, isto é, para que se evidencie a esfera de opções legítimas), é preciso analisar o caso concreto, pois “discricionariedade é margem de liberdade que efetivamente exista perante o caso concreto.” (MELLO, 2006, p. 406-407).

Seguindo à análise dos conceitos jurídicos indeterminados, André Parmo Folloni (2006, p. 115) leciona:

É essencialmente um problema de subsunção – verificar se o fato ocorrido se subsume à previsão normativa, assim construída pelo intérprete que definiu o conteúdo, sentido e alcance dos conceitos indeterminados. [...] O fato jurídico descrito no motivo do ato administrativo (antecedente da norma concreta e individual) deve guardar perfeita conexão com o fato empiricamente ocorrido e com o fato hipoteticamente descrito na hipótese da norma abstrata e geral que lhe outorga validade. O quão mais vaga ou imprecisa é a linguagem do direito positivo, mais a intervenção do intérprete

é relevante, para operacionalizar adequadamente a subsunção, a incidência e a aplicação.

Ao considerar os ensinamentos de Eros Roberto Grau, o autor supramencionado (2006, p. 116) assevera que o doutrinador conclui de modo equivalente ao afirmar que “a existência de termos ambíguos ou imprecisos na linguagem normativa não oferta discricionariedade, mas impõe uma exigência de adequada interpretação e aplicação pelo administrador.”

Claro está que, havendo várias possibilidades de construção da hipótese normativa daquela norma que fundamenta a edição do ato administrativo, e estando todas essas possibilidades de interpretação em adequação com o sistema do direito positivo (dentro daquela forma ou moldura normativa a que se refere Kelsen), então, aí sim, há discricionariedade. (FOLLONI, 2006).

Di Pietro (2011, p. 217-218), no que diz respeito à divergência acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, mostra que efetivamente há duas grandes correntes: uma entendendo que tais conceitos não conferem discricionariedade, pois deve ser determinada, no trabalho de exegese, a única solução possível para o caso; e outra afirmando que os conceitos podem conferir discricionariedade, desde que se trate de conceitos de valor (diante de cada caso concreto), rechaçada “a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas”. Verifica-se que esta corrente detém maior aceitação no direito brasileiro, restando dificuldades quando se pretende determinar todas as hipóteses em que o uso de conceitos jurídicos indeterminados implica a existência de discricionariedade.

Ao arredar a possibilidade de discricionariedade em relação aos conceitos técnicos e aos conceitos de experiência ou empíricos, Di Pietro (2011, p. 218) ensina que os primeiros são aqueles que dependem de manifestação de algum órgão técnico, não cabendo à administração qualquer solução diversa, por exemplo laudo técnico para aposentadoria por invalidez. Os conceitos de experiência ou empíricos, por sua vez, determinam critérios objetivos e práticos retirados da experiência comum, os quais permitem a conclusão no sentido de uma única solução (sentido usual), por exemplo as expressões “caso fortuito” e “força maior”.

Diante disso, ao se adotar a corrente de maior aceitação no direito brasileiro, que a discricionariedade, no que diz respeito ao exame dos conceitos jurídicos indeterminados, pode estar presente, desde que os conceitos sejam de

valor e que o caso concreto permita mais de uma solução dentro da esfera de soluções legítimas.

Rafael Maffini (2009, p. 66), em sentido contrário, enfatiza que:

Quer parecer que a razão está com aqueles que diferenciam a discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados. Aquela (discricionariedade) permite ao administrador que se produza um juízo de valor, ou seja, impõe ao administrador que pratique um ato de vontade (obviamente, tal vontade é funcional e deve ser orientada à satisfação do interesse público), escolhendo uma dentre várias de ação legalmente previstas; estes (os conceitos jurídicos indeterminados) ensejam que o administrador produza um juízo de interpretação, no sentido de que, na aplicação da regra, o administrador promoverá um ato de inteligência. Não se podendo confundir uma escolha com uma interpretação, também não se apresenta possível a confusão entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados.

Nesse sentido, Gerson dos Santos Sicca (2006, p. 256-257) defende a vinculação dos conceitos jurídicos indeterminados, diferenciando-os do ato discricionário – “regra jurídica confere expressamente poder para o administrador definir quando e como atuar” –, pois diante de conceitos fluidos:

O administrador interpreta o texto e delimita o âmbito de possibilidades. Na interpretação do texto, o administrador expressa quais os pressupostos mais adequados para definir sua atuação. Definidos os pressupostos e os limites conceituais, a Administração exterioriza o juízo de não-contradição com o âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais passíveis de restrição ou com os princípios jurídicos, tomados em sua função negativa. A Administração concretiza a norma diante do caso concreto (métodos da hermenêutica) e exterioriza o juízo racional de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, bem como a observância dos demais princípios jurídicos, tomados em sua função positiva, no sentido de indicar a solução correta diante do texto.

Salienta o autor (2006, p. 258) que no ato discricionário o administrador deve apenas excluir as decisões que diante do caso concreto impliquem contradição a direitos fundamentais ou princípios jurídicos (função negativa), diferentemente do exposto sobre os conceitos indeterminados, cuja aplicação deve observar o princípio da proporcionalidade e demais princípios jurídicos também em sua função positiva, indicando a justeza da única decisão considerada adequada para o caso.

### 3.3 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

O mérito administrativo está diretamente relacionado à discricionariedade administrativa, uma vez que a eleição do administrador acerca de uma dentre duas

ou mais soluções legais (discricionarietà) “é pautada por um critério de conveniência e oportunidade, a que se dá o nome de mérito administrativo.” (MAFFINI, 2009, p. 63). Nesse sentido:

O mérito do ato administrativo, que somente existe nos atos administrativos discricionários, deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do administrador, que poderá, entre as hipóteses legal e moralmente admissíveis, escolher aquela que entenda como a melhor para o interesse público. Mérito, portanto, do ato administrativo é o juízo de conveniência e oportunidade, dentro da legalidade e moralidade, existente nos atos discricionários. (MORAES, 2007, p. 120).

Acompanhando tais apontamentos iniciais, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 908-909) conceitua:

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

Assim, nos atos administrativos de competência discricionária, quando alguns elementos são deixados à apreciação do administrador, haverá uma maior ou menor liberdade de aferição da oportunidade e conveniência. Por tal motivo se diz que enquanto no ato de competência vinculada a análise se dará apenas sob o ponto de vista da legalidade, no ato discricionário, além da legalidade, verificar-se-á o mérito – a oportunidade e a conveniência. (DI PIETRO, 2011, p. 218). De acordo com os ensinamentos de André Parmo Folloni (2006, p. 119): “a avaliação do melhor momento é um problema de oportunidade. Já avaliação a da melhor forma ou conteúdo é um problema de conveniência”. Em síntese:

Quando o administrador se deparar com a necessidade de concretização de uma regra discricionária, não bastará o simples exercício de subsunção da hipótese à regra (o que também ocorre nas condutas vinculadas), uma vez que, além disso, terá de eleger qual dos comportamentos tidos como legalmente admitidos será melhor para a satisfação do interesse público (daí a questão da conveniência), em face das circunstâncias fático-jurídicas havidas naquele determinado caso concreto (daí, a oportunidade). Tudo isso, por óbvio, validamente, isto é, de modo a não contrariar a ordem jurídica. (MAFFINI, 2009, p. 63).

Portanto, embora inseparáveis por ocasião da aplicação da competência discricionária, didaticamente, poderiam relacionar-se a oportunidade com a valoração do momento em que a decisão se dará, assim como a conveniência com

as soluções apostas na norma quando da escolha daquela que melhor se adéque às finalidades públicas.

### 3.4 “RELATIVIDADE” DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

De todo o exposto no item acima, assim como da conceituação de discricionariedade, é possível verificar que a discricção em nenhuma hipótese se dá de maneira absoluta, devendo sempre ser considerada sob o prisma da “relatividade”, haja vista decorrer, em suma, da legalidade.

Coube a Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 927-936) criar e sistematizar, no âmbito da discricionariedade administrativa, a expressão “relatividade, a qual será objeto de breve estudo. Antes disso, faz-se necessário mencionar importantes ensinamentos trazidos pelo autor sobre as expressões “ato vinculado” e “ato discricionário”.

Ainda que sejam correntes as expressões “ato vinculado” e “ato discricionário”, em rigor, “vinculação” ou “discricionariedade” são predicados atinentes aos condicionantes da válida expedição do ato ou ao seu próprio conteúdo [...].

Quer-se dizer: não é o ato que é vinculado ou discricionário; tanto que se costuma afirmar que tais ou quais “elementos” dele são sempre vinculados. Donde, por imperativo lógico, o ato, em si mesmo, nunca o seria, como bem observou Victor de Nunes Leal [...].

Embora seja comum falar-se em “ato discricionário”, a expressão deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou compõem”. Com efeito, o que é discricionária é a competência do agente quanto ao aspecto ou aspectos tais e quais, conforme se viu. (MELLO, 2010, p. 80).

Por tudo isso, o destacado doutrinador (2010, p. 82), quando se refere ao denominado “ato discricionário”, traz a expressão “competência discricionária”, afirmando ser tal imprecisão conceitual causa de diversas confusões que a simplificada expressão comumente usada pela doutrina – “ato discricionário” – provoca. Sugestiona-se uma antítese entre as categorias do “ato discricionário” e do “ato vinculado”, quando em verdade há, sempre que presente a competência discricionária, uma coexistência entre vinculação e discricionariedade em um mesmo ato. Salienta não ser a discricionariedade atributo do ato, mas:

É apenas a possibilidade – aberta pela dicção legal – de que o agente qualificado para produzi-lo disponha de uma “certa” (ou “relativa”) margem de liberdade, seja para avaliar se efetivamente ocorreram (a) os

pressupostos (isto é, motivos) que legalmente o ensejariam, seja para (b) produzi-lo ou abster-se, seja (c) para eleger seu conteúdo (expedir ou negar, expedir o ato “x” ou “y”), seja (d) para resolver sobre o momento oportuno de fazê-lo, seja (e) para revesti-lo com a forma tal ou qual. E tudo isto na medida, extensão e modalidades que resultem da norma jurídica habilitante e, ademais, apenas quando comportado pela situação concreta que lhe seja anteposta. (MELLO, 2010, p. 82).

Assim, a noção de discricionariedade será a competência da qual o agente poderá dispor, diante do caso concreto, ao avaliar as condições de aplicação do ato administrativo.

Dito isso, passa-se à enumeração dos diversos sentidos da relatividade no âmbito da competência discricionária descritos por Celso Antônio. (2010, p. 82-86). A uma, a discricionariedade é relativa porquanto o administrador estará sempre adstrito à legalidade, já que o comportamento deve estar contido na lei. A duas, pois o espaço de liberdade estará cingido aos elementos expressos na lei.

Assim, e.g., se a norma disser que a Administração “poderá conferir um prêmio de tantos Reais ao funcionário que contar com 40 anos de serviço sem falta alguma e sem haver sofrido sanção disciplinar alguma”, o agente disporá de certa liberdade para expedir, ou não, o ato atributivo do prêmio, mas não disporá de liberdade nem quanto ao conteúdo dele (a outorga no número de Reais fixado em lei), nem quanto aos pressupostos ensejadores do ato, isto é, seus motivos (o tempo de serviço fixado e a ausência de faltas e sanções). (MELLO, 2010, p. 82-83).

A três, a discricionariedade é relativa porque só pode ser imaginada conforme busque a finalidade legal, é o que se observa da brilhante construção de Seabra Fagundes citada por Celso Antônio (2010, p. 83): “Não importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido, por divergir da orientação legal”. A quatro, uma vez que a liberdade determinada na moldura legal somente existe na “extensão, medidas e modalidades que dela resultem”. A cinco, porque, ainda que diante de conceitos jurídicos indeterminados, o administrador deve observar os campos de certeza positivo e negativo, além do significado social do conceito.

E, finalmente, a seis, quando o administrador se depara com o caso concreto, pois “a liberdade pode esmaecer ou até mesmo esvair-se completamente diante da situação em concreto na qual deva aplicar a regra”. Em feliz síntese: “a discricção ao nível da norma é condição necessária, mas nem sempre suficiente para que subsista nas situações concretas.” (MELLO, 2010, p. 86).



Todos os fundamentos apresentados pelo autor para estabelecer a relatividade serão determinantes no estabelecimento dos limites da competência discricionária.

#### **4. CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO**

##### **4.1 CONCEITO, ESPÉCIES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS**

Advém da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que a sociedade tem o direito de solicitar da Administração Pública a prestação de contas. Aqui se revela o significado do controle a que se sujeitam as atividades administrativas. Vincula-se o controle à democracia, enquanto o não controle vai ao encontro do arbítrio. Ademais, o controle liga-se à ideia de transparência no exercício de um poder estatal. “Inquestionável, portanto, se apresenta a necessidade de controles inseridos no processo de poder, os controles institucionalizados.” (MEDAUAR, 2010, p. 388). Nesse passo, adverte Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 879-880):

No Estado de Direito, a Administração Pública assujeita-se a múltiplos controles, no afã de impedir-se que desgarre de seus objetivos, que desatenda as balizas legais e ofenda interesses públicos ou dos particulares. Assim, são concebidos diversos mecanismos para mantê-la dentro das trilhas a que está assujeitada. Tanto são impostos controles que ela própria deve exercitar [...].

Além disto, são previstos controles de legitimidade que devem ser efetuados por outros braços do Estado: Legislativo, por si próprio ou com auxílio do Tribunal de Contas, e Judiciário, este atuando sob provocação dos interessados ou do Ministério Público. [...]

Dentre todos os controles o mais importante, evidentemente, é o que se efetua, a pedido dos interessados, por meio do Poder Judiciário.

Ademais, Odete Medauar (2010, p. 390) lembra que também há o chamado controle social ou não institucionalizado, como por exemplo, passeatas, imprensa, entidades da sociedade civil, abaixo-assinados etc. Nada obstante essa multiplicidade de controles, o presente estudo dedicar-se-á ao essencial controle judicial da Administração Pública.

Pode-se denominar de controle da Administração Pública o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de poder. Quando fazemos referência a um conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos, desejamos realçar o fato de que há

formas jurídicas de controle, como é o caso do controle judicial dos atos da Administração (CARVALHO FILHO, 2009, p. 893).

Em consonância, traz-se à baila o conceito construído por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2008, p.661):

É exercido pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos praticados pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo e pelo próprio Poder Judiciário, quando realiza atividades administrativas. O controle judicial é, regra geral, exercido *a posteriori* e concernente à legalidade dos atos administrativos. O controle judicial é, sobretudo, um meio de preservação de direitos individuais dos administrados.

Assim, verifica-se que o controle não se aplica somente aos órgãos do Poder Executivo, mas também aos demais quando no exercício de função atípica administrativa, é o controle da Administração Pública em seu sentido amplo, na defesa de interesses individuais e coletivos. (DI PIETRO, 2011, p. 735). Odete Medauar (2010, p. 406) leciona que o controle jurisdicional da Administração tem também por características, além das já mencionadas acima, ser um controle externo, repressivo ou corretivo, desencadeado por provocação, podendo apresentar conotação preventiva.

Com base nesses elementos, pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico (DI PIETRO, 2011, p. 736).

Tendo em vista o exposto, sobretudo a tutela pelo judiciário dos interesses individuais e coletivos dos administrados, Alexandre de Moraes (2007, p. 269) ensina que em relação ao controle jurisdicional, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, disposto no art. 5º, XXXV, o qual determina a garantia de proteção “sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça de lesão.”

O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados. (DI PIETRO, 2011, p. 754).

O controle constitui poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função, precisamente pela sua finalidade corretiva. Ele abrange a fiscalização e a correção dos atos ilegais e, em certa medida, dos inconvenientes ou inoportunos. (DI PIETRO, 2011, p. 736).

O controle jurisdicional dos atos administrativos organiza-se por meio de dois sistemas nos diversos ordenamentos: o sistema de jurisdição dupla (contencioso administrativo ou sistema de jurisdição administrativa) e o sistema de jurisdição una (sistema de jurisdição ordinária). O sistema de jurisdição dupla, de origem francesa, prevê a existência de duas ordens de jurisdição paralelas (a ordinária ou comum; e a administrativa, com a finalidade de processar e julgar demandas concernentes à Administração Pública). São exemplos de países que adotam tal modelo a França, Alemanha, Suécia e Portugal. Por outro lado, no sistema de jurisdição una, a apreciação e julgamento dos litígios que envolvam a Administração compete aos juízes e tribunais comuns, ainda que algumas demandas estejam sujeitas a varas especializadas. (MEDAUAR, 2010, p. 406-407).

O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada. O fundamento Constitucional do sistema da unidade da jurisdição é o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. (DI PIETRO, 2011, p. 754-755).

Com base na referida disposição constitucional, o administrado pode utilizar-se, além de inúmeras ações previstas em leis ordinárias e cíveis, de ações constitucionais específicas para impugnar atos e coibir omissões da Administração Pública, chamadas de remédios constitucionais. (DI PIETRO, 2011, p. 772).

O administrado poderá utilizar instrumentos de controle judicial da Administração Pública por meios inespecíficos e específicos, sendo estes as ações que tenham no processo a presença das entidades administrativas ou de seus agentes e aqueles as ações judiciais em que a presença do Estado em qualquer dos pólos não se faz necessária. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 972-973). A respeito de instrumentos de fiscalização e controle, Alexandre de Moraes (2011, p. 429) leciona que:

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes do Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.

É com o intuito de preservação e perpetuidade do Estado Democrático de Direito e para evitar arbítrios e desrespeitos a direitos, que a Constituição Federal dispõe acerca dos Poderes do Estado, todos independentes e harmônicos entre si, repartindo as funções estatais e criando controles recíprocos. (MORAES, 2011, p. 424). Muito já se falou neste trabalho a respeito do princípio da separação dos poderes e de seus fundamentos, assim como fora explicitado que a característica da independência dos poderes não significa exercício de determinada atividade estatal de maneira absoluta e arbitrária, devendo existir instrumentos que permitam controles recíprocos entre os Poderes do Estado, para que não haja qualquer sobreposição de um sobre o outro.

Pedro Lenza (2011, p. 434), ao citar Dalmo de Abreu Dallari, descreve que “o sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos.”

Nesse sentido, o eminente doutrinador José Afonso da Silva (2008, p. 110-111), ao ensinar sobre a previsão constitucional da harmonia entre os poderes, leciona que:

[...] cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados [...].

Tudo isso demonstra que os trabalhos do Executivo e do Legislativo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíprocos (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.

Em mais um esclarecedor ensinamento, Pedro Lenza (2011, p. 434) utiliza-se novamente das lições de Dalmo de Abreu Dallari para afirmar que:

O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.

Cabe, portanto, ao poder judiciário o controle dos atos administrativos discricionários quando estes extrapolem os limites do direito, não havendo falar em qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois estará fundamentado no próprio exercício de sua função típica, a atividade jurisdicional, assim como no célebre sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), o qual autoriza o controle. (NOVELINO, 2011, p. 365). Com efeito, “no sistema de equilíbrio de Poderes, o Judiciário assume a relevante missão de examinar a legalidade e a constitucionalidade de atos e leis.” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 962).

Passemos agora a uma breve análise dos principais princípios aplicáveis à Administração Pública, pois apresentam-se, assim como as leis, como parâmetros em eventual controle judicial do ato administrativo discricionário.

#### 4.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS

Necessário esclarecer o leitor que, nesse momento, não se tem a pretensão de esgotar todo o tema atinente a cada princípio, constitucional ou não, aplicável à Administração Pública. Nem mesmo de citar a todos, mas apenas de trazer os conceitos e características de princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, os quais hodiernamente são utilizados por ocasião do controle jurisdicional da Administração Pública, sobretudo as importantes relações que guardam ao estabelecerem limites à atividade administrativa discricionária.

“São os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas” – José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 17-18) conceituando os princípios atinentes à Administração Pública.

Relembra-se o leitor de que o princípio da legalidade já foi devidamente analisado nessa obra. Assim, inicialmente, convém abordar o princípio constitucional implícito da razoabilidade e proporcionalidade, cujo fundamento se encontra no devido processo legal em sua vertente substantiva, pois se apresenta constantemente na atividade administrativa, assim como é utilizado frequentemente por ocasião do controle judicial da Administração. (PAULO e ALEXANDRINO, 2008, p. 332).

Os termos proporcionalidade e razoabilidade são tratados como equivalentes por grande parte da doutrina e jurisprudência brasileiras, podendo variar, em alguns casos, de acordo com a influência do autor, tendo em vista que no direito anglo-saxão se utiliza o termo razoabilidade, ao passo que no direito germânico se fala em proporcionalidade. Todavia, a rigor, há uma distinção entre os dois. Segundo Humberto Ávila, no postulado da proporcionalidade existe uma relação de causalidade entre meio e fim, exigindo-se dos poderes públicos a escolha de medidas adequadas, necessárias e proporcionais para a realização de duas finalidades. Por seu turno, a razoabilidade se aplica a situações nas quais se manifeste um conflito entre o geral e o individual (dever de equidade), norma e realidade regulada por ela (dever de congruência) ou critério e medida (dever de equivalência). (NOVELINO, 2011, p. 198-199).

Nesse passo, José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 36-37) também trabalha uma distinção em tese entre a proporcionalidade e a razoabilidade ensinando que a palavra razoabilidade diz respeito àquilo que está dentro do razoável, que se enquadra em limites aceitáveis, determinando que a valoração se restrinja ao que denomina *standards* de aceitabilidade. Ademais, aponta que os “estudiosos indicam que a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas”, o que ao autor parece, em verdade, uma violação do princípio da legalidade, ora havendo vício nas razões da vontade, ora o vício estará no objeto.

Com esses elementos, desejamos frisar que o princípio da razoabilidade tem que ser observado pela Administração à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora dos padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Significa dizer, por fim, que não pode existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 37).

Em consonância com o já aludido, Fernanda Marinela (2011, p. 50) assinala que o princípio da razoabilidade impede que o administrador, sob a alegação de cumprimento da lei, atue de maneira tresloucada, de forma arbitrária e sem qualquer bom senso, tratando-se tal princípio da proibição do excesso.

O princípio da razoabilidade não visa substituir a vontade da lei pela do julgador, visto que cada norma tem uma razão de ser. Entretanto, ele representa um limite para a discricionariedade do administrador, exigindo uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e finalidade legal de outro. Agir discricionariamente não significa agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente. A lei não protege, não encampa condutas insensatas, portanto, terá o administrador que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal. (MARINELA, 2011, p. 50).

Por outro lado, a respeito do princípio da proporcionalidade, José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 38) ensina que tanto este quanto o princípio da razoabilidade guardam semelhanças entre si, uma vez que ambos autorizam o controle do judiciário sobre os demais poderes. Em contribuição, Fernanda Marinela (2011, p. 52) leciona:

Para a maioria dos autores, como Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia di Pietro, este princípio está contido no da razoabilidade. O princípio da proporcionalidade exige equilíbrio entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar, segundo padrões comuns da sociedade em que vive, analisando sempre cada caso concreto. A atuação proporcional da autoridade pública exige também uma relação equilibrada entre o sacrifício imposto ao interesse de alguns e a vantagem geral obtida, de modo a não tornar a prestação excessivamente onerosa para uma parte. Por fim, o foco está nas medidas tomadas pelo Poder Público, não podendo o agente público tomar providências mais intensas e mais extensas do que as requeridas para os casos concretos, sob pena de invalidação, por violar a finalidade legal e, conseqüentemente, a própria lei.

Ainda a respeito dos mencionados princípios, Marcelo Novelino (2011, p. 197) observa que a proporcionalidade é, de acordo com as lições de Robert Alexy, uma verdadeira regra, vez que suas máximas parciais não admitem o juízo de ponderação, característica dos princípios, pois o que se verifica, no caso concreto, é a satisfação ou não das máximas parciais da proporcionalidade. Trata-se de postulado normativo formado por três máximas parciais, as quais devem ser observadas quando da tomada de decisão, quais sejam: a adequação da medida; a necessidade (exigibilidade ou princípio da menor ingerência possível); e a proporcionalidade em sentido estrito.

Em feliz síntese, Willis Santiago GUERRA FILHO afirma que “uma medida é adequada, se atinge o fim almejado; exigível, por causar o menor prejuízo possível; e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.” (NOVELINO, 2011, p. 198).

Dando continuidade, analisar-se-á o princípio da moralidade, cujo conteúdo jurídico vem sendo gradualmente construído, espelhando o que se espera de uma boa administração. “A Administração Pública, de acordo com o princípio da moralidade administrativa, deve agir com boa-fé, sinceridade, probidade, lhanza, lealdade e ética.” (Pedro Lenza, 2011, p. 1162).

O princípio da moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum. Enquanto a última preocupa-se com a distinção entre o bem e o mal, a primeira é composta não só por correção de atitudes, mas também por regras de boa administração, pela ideia de função administrativa,

interesse do povo, de bem comum. Moralidade administrativa está ligada ao conceito de bom administrador. (MARINELA, 2011, p. 39).

Nessa esteira, Alexandre de Moraes (2011, p. 342) lembra que respeitar o princípio da moralidade é observar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, não bastando ao administrador o estrito cumprimento da legalidade. Logo, tal princípio estaria contido em uma legalidade em sentido amplo.

Ao citar Maurice Hauriou, o primeiro a cuidar do assunto, Di Pietro (2011, p. 77-78) descreve que a moralidade administrativa é o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”, sendo assim, “é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário”.

Com a evolução de seu conteúdo jurídico, a moralidade desenvolve-se conectada à ideia de desvio de poder, demonstrando que são condutas que se utilizam de meios lícitos para atingirem fins metajurídicos irregulares, imorais e certamente ilegais. Ressalta-se que a consagração da imoralidade administrativa deu-se sobremaneira com a edição da lei da ação popular (Lei nº 4.717, de 29-6-65, art. 2º), com a previsão de responsabilidade por atos que atentem contra a probidade administrativa, assim como com a lei de responsabilidade fiscal. (DI PIETRO, 2011, p. 78-79).

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa. (DI PIETRO, 2011, p. 79).

Por fim, não obstante ser um princípio de difícil tradução verbal, representando um conceito jurídico vago, indeterminado, evidencia-se que o princípio da moralidade vem sendo objeto de disposições legais expressas e tomando forma jurídica autônoma ao fazer com que o administrador atue com lealdade e boa-fé, “sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.” (MELLO, 2006, p. 107).

Em sequência, o princípio da publicidade “nada mais é que a divulgação, tendo como finalidade o conhecimento público.” (MARINELA, 2011, p. 40). Nesse sentido e em complementação, Alexandre de Moraes (2011, p. 344) ensina que a



publicidade tem por escopo o conhecimento pelo público em geral de determinado ato. Assim como também representa condição de eficácia para os atos administrativos, “pois somente a publicidade evita os dissabores existentes em processos sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias.”

O princípio da impessoalidade, por sua vez, traduz a ideia de que é defeso ao administrador atuar de maneira discriminatória, seja benéfica, seja detrimetosa.

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. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. (MELLO, 2006, p. 102).

Em síntese, o administrador deve pautar-se pela ausência de subjetividade, “ficando esse impedido de considerar quaisquer inclinações e interesses pessoais, próprios ou de terceiros.” (MARINELA, 2011, p. 34). A autora assevera que tal princípio possui dois aspectos distintos, um quanto ao dever de atendimento ao interesse público e outro na imputação da atividade administrativa ao órgão ou entidade e não ao próprio agente. Lembra-nos, outrossim, que o princípio da impessoalidade, conjuntamente com o princípio da moralidade, da isonomia e da eficiência, respalda a proibição do nepotismo, prática nefasta que assola a Administração Pública em geral, trazendo prejuízos incalculáveis ao erário público e à boa administração.

Merece também destaque uma análise acerca do princípio da motivação aplicável à Administração, conceituado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 100) como:

O dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

Princípio que há pouco tempo nos parecia tão distante da realidade de nosso país, a motivação vem dando causa a acaloradas argumentações em seu favor, assim como existe quem lhe dê relativa funcionalidade. Nesse passo, Fernanda Marinela (2011, p. 62) assevera que:

Quanto ao dever de motivar, a doutrina apresenta-se divergente. Parte dos doutrinadores entende que a motivação não é obrigatória como regra, apesar de reconhecer que se trata de uma medida aconselhável, entretanto só se faz obrigatória quando existir previsão expressa nesse sentido [...]. Para a segunda corrente, que é majoritária, a motivação é obrigatória [...]. E mais, essa motivação deve ser prévia ou contemporânea à prática do ato, sob pena de invalidação. Para alguns autores, há, ainda, a separação entre o ato vinculado e o ato discricionário. Segundo a maioria, a motivação é obrigatória para ambos [...]. Nos atos discricionários e nos vinculados que dependem de apurada apreciação, sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada.

Nesse sentido, Di Pietro (2011, p. 82) acompanha o pensamento de Marinela ao afirmar que não existe mais espaço para a distinção entre a necessidade ou não de motivação entre competência discricionária ou vinculada, pois, atualmente, o princípio exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito que consubstanciaram a decisão. Trata-se, por consagração doutrinária e jurisprudencial, de essencial formalidade que viabiliza o controle de legalidade dos atos administrativos. Ademais, como assevera Marinela (2011, p. 270), os motivos declarados, à época da prática do ato, vinculam o administrador, sujeitando-o à comprovação de sua ocorrência – é a chamada teoria dos motivos determinantes.

Importa falar agora do princípio da eficiência, inserido em nosso ordenamento em 1998 pela emenda constitucional nº19, tratado por Hely Lopes Meirelles (apud DI PIETRO, 2011, p. 83-84) como aquele “que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional.”

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público (DI PIETRO, 2011, p. 84).

Tendo em vista o acima exposto, observa-se a estreita relação entre o princípio da eficiência e a noção de administração gerencial – objeto da reforma do Estado no plano diretor elaborado em 1995 –, modelo administrativo proposto pela corrente neoliberal em contraponto à corrente burocrática, centrada sobretudo no princípio da legalidade. “Essa noção de administração gerencial e o princípio da

eficiência conjugam-se com a denominada doutrina do Estado mínimo.” Os desdobramentos da eficiência podem ser exemplificados na avaliação de desempenho para a estabilidade no serviço público, e, sobretudo, nos contratos de gestão e no instituto das agências reguladoras, através dos quais se estipula e se controla metas e desempenho. (PAULO e ALEXANDRINO, 2008, p. 336-337). Em síntese, Fernanda Marinela (2011, p. 43) assevera que:

A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo; quem ganha é o bem comum.

Ademais, leciona José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 28) que “o núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade”, exigindo-se, sobretudo, a diminuição dos desperdícios públicos ao impor que a execução dos serviços públicos se dê com “presteza, perfeição e rendimento funcional.”

Lembra ainda que eficiência não se confunde com eficácia. A eficiência está relacionada ao modo pelo qual se processa determinada atividade administrativa, isto é, relaciona-se à conduta dos agentes. A eficácia, por sua vez, relaciona-se aos meios e instrumentos utilizados no exercício da atividade administrativa. O sentido, neste caso, é instrumental. O ideal é que caminhem juntos, no entanto, é possível condutas eficientes desprovidas de eficácia. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 30).

Fernanda Marinela (2011, p. 45) conclui lembrando que embora seja um princípio esperado e desejado, ainda carece de regulamentação, mesmo que esteja previsto em textos normativos, tais como a própria Constituição (art. 5º, LXXVIII e art. 37, §3º) e a Lei 8987/95 em seu art. 6º. Continua dizendo que, juridicamente, o princípio da eficiência mostra-se ainda vago e impreciso, necessitando de regulamentação, ações práticas e investimentos, tudo para que se mostre viável um efetivo controle. Por fim, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 110), em importante observação, anota que o “princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da boa administração.”

Adentra-se, por derradeiro, no princípio da finalidade, analisado por Fernanda Marinela (2011, p. 66) como:

Um princípio em apartado, não decorre do princípio da legalidade, mas é inerente a ele. O princípio da finalidade significa cumprir o fim da lei; é o mesmo que o seu espírito e, é claro, que o espírito da lei faz parte da própria lei, formando com o seu texto um todo harmônico e indestrutível, a tal ponto, que nunca poderemos estar seguros do alcance da norma, se não interpretarmos o texto da lei de acordo com o espírito da lei.

Nesse passo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 95-96) aduz que o princípio da finalidade encontra-se na própria consagração do princípio da legalidade, sendo inerente a este, correspondendo à aplicação da lei tendo em vista sua razão de ser, seu objetivo. “O que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima. A partir dela é que se compreende a racionalidade que lhe presidiu a edição.” Por outro lado, importa notar que:

Dessa maneira, indicar a norma legal como fundamento para a prática de um ato em dissonância com sua finalidade não significa aplicar a lei, mas sim desvirtuá-la. Assim, o princípio da finalidade exige que o administrador persiga o objetivo legal, certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público, o bem comum, além das finalidades específicas apontadas na lei, sob pena de ilegalidade do ato, caracterizando abuso de poder, na modalidade desvio de finalidade e, conseqüentemente, controle pelo Poder Judiciário. (MARINELA, 2011, p. 38).

A partir de todo o exposto acerca dos princípios objetos de análise, é possível observar que eles funcionam como verdadeiros limites à competência discricionária a ser exercida pelo administrador em eventual ato administrativo. Não somente de um ponto de vista estritamente abstrato, mas sobremaneira diante do caso concreto, restringindo ainda mais o campo de apreciação do intérprete quando em face da competência discricionária. Estes limites são de grande valia para o presente estudo, pois permitem estabelecer, objetivamente, quando a prática do ato administrativo discricionário observa a seara da validade, assegurada à Administração Pública pela lei, assim como quando a extrapola, devendo ser objeto de controle judicial.

A ampliação da possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário, por ocasião do exercício da competência discricionária, relaciona-se diretamente com a fixação de teorias que estabelecem maiores limites à discricção, tais como a teoria relativa ao desvio de poder – “ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou” – a teoria dos motivos determinantes – “quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros” – e a teoria relativa aos conceitos jurídicos indeterminados – não restando possível a discricção quando

presentes elementos objetivos, extraídos da experiência ou da técnica, os quais permitam identificar uma única solução válida; admitindo-se, contudo, a discricionariedade, quando diante de conceitos de valor. (DI PIETRO, 2011, p. 220).

Após essa exposição acerca dos limites da discricionariedade, e antes de embrenhar-se no núcleo do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário, convém discorrer acerca dos principais vícios ou defeitos do ato, os quais guardam íntima relação com o exercício da competência discricionária.

#### 4.3 VÍCIOS RELATIVOS AO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Ainda que já tenha sido objeto do presente estudo, em momento anterior, a extinção do ato administrativo cuja consequência seja a anulação, mostra-se oportuno retomar este instituto, agora com vistas ao controle judicial, o qual buscará reconhecer defeitos ou vícios do ato exercido sob a competência discricionária que importem em invalidação.

Como já mencionado, “anulação, que alguns preferem chamar de invalidação é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade.” (DI PIETRO, 2011, p. 238). A doutrinadora alerta para o fato de que há bastantes controvérsias acerca dos vícios dos atos administrativos – ou defeitos como alguns preferem chamar. O cerne da discussão é a possibilidade ou não de se aplicar a teoria das nulidades aplicável ao Direito civil, tendo em vista que o ato administrativo é um ato jurídico. Lembra-nos que muitos princípios são aplicáveis, porém o ato administrativo guarda certas singularidades que devem ser consideradas no âmbito da teoria, seja porque os interesses em jogo dizem respeito à coletividade (e não somente aos interesses individuais), seja porque existem modalidades peculiares de vícios ou defeitos que atingem o ato. (DI PIETRO, 2011, p. 240).

Em complementação, relembra que, no âmbito da validade, os vícios basicamente relacionam-se com o sujeito, objeto e forma, enquanto que na seara administrativa os defeitos podem atingir, além de outros, qualquer dos elementos do ato administrativo: competência, capacidade, forma, objeto, motivo e finalidade. (DI PIETRO, 2011, p. 241). A respeito da validade do ato:

Validade é a adequação do ato às exigências normativas. Ato válido é aquele expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema

normativo, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica, sob pena de invalidação. (MARINELA, 2011, p. 320).

Muita discussão há também sobre as consequências dos vícios, as formas de invalidação do ato, isto é, “quanto à possibilidade dos atos administrativos serem válidos, nulos, anuláveis, inexistentes e até irregulares.” (MARINELA, 2011, p. 301).

Ensinando Odete Medauar (2010, p. 160) que a diferenciação entre ato nulo e anulável, tratada na teoria das nulidades, não tem aplicação no âmbito administrativo, uma vez que todas as normas são, em princípio, de ordem pública, sendo que os atos são praticados em atendimento ao interesse público, logo:

Parece inaplicável, nesse âmbito, a teoria das nulidades tal como vigora no direito civil. Assim sendo, se o ato administrativo contém defeitos, desatendendo aos preceitos do ordenamento, é nulo, em princípio. A permanência do ato administrativo eivado de ilegalidade tal como foi editado ou mediante ratificação ou convalidação dependerá da natureza do vício, do confronto do princípio da legalidade e de outros preceitos do ordenamento (por exemplo, segurança e certeza das relações jurídicas, consolidação de situações), do sopesamento das circunstâncias envolvendo o caso, da finalidade pretendida pela norma lesada. (MEDAUAR, 2010, p. 161).

Embora pareça inaplicável a distinção tal como no âmbito civil, importa reconhecer que, no administrativo, há defeitos que podem ser sanados ou convalidados, caracterizando hipótese de nulidade relativa. (DI PIETRO, 2011, p. 248).

A despeito de tão nobre divergência acerca das possibilidades de invalidação do ato, pode-se resumir as consequências (possíveis ou não) em atos inexistentes, quando se encontram fora do âmbito jurídico, sendo radicalmente vedados pelo Direito; atos nulos, quando a lei assim os declare ou quando restar materialmente impossível a convalidação; atos anuláveis, quando a lei assim os declare ou quando ainda puderem ser praticados sem vício; e atos irregulares, os quais:

Padecem de vício material irrelevante, contendo uma violação à norma que objetiva impor a padronização interna. Como não atinge a segurança e as garantias dos administrados, o vício não atinge a validade do ato, não se admitindo anulação. É apenas possível a aplicação de sanção para o agente que o praticou. (MARINELA, 2011, p. 301-302).

Isso posto, resta evidenciar os principais vícios ou defeitos atinentes à prática do ato administrativo, tendo por início os relativos ao sujeito, o qual pode

apresentar-se de duas formas: incompetência e incapacidade. Sabendo que a competência vem disposta em lei, qualquer ato praticado por quem não seja o detentor de determinadas atribuições, assim como por aquele que exorbite sua atribuição, será ilegal. (DI PIETRO, 2011, p. 241).

Os principais vícios relacionados à competência são três: usurpação de função, função de “fato” e excesso de poder. Usurpação de função é crime, verificando-se quando a pessoa se apossa de atribuições próprias de agente público sem qualquer investidura – a maioria considera qualquer ato eventualmente praticado como inexistente. Função de “fato”, diferentemente do anterior, a pessoa está investida, porém de maneira irregular, guardando aparência de legalidade. Por tal motivo, eventual ato praticado é considerado válido, com fundamento na boa-fé do administrado.

A despeito dessas duas hipóteses de vícios relacionados à competência, guarda real importância para o presente trabalho a terceira hipótese, o excesso de poder, quando o agente, principalmente sob a alegação de discricionariedade normativa, ultrapassa os limites de sua competência. (DI PIETRO, 2011, p. 241-242).

Constitui, juntamente com o desvio de poder, que é vício quanto à finalidade, uma das espécies de abuso de poder. Este pode ser definido, em sentido amplo, como o vício do ato administrativo que ocorre quando o agente público exorbita de suas atribuições (excesso de poder), ou pratica o ato com finalidade diversa da que decorre implícita ou explicitamente da lei (desvio de poder). (DI PIETRO, 2011, p. 242).

O referido vício será ainda trabalhado por ocasião da análise do controle judicial do ato administrativo discricionário.

Ainda segundo a doutrinadora (2011, p. 243-244), em relação aos vícios relacionados à capacidade, o Direito administrativo prevê duas hipóteses: suspeição e impedimento. Dando andamento aos vícios atinentes aos elementos do ato, há a possibilidade de defeito relacionado ao objeto, “o qual deve ser lícito, possível (de fato e de direito), moral e determinado. Assim, haverá vício em relação ao objeto quando qualquer desses requisitos deixar de ser observado”. A respeito do elemento forma, “o ato é ilegal, por vício de forma, quando a lei expressamente a exige ou quando uma finalidade só possa ser alcançada por determinada forma”.

Em relevante contribuição, Odete Medauar (2010, p. 158) assevera que:

Dentre os defeitos de forma incluem-se aqueles atinentes à motivação do ato administrativo. A motivação, já se disse, consiste na enunciação dos motivos que levaram à edição do ato, referindo-se, portanto, à sua exteriorização. Havendo exigência de motivação, a sua falta representa defeito substancial de forma, que acarreta nulidade do ato [...]. Equivale à falta de motivação a sua insuficiência ou ininteligibilidade, que tornem nebulosa a compreensão da justificativa do ato.

É oportuno enfatizar que, de acordo com o entendimento da jurisprudência e doutrina majoritária, “a motivação é obrigatória em praticamente todos os atos administrativos”- em consonância com o contexto legal, pois ao povo, titular do poder estatal, é de direito conhecer as motivações de seus representantes quando da prática do ato. É de grande relevo as observações de Fernanda Marinela (2011, p. 268-269) quando destaca:

No tocante aos atos discricionários – que dependem de apurada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa – é imprescindível motivação detalhada para demonstrar a compatibilidade com o ordenamento jurídico, inclusive com os princípios constitucionais, como ocorre nas decisões em processo administrativo disciplinar.

Pelo exposto, resta claro tratar-se de defeito do ato administrativo a não observância da motivação nos moldes supracitados.

Sobre os vícios relacionados ao motivo, a doutrina reconhece haver duas possibilidades de desvirtuamento: a inexistência e a falsidade de motivo. A lei de ação popular, centro das disposições legais as quais tratam dos defeitos ora estudados, prevê que esse vício ocorre “quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.” (DI PIETRO, 2011, p. 244). Nessa esteira, Odete Medauar (2010, p. 158), utilizando-se dos ensinamentos de Araújo Cintra, afirma poder ainda estar presente a inadequação entre os fatos e o direito, assim como a “contradição ou incongruência entre os motivos invocados e a decisão.”

Nesse passo, tem aplicação aqui a teoria dos motivos determinantes, a qual prende “o administrador aos motivos declarados ao tempo da edição do ato, sujeitando-se à demonstração de sua ocorrência, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a nulidade do ato administrativo.” (MARINELA, 2011, p. 270). Quanto à relação entre motivo, objeto e discricionariedade, a doutrinadora (2011, p. 272) ainda aduz que:

Quando da discricionariedade, a lei não delinea a situação fática, mas transfere ao agente a verificação de sua ocorrência, atendendo a critérios



de caráter administrativo – conveniência e oportunidade – vale dizer, é o agente que elege a situação fática ensejadora da vontade, permitindo, assim, maior liberdade pra definição do motivo do ato, sem se afastar dos princípios administrativos. O autor do ato pode traçar as linhas que limitam o objeto de seu ato, mediante a avaliação do motivo declarado.

Por outro lado:

Importa não confundir os motivos – que são, como dito, pressupostos de fato correspondentes a uma categorização legal – com os móveis do agente, isto é, com a intenção da autoridade. Móvel ou intenção é algo subjetivo, que reside na intimidade psicológica do sujeito que atua. Então, enquanto o móvel é interno, subjetivo, psicológico, o motivo é externo, objetivo. (MELLO, 2010, p. 66).

Essa distinção é de grande relevo na teoria do desvio de poder, pois se evidencia uma intenção viciada, passível de controle e invalidação, por isso, em suma, “é de mister haja ocorrido um ajuste entre a realidade concreta e a previsão abstrata da lei, de tal sorte que o suposto normativo se tenha realizado no plano empírico.” (MELLO, 2010, p. 67).

A respeito da teoria do desvio de poder, chega-se, enfim, ao exame de eventual vício no elemento finalidade, denominado desvio de poder ou desvio de finalidade, o qual se verifica “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.” Essa teoria, de origem francesa, exerceu relevante importância na análise dos defeitos relacionados ao ato administrativo discricionário, pois representou efetivo direcionamento de tais atos ao interesse público pertinente. (MEDAUAR, 2010, p.159).

Além disso, Maria Sylvia Di Pietro (2011, p. 245) ensina que o conceito legal descrito acima, previsto no art. 2º, parágrafo único, e da Lei nº 4.717/65, está incompleto, uma vez que a finalidade pode ter um sentido amplo e um sentido restrito: aquele quando o agente não observa o interesse público, e este quando o objetivo é diverso do previsto em lei, ainda que guarde relação com o interesse público. “O agente desvia-se ou afasta-se da finalidade que deveria atingir para alcançar resultado diverso, não amparado pela lei.” Nesse mesmo passo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 378) conceitua que “ocorre desvio de poder, e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado”, trazendo o autor em complementação que:

Há, em consequência, um mau uso da competência que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzido na busca de uma finalidade que simplesmente não pode ser buscada ou, quando possa, não pode sê-lo através do ato utilizado. É que sua competência, na lição elegante e precisa de Caio Tácito: “visa a um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo. Não é facultado à autoridade suprimir essa continuidade, substituindo uma finalidade legal do poder com que foi investido, embora pretendendo um resultado materialmente lícito.” (MELLO, 2006, p. 378-379).

Assim, citando considerações de Seabra Fagundes, o doutrinador (2006, p. 379) conclui que nada importa se a finalidade legal objetivada pelo agente seja moralmente lícita, está eivada de invalidade se divergir da orientação legal. Tendo em vista a característica subjetiva do elemento em análise, Di Pietro (2011, p. 245) descreve acerca da dificuldade em comprovar a verdadeira intenção que o agente não declara, mas sim tenta ocultá-la, produzindo impressão de legalidade. Dessarte, há a tendência de comprovação do defeito por meio de indícios, a saber:

- a) A motivação insuficiente,
- b) A motivação contraditória,
- c) A irracionalidade do procedimento, acompanhada da edição do ato,
- d) A contradição do ato com as resultantes dos atos,
- e) A camuflagem dos fatos,
- f) A inadequação entre os motivos e os efeitos,
- g) O excesso de motivação.

São todos defeitos do ato administrativo relacionados ao elemento finalidade, os quais se juntam aos vícios supracitados, guardando íntima relação com o exercício da competência discricionária, uma vez que também representam efetivos limites à prática do ato, tendo por consequência a invalidação, após o devido controle judicial. Isso porque:

Toda outorga de competência preordena-se à busca de um certo escopo, ao atendimento de uma dada finalidade. É ela que explica e justifica a irrogação de poderes e, portanto, o que explica e justifica o ato administrativo que a este título se venha a praticar. Por isso, qualquer ato que dela por qualquer modo se desencontre, com revelar-se insuficiente para alcançá-la (e, pois, inadaptado), excessivo em relação ao necessário para atendê-la (e, pois, desbordante da razão atributiva do círculo de poderes manejáveis) ou descompassado com a finalidade que deveria alvejar, será viciado, como notoriamente se proclama. Deveras, em quaisquer destas hipóteses o comportamento administrativo estará tresmalhado, desgarrado de sua justificativa jurídica. (MELLO, 2010, p. 57).

Depois desse destacado trecho de aferição dos principais vícios atinentes ao ato administrativo, passa-se, por fim, à própria análise do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário, sua previsão como garantia do administrado e os

meandros que envolvem o controle de legalidade e legitimidade, assim como o controle do mérito administrativo.

#### 4.4 CONTROLE JUDICIAL COMO GARANTIA DO ADMINISTRADO

Em momento pretérito já fora ressaltado a importância e extensão da previsão contida no art. 5º, XXXV, da CRFB, a qual assevera que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário, não podendo nem mesmo a lei trazer qualquer exceção a esse preceito, posto ser direito fundamental e constituir fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. É o que ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 902):

Este princípio, absolutamente capital, constitui-se em garantia insubstituível, reconhecida entre os povos civilizados, como expressão asseguradora da ordem, da paz social e da própria identidade dos regimes políticos contemporâneos. [...] Segue-se que um ato gravoso, provenha de quem provier, pode ser submetido ao órgão judicante a fim de que este afira sua legitimidade e o fulmine se reputar configurada ofensa a um direito.

Nesse diapasão, José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 894) revela que há uma estreita relação entre a função de controle e o instituto da garantia jurídica, uma vez que, de fato, a atuação da Administração deve ser no sentido de estar em conformidade com os interesses da coletividade fixados em lei, contudo, ao gerir tais interesses, não é ela livre para fazê-lo.

Sendo assim, os mecanismos de controle vão assegurar a garantia dos administrados e da própria Administração no sentido de ver alcançados esses objetivos e não serem vulnerados direitos subjetivos dos indivíduos nem as diretrizes administrativas. Esse é que constitui o seu objetivo. É exatamente através do controle que os administrados e a Administração podem aferir a legitimidade ou a conveniência das condutas administrativas, e por essa razão essa possibilidade espelha, sem a menor dúvida, uma garantia para ambos. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 894).

Nunca é demais lembrar que o Estado Democrático de Direito tem por finalidade a tutela do cidadão em face das arbitrariedades do Poder Público, subordinando a competência do agente público a um quadro normativo, ao qual se deve ater efetivamente a conduta estatal, observando os parâmetros legais previamente estabelecidos, em defesa dos administrados, detentores últimos da *res publica*. Resta que é escopo do referido Estado estabelecer barreiras que impeçam

o avanço além de tais limites, mas também é dever assegurar que atos atentatórios ao Direito sejam invalidados. (MELLO, 2010, p. 151-152).

Com efeito, reconhecido que é propósito do Estado de Direito submeter o Poder, impedindo-o de converter-se em arbítrio detrimetoso para os indivíduos, e reconhecido, também, que as normas que enclausuram o Poder propõem-se a defender interesses cuja titularidade última reside nos próprios administrados, estar-se-á, *ipso facto*, apontando um importantíssimo vetor interpretativo que deverá reger toda e qualquer inteligência sobre o cabimento de certas demandas em juízo e sobre a amplitude da investigação dos atos administrativos. (MELLO, 2010, p. 152-153).

Ao considerar o princípio da inafastabilidade da jurisdição a pedra de toque da ordenação normativa brasileira – a norma autorizativa que assegura o controle dos atos atentatórios ao Direito – Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 903-904) ressalta a conexão e a necessária conciliação entre tal preceito e o exercício da discricionariedade destinada ao administrador:

Sublinhada a importância dos princípios constitucionais e ressaltada a sobranceira do princípio da universalidade da jurisdição, impende verificar como se concilia a consagração do preceito em tela com o exercício da ação discricionária, deferida pela lei à Administração para o desempenho de certos cometimentos. A adequada composição entre estes dois termos fornece a medida da extensão que ao Judiciário quadra na investigação de atos administrativos expedidos no gozo de certa liberdade discricionária.

A solução de tão grande controvérsia perpassa pelo exame do alcance da discricionariedade, cometida ao administrador, na contemporânea evolução do ordenamento pátrio, estabelecendo seus limites e, por consequência, delimitando o alcance do controle judicial do ato administrativo exercido no âmbito da competência discricionária.

#### 4.5 CONTROLE DE LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E DE MÉRITO

Passa-se à investigação do controle de legalidade, de legitimidade e de mérito do ato administrativo discricionário, tendo por objetivo estabelecer, mediante os limites atinentes à discricionariedade, o alcance e a extensão do controle jurisdicional.

Odete Medauar (2010, p. 410) afirma que a Constituição de 1988 trouxe bases mais amplas ao tema, estendendo o controle jurisdicional da Administração.

Hoje, no ordenamento pátrio, sem dúvida, a legalidade assenta 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 na jurisprudência antes de outubro de 1988. Evidente que a ampliação do controle jurisdicional não há de levar à substituição do administrador pelo juiz, encontrando limites.

Nesse sentido e em adição, Maria Sylvia Di Pietro (2011, p. 221) ensina:

Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.

Assim, antes da supracitada ampliação das bases da legalidade, o controle judicial restringia-se à legalidade estrita, tendo por base a mera descrição legal, como consequência do pensamento positivista. Contudo, a evolução do pensamento jurídico trouxe novas bases à interpretação do ordenamento jurídico, restando evidente que a legalidade não se limitava à disposição normativa, mas abrangeria também os princípios de direito, assim como os valores contidos no âmbito do direito, caracterizando um controle de legitimidade.

Quanto ao tema controlado, o controle jurisdicional restringe-se à validade do ato praticado. Tal noção de validade, todavia, reclama mais do que a simples observância da lei (legalidade *stricto sensu*), exigindo-se, como já se viu, que a atuação administrativa obedeça à principiologia e ao Direito como um todo. Assim, atos que forem ilegais, imorais, irrazoáveis, pessoalizados, desproporcionais, sejam tais vícios considerados em conjunto ou isoladamente, deverão ser considerados inválidos e, porquanto isso, sindicáveis pelo Poder Judiciário. (MAFFINI, 2009, p. 234).

Acerca da legalidade, Fernanda Marinela (2011, p. 277) lembra que a análise “deve ser feita em sentido amplo, abrangendo o exame das regras legais e normas constitucionais, incluindo todos os seus princípios.” Nesse mesmo passo:

A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o judiciário pode apreciar os aspectos de legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade. (DI PIETRO, 2011, p. 219).

Ademais, a respeito da análise de mérito, a doutrinadora (2011, p. 277) aduz não ser possível a apreciação pelo poder judiciário do mérito administrativo, entendido como o juízo de oportunidade e conveniência destinado apenas ao

administrador, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes. É nesse sentido que Di Pietro (2011, p. 219) afirma não ser possível ao Poder Judiciário invadir o espaço reservado legalmente ao administrador, substituindo a opção legítima feita pela Administração, tendo em vista razões de conveniência e oportunidade, pelos próprios critérios do juízo.

Assim também assevera José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 897), alertando que mérito significa “aquilo que é melhor, mais conveniente, mais oportuno, mais adequado, mais justo, tudo, enfim, para propiciar que a Administração alcance seus fins.” Conclui que a competência para exercer tal controle é privativa da Administração Pública, logo não se submete a controle pelo Poder Judiciário.

Não obstante as considerações iniciais acerca da análise de mérito pelo Poder Judiciário, Odete Medauar (2010, p. 155) reconhece que:

O contraponto entre os aspectos de legalidade e mérito do ato administrativo aparece, sobretudo, no tema do controle jurisdicional da Administração, ao se discutir o alcance desse controle. Menciona-se classicamente que ao Judiciário descabe o exame do mérito dos atos administrativos. Em obras contemporâneas sobre poder discricionário, aponta-se a tendência a considerar que o contraponto legalidade-mérito encontra-se atenuado no momento presente, pela amplitude dos parâmetros do exercício do poder discricionário e pela consideração de bases mais amplas da legalidade.

É em observância a esse movimento, que Fernanda Marinela (2011, p. 277) admite a possibilidade da análise indireta do mérito administrativo pelo Poder Judiciário:

No atual cenário do ordenamento jurídico, reconhece-se a possibilidade de análise pelo Judiciário dos atos administrativos que não obedeçam à lei, bem como daqueles que ofendam princípios constitucionais, tais como: a moralidade, a eficiência, a razoabilidade, a proporcionalidade, além de outros. Dessa forma, o Poder Judiciário poderá, por vias tortas, atingir a conveniência e a oportunidade do ato administrativo discricionário, mas tão somente quando esses forem incompatíveis com o ordenamento vigente, portanto, quando for ilegal.

A doutrinadora (2010, p. 3), em artigo intitulado “Análise sobre o controle judicial de questões subjetivas de concursos públicos”, assim como no excerto acima, admite que o “Poder Judiciário poderá, por vias tortas, atingir a conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário, mas tão-somente quando essa for incompatível com o ordenamento vigente, portanto, quando for ilegal.” Nesse

passo, merece transcrição relevante julgado do TRF da 4ª Região, destacado por Marçal Justen Filho (2011, p. 1116):

1. Após a Constituição de 1988, o Direito Administrativo trilhou novos rumos, flexibilizando-se a antiga lição que vedava ao juiz imiscuir-se no chamado “mérito” do ato administrativo, reservado à área de oportunidade e conveniência, onde imperava a discricionariedade. Evidentemente, não se há que permitir ao julgador substituir-se ao administrador na tomada de decisões entre opções de natureza política. No entanto, hoje já se tem assente que as escolhas políticas não podem divergir das diretrizes constitucionais, às quais está o agente público sempre vinculado, sendo, pois, correta a assertiva de que ausente discricionariedade pura do administrador, facultando-se ao Judiciário o exame da motivação, à luz do interesse público e dos princípios fundamentais ínsitos na Lei Maior (AMS nº 2004.70.00.041297-8/PR, Terceira Turma. Rel. Des. Luiz Carlos de Castro Lugon. *DJU*, 14 mar. 2007).

Feitas as considerações a respeito do controle de legalidade, legitimidade e mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário, utilizando-se dos já mencionados limites impostos ao exercício da competência discricionária, e tendo como contraponto o exercício autônomo e independente da atividade administrativa, é chegado o momento de estabelecer a extensão e os limites do controle judicial do ato administrativo praticado sob a competência discricionária.

#### 4.6 EXTENSÃO E LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL

Pelo já exposto, nada há de surpreendente em que os atos administrativos poderão sofrer controle por parte do Poder Judiciário, haja vista serem expressões de uma competência exercida no atendimento de uma finalidade legal de interesse público, sendo este o justificante do próprio ato, seja no exercício de atos vinculados, seja no exercício de discricionariedade. Há, nos casos de discricionariedade, o dever jurídico da Administração de delimitar, diante do caso concreto, a providência que melhor atenda a finalidade prevista em lei, sob pena de ilegalidade. (MELLO, 2010, p. 77-78). Assim também aduz a doutrina contemporânea:

Para melhor esclarecer as afirmações anteriores, vale ressaltar que o controle da Administração, conforme desenhado no atual ordenamento jurídico, conta com dois pilares: a análise de adequação às normas legais e constitucionais vigentes, o denominado “controle de legalidade em sentido amplo” e a verificação de conveniência e oportunidade da medida exercida. Nessa segunda hipótese, vale lembrar que a conveniência e oportunidade nada mais são do que a discricionariedade do Administrador, a possibilidade de externar seu juízo de valor, de se exercer a liberdade, sempre observando os limites da lei. Tal controle é denominado controle de mérito, cujo foco é o juízo de valor, transformando-se em controle de

legalidade quando se verifica o cumprimento dos parâmetros legais ou constitucionais. Portanto, quando um ato administrativo viola princípios como a razoabilidade, a proporcionalidade, a eficiência, além de outros, a hipótese é de controle de legalidade. Hoje, os princípios constitucionais representam importantes limitadores da liberdade do Administrador. (MARINELA, 2011, p. 13).

Observa-se não haver qualquer impedimento em sujeitar o ato administrativo discricionário, praticado diante de um juízo de conveniência e oportunidade, ao exame jurisdicional de cumprimento dos parâmetros legais e constitucionais vigentes. O controle nada mais faz do que verificar se a medida tomada pelo administrador respeita as fronteiras impostas à discricionariedade, dentro das quais ao administrador é lícito atuar sem que se fale em controle judicial. Entretanto, fora de tais fronteiras, o Judiciário tem o dever-poder de atuar.

Não há invasão do “mérito” do ato por parte do Judiciário quando este analisa atos praticados a título de discricção, a fim de se verificar se se contiveram no campo onde são inelimináveis as dúvidas sobre a melhor providência ou se foi extravasada esta esfera e excedido, destarte, o espaço em que a discricionariedade teria de se conter. O controle dos atos praticados no exercício de competência que comporte alguma discricção se faz sobretudo pela análise dos fins, do motivo, da causa e da motivação do ato, além de se aferir sua observância aos princípios gerais do Direito. (MELLO, 2010, p. 78).

Assim, qualquer discricção que não respeite os princípios aplicáveis à Administração Pública, que não observe os elementos do ato administrativo (competência, finalidade, motivo, causa, motivação, objeto), que não observe o Direito de uma maneira geral, não apenas de uma perspectiva abstrata, mas sobremaneira à vista das circunstâncias fáticas, implicará a presença de um vício, de uma ilegalidade, cabendo sindicabilidade por parte do Poder Judiciário.

O Judiciário necessita abster-se de atitude excessivamente cautelosa ou contida, pelo receio de invadir o mérito do ato. Sendo sua prova difícil, o vício será surpreendido por indícios e circunstâncias que revelem a distorção do fim legal, os quais serão captados nos antecedentes do ato, nas circunstâncias precedentes ou contemporâneas dele, na investigação da proporcionalidade dos motivos, da coerência de sua motivação, da razoabilidade da medida e até mesmo em fatores concernentes aos comportamentos progressos da autoridade que o expediu. A conclusão será determinada por um “feixe de indícios convergentes”, capazes de levar o Judiciário a uma “convicção moral” sobre o extravio do ato em relação ao fim legal. (MELLO, 2010, p. 78).

Em consonância com o exposto, é de essencial importância a transcrição de excerto da decisão em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental –



ADPF 45, extraído da doutrina de Fernanda Marinela (2011, p. 988), tendo em vista sua repercussão na celeuma acerca do controle da Administração:

[...] 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 irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário [...]. Trecho da ementa da ADPF 45 MC/DF, STF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento: 04.05.2004, DJ: 04.05.2004.

Verifica-se que a liberdade de atuação do administrador, nos termos da dicção legal, pode ir de encontro às circunstâncias fáticas presentes no momento da emissão do ato, circunstâncias as quais não foram delineadas ou previstas pelo legislador. Assim, a mesma impossibilidade de previsão do legislador a respeito das inúmeras peculiaridades do caso concreto quando da emissão do ato, a qual justifica as normas discricionárias, autorizará o controlador do ato, o poder judiciário, a apreciar a regularidade do ato à vista dos dados objetivos que fundamentam o comportamento adotado, pugnano pela validade ou invalidade. (ARAÚJO, 2005, p. 117).

E isso será possível porque o ato se acha vinculado a uma regra de direito que pede um só e, pois, o melhor comportamento possível. E se não determina qual este comportamento nos casos concretos, é porque à sua natureza são intrínsecas a abstração e a generalidade, deixando ao seu aplicador o reconhecimento da melhor oportunidade e maneira de sua concretização e individualização. (ARAÚJO, 2005, p. 117).

É de toda evidência que deverá estar presente uma relação de adequação lógica entre uma dada circunstância fática e o conteúdo apto a cumprir a finalidade legal. Advém disso a necessidade de motivação dos atos administrativos, expondo a Administração as razões as quais sustentaram a prática do ato, revelando idoneidade ou não perante o Direito. Verificada a conformação do ato ou a impossibilidade de aferir o desbordamento dos limites do direito, prevalecerá o juízo administrativo, não cabendo ao judiciário substituir a intelecção do administrador. (MELLO, 2010, p. 79). Porém, deve-se concluir que:

Sempre caberá ao juiz verificar se a apreciação administrativa se manteve dentro dos limites do razoável e se não houve, em face das particularidades do caso concreto, aplicação dilatada ou abusiva do âmbito significativo do conceito legal. Ocorrendo tal vício, caberá ao Judiciário invalidar o comportamento administrativo. (MELLO, 2010, p. 79).

Assim, a partir de todo o exposto, verifica-se um dever-poder do órgão judicial em controlar os atos administrativos. Seja diante da competência vinculada, o que se mostra óbvio, seja na prática da competência discricionária, apreciando o mérito administrativo. Ao apreciar o suposto juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo administrador, sob a ótica do direito, tendo por parâmetros os princípios aplicáveis à Administração, os pressupostos legais, os elementos do ato administrativo e as circunstâncias fáticas aplicáveis ao caso, não estará o Poder Judiciário, de forma alguma, substituindo o administrador público. Nesse caso, analisará se o exercício da discricção observou esses balizadores do direito contemporâneo.

A sindicabilidade jurisdicional, desenvolvida segundo a técnica exposta, não importa absolutamente numa reavaliação do mérito, como pode parecer aos que se aferram a conceitos doutrinários ultrapassados, mas na verificação de sua conformidade a limites. O judiciário não examinará o mérito senão no necessário para nele identificar uma eventual exorbitância [...].

[...] O aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito não se atinge com a defesa anacrônica de prerrogativas de poder que medram e se homiziam em zonas de incerteza jurídica, mas com avanços nos espaços ensolarados da sindicabilidade e da responsabilidade, que haverão de nos proporcionar as teorias que evoluem, transitam e porfiam nos debates forenses e doutrinários. (MOREIRA NETO, 2001, p. 85-86).

Atuará, o Poder Judiciário, legitimado pelo controle que é inerente às suas atribuições, dentro de seus limites. Portanto, não há se falar em afronta ao princípio da separação dos poderes, haja vista atuar o juízo no estrito exercício de competência constitucional, perquirindo a respeito de lesão ou ameaça de lesão a direito. É preciso salientar que a previsão legal de discricção não quer significar o afastamento de parâmetros ínsitos ao ordenamento próprio, caracterizadores de atual estágio do Estado Democrático de Direito.

## 5. CONCLUSÃO

A partir de todo o exposto, depois de pormenorizada análise dos pontos previstos para a consecução dos objetivos propostos à presente pesquisa, cujo termo inicial deu-se com o estudo do ato administrativo, perpassou a discricionariedade e teve como termo final o controle judicial do ato administrativo discricionário, não resta dúvida de que a análise jurisdicional do mérito, cujo parâmetro seja o direito, é exercício de regular competência constitucional.

O ato administrativo, atividade atinente à Administração Pública realizada no âmbito do Direito Administrativo, foi analisado sob a égide do desenvolvimento contemporâneo do Estado Democrático de Direito, o qual sujeita todas as funções estatais ao ordenamento jurídico pátrio. Esse atual cenário evidencia bases mais amplas da análise de legalidade, abrangendo, além de disposições legais, valores e princípios.

Sendo assim, o exercício de competência discricionária deve observar, por ocasião da formação dos variados elementos do ato administrativo, tendo em vista a presença de pressupostos legais autorizativos, os limites dentro dos quais o juízo de conveniência e oportunidade deve estar contido. Torna-se evidente, desse modo, a relatividade da discricionariedade administrativa, uma vez balizada pelo Direito. Não somente pelo Direito em abstratamente aplicável, mas sobremaneira pelas circunstâncias fáticas verificáveis à época da prática do ato.

Esses são limites que, quando transbordados, nada obstante o exercício tenha ocorrido diante de um suposto juízo de conveniência e oportunidade, viciam o ato, eivando-os de invalidade. Dessarte, ainda que a discricção seja resultado de um escopo preordenado legalmente, deve o ato ajustar-se a um específico interesse público. O administrador tem o dever-poder de diligenciar, diante do caso concreto, pelo preciso atendimento da finalidade legal, buscando a providência que mais se harmoniza com os princípios e regras ao fato aplicáveis.

É nesse momento que se apresenta o controle judicial como garantia do administrado, prerrogativa inerente a um sistema de freios e contrapesos, concretização do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Posto isso, qualquer providência que extravase as balizas jurídicas atinentes ao fato, pronunciando aplicabilidade abusiva, desarrazoada, imoral ou

qualquer outra contrária ao Direito, é ilegal e sofrerá as consequências próprias do crivo jurisdicional.

Portanto, a extensão e limites do controle judicial estão diretamente condicionados às balizas fáticas e jurídicas presentes por ocasião da prática do ato administrativo discricionário, sendo esses os contornos os quais delimitarão o proceder jurisdicional.

É nesse espaço que, acreditar abstratamente e *a priori* que o controle judicial acerca do mérito é uma afronta ao princípio da separação dos poderes, é olvidar-se que o juízo administrativo deve respeitar os limites impostos pelo dever de boa administração, decorrência lógica do contemporâneo cenário do Estado Democrático de Direito, conferindo real proteção aos administrados.

Para que se confira real proteção aos direitos constitucionalmente protegidos, mostra-se indispensável a investigação da discricionariedade administrativa, abstendo-se o judiciário de fulminar o ato quando legítimo, mas não titubeando em coibi-lo quando desborde os limites de Direito verificáveis nas circunstâncias fáticas da prática do ato.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 16ª ed. São Paulo: Método, 2008. 742 p.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 99-125.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. 1177 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. 876 p.

\_\_\_\_\_. **DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 2ª ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2001. 244 P.**

FOLLONI, André Parmo. **Teoria do ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 2006. 137 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**, v.3. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 726 p.

HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das nulidades do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 318 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 1308 p.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1196 p.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 288 p.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. 1106 p.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 460 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 1032 p.

\_\_\_\_\_. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. 02 tir. São Paulo: Malheiros, 2010. 390 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. 405 p.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. 944 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 102 p.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2011. 927 p.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 184 p.

SICCA, Gerson dos Santos. **Discricionariedade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação**. Curitiba: Juruá, 2006. 307 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 923 p.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **Discricionariedade administrativa: ação de improbidade e controle principiológico**. Curitiba: Juruá, 2004. 259 p.