

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CAMPUS UNIVERSITÁRIO VALE DO CAÍ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARCOS ANTONIO GRINGS

**O ATO ADMINISTRATIVO DE REMOÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO: UMA
ANÁLISE A PARTIR DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**SÃO SEBASTIÃO DO CAÍ - RS
2022**

MARCOS ANTONIO GRINGS

**O ATO ADMINISTRATIVO DE REMOÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO: UMA
ANÁLISE A PARTIR DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Curso de Direito da Universidade de Caxias do Sul - Campus Universitário do Vale do Caí, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Nivaldo Comin

**SÃO SEBASTIÃO DO CAÍ - RS
2022**

MARCOS ANTONIO GRINGS

O ATO ADMINISTRATIVO DE REMOÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Curso de Direito da Universidade de Caxias do Sul - Campus Universitário do Vale do Caí, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Nivaldo Comin

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Ms. Nivaldo Comin

Universidade de Caxias do Sul

Professor (a):

Universidade de Caxias do Sul – UCS

Professor (a):

Universidade de Caxias do Sul – UCS

AGRADECIMENTOS

A Deus pela minha vida, e por me permitir ultrapassar todos os obstáculos encontrados ao longo da realização deste trabalho.

Aos meus pais Elgon Jacó Grings e Cecília Maria Lorenz Grings (in memoriam) e irmãos Mara, Luciano, Márcio e Miguel, que me incentivaram nos momentos difíceis e compreenderam a minha ausência enquanto eu me dedicava à realização deste trabalho.

Aos professores, pelas correções e ensinamentos que me permitiram apresentar um melhor desempenho no meu processo de formação profissional ao longo do curso.

Ao professor Ms. Nivaldo Comin, por ter sido meu orientador e ter desempenhado tal função com dedicação e amizade.

A todos aqueles que contribuíram de alguma forma, para a realização deste trabalho.

Aos meus colegas de turma, por compartilharem comigo tantos momentos de descobertas e aprendizado e por todo o companheirismo ao longo deste percurso.

À instituição de ensino UCS, essencial no meu processo de formação profissional, pela dedicação, e por tudo o que aprendi ao longo dos anos do curso.

RESUMO

O presente trabalho, por meio do uso da metodologia de trabalho científico dedutivo, ante a pesquisa em doutrinas, legislações, jurisprudências, pertinentes ao tema, possui por objetivo geral analisar a Remoção do Servidor Público, como ato administrativo discricionário, a partir dos princípios da administração pública. Para tanto, como objetivos específicos buscar-se-á estudar a Administração Pública brasileira e sua evolução; conceituar ato administrativo discricionário e vinculado e seus elementos; compreender como o administrador deve atuar nos casos de remoção de servidor público; evidenciar os casos de ilegalidade de remoção do servidor público; verificar os casos em que é possível a intervenção do Poder Judiciário na revisão de atos administrativos. Este estudo se justifica ante sua relevância jurídica e acadêmica, pois, a prestação de serviço público é presente na vida de todos os administrados, nesse sentido é de grande importância que o administrador público obedeça aos princípios e mandamentos legais, a fim de basear sua conduta na ética exigida de quem lida com o erário público. Assim, situações nas quais a remoção do servidor pode não atender ao interesse público, e ter motivos ocultos, ferem a legalidade do ato, motivo pelo qual devem ser anulados.

Palavras - Chave: Administração Pública. Desvio de Finalidade. Remoção. Discricionariedade Administrativa. Princípios da Administração Pública.

ABSTRACT

The present work, using the methodology of deductive scientific work, before the research in doctrines, legislations, jurisprudence, pertinent to the subject, has as general objective to analyze the removal of the public servant, as a discretionary administrative act, from the principles of public administration. Therefore, as specific objectives, we will seek to study the Brazilian Public Administration and its evolution; conceptualize a discretionary and binding administrative act and its elements; understand how the administrator should act in cases of removal of a public servant; highlight cases of illegal removal of public servants; verify the cases in which it is possible for the Judiciary to intervene in the review of administrative acts. This study is justified by its legal and academic relevance, since the provision of public service is present in the lives of all those administered, in this sense it is of great importance that the public administrator obeys the legal principles and commandments, to base his conduct in the ethics required of those who deal with the public purse. Thus, situations in which the removal of the server may not serve the public interest, and have ulterior motives, violate the legality of the act, which is why they must be annulled.

Keywords: Public administration. Diversion of Purpose. Removal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA	10
2.1 DOS ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS	10
2.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	20
2.2.1 Princípios expressos.....	23
2.2.2 Princípios implícitos	28
3 ATO ADMINISTRATIVO	33
3.1 CONCEITO E DEFINIÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO	33
3.2 REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO	36
3.2.1 Competência para o Ato Administrativo	37
3.2.2 Finalidade do Ato Administrativo	38
3.2.3 Motivo do Ato Administrativo	40
3.2.4 Forma do Ato Administrativo	42
3.2.5 Objeto do Ato Administrativo	44
3.3 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO	45
3.3.1 Mérito e legalidade	48
3.3.2 Mérito e discricionariedade	49
3.4 ATO VINCULADO E ATO DISCRICIONÁRIO	49
3.4.1 Discricionariedade e arbitrariedade	52
4 O ATO ADMINISTRATIVO DE REMOÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO: DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	54
4.1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A DISCRICIONARIEDADE	54
4.2 CONTROLE E SEPARAÇÃO DOS PODERES	55
4.3 EXTENSÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL	57
4.4 CONTROLE ATRAVÉS DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	58

4.5 O CONTROLE REALIZADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA.....	60
4.6 TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.....	62
4.7 TEORIA DO DESVIO DE PODER OU DESVIO DE FINALIDADE.....	63
5 CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública, quando no exercício de sua atividade típica, pratica uma série de atos que buscam satisfazer as necessidades públicas. Tal atividade é concretizada por meio do ato administrativo que pode ser vinculado à estrita disposição legal ou pode conter uma carga de discricionariedade conferida pela lei, ao agente público. Diante disso, busca-se a resposta para o ato administrativo de remoção do servidor público, desde que seja verificada a existência de conveniência e a discricionariedade dentro das hipóteses legais.

Este trabalho visa analisar a remoção do servidor público, como ato administrativo discricionário, a partir dos princípios da administração pública, bem como, colher informações a respeito das formas pelas quais o Poder Judiciário controla a discricionariedade administrativa.

A indispensabilidade do controle dos atos da Administração Pública é um tema muito discutido no Direito Administrativo. Conforme aborda Bacellar Filho (2008) dispõe que o controle dos atos administrativos surge como um dos mais preciosos valores políticos desde a Revolução Francesa, representando uma das principais características do Estado de Direito. Nesse modelo de Estado, é necessário que a atuação administrativa seja, a todo momento, embasada na existência de anterior previsão legal que permita a produção do ato administrativo, mesmo que discricionário.

A subordinação da Administração Pública aos ditames da lei é esclarecida pelo princípio da legalidade, instituto essencial para atividade administrativa num Estado Democrático de Direito. Contudo, no desenvolvimento do presente trabalho, será entendido que mencionado princípio deve ser enxergado de uma maneira ampla, de forma que a administração pública não fique subordinada somente à lei, mas também a todo ordenamento jurídico, inclusive aos princípios constitucionais administrativos.

Inicialmente, para que seja exequível o controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos produzidos a partir da competência discricionária do administrador, é imprescindível que se tenha como ponto de partida o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Partindo desse dispositivo é que se compreende que há legitimidade do Judiciário em interferir na atividade administrativa, ainda que discricionária, para a proteção de lesão ou ameaça a direito.

Todavia, veremos que o Poder Judiciário não possui legitimidade para controlar toda e qualquer atuação da Administração Pública, nem mesmo todo e qualquer ato administrativo.

Há uma limitação que o juiz, quando no exercício de sua função controladora, não pode ultrapassar, sob pena de ferir o princípio constitucional da separação dos poderes.

Tendo em vista que se trata de um tema extenso e complexo, é de suma importância salientar que este trabalho não visa esgotá-lo, porque se trata de um assunto que já abordado pela doutrina.

Sendo assim, para o desenvolvimento do presente tema, no primeiro capítulo será feita uma análise dos principais aspectos históricos e evolutivos da Administração Pública brasileira, a fim de demonstrar o quanto tal evolução foi essencial para a constituição do atual molde jurídico administrativo do país.

Posteriormente, no segundo capítulo, analisar-se-á o ato administrativo em si, apresentando seu conceito, seus elementos e estudando a existência ou não da discricionariedade administrativa em cada um deles, a partir das divergências doutrinárias existentes.

Finalmente, no terceiro capítulo, abordar-se-á questão referente ao controle jurisdicional do ato administrativo emitido no exercício da função discricionária da Administração Pública. Nesse ponto, será explicado a importância da separação dos poderes para o tema, a extensão e os limites desse controle e a possibilidade de controle através dos princípios constitucionais da Administração Pública, da possibilidade que a própria Administração possui de também controlar seus próprios atos e das técnicas utilizadas pela doutrina, advindas da teoria do desvio de poder e da teoria dos motivos determinantes, utilizando-se das diversas posições doutrinárias concernentes ao tema.

Por fim, este estudo se justifica ante sua relevância jurídica e acadêmica, pois a prestação de serviço público está presente na vida de todos os administrados, nesse sentido é de grande importância que o administrador público obedeça aos princípios e mandamentos legais, a fim de basear sua conduta na ética exigida de quem lida com o erário público.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A fim de se compreender um pouco mais sobre o atual status da Administração Pública brasileira, importante se faz entender os principais pontos de sua evolução, que foi essencial para o atual molde jurídico administrativo do país.

Para tanto, nesse momento da pesquisa, será abordado os principais aspectos históricos e conceituais da Administração Pública, o que será de suma importância para o deslinde do tema desta pesquisa.

2.1 DOS ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

A evolução do direito administrativo percorreu toda a história desde seus primórdios até início do período da história chamado de Estado Moderno. Tal conclusão, entretanto, não afasta a ideia de que em épocas anteriores já existisse o que chamamos de “administração pública”, porque havendo a figura do Estado, deve haver órgão ou órgãos incumbidos do exercício das funções administrativas.

Para Pietro (2011, p. 22), a Administração, tanto no sentido subjetivo, quanto no sentido objetivo estruturou-se na fase do Estado de Direito, tendo como base o princípio da separação de poderes, cuja distinção entre as três funções do Estado limitou o exercício do poder, proclamando e garantindo os direitos fundamentais do homem, dentre eles, a liberdade e a igualdade.

Nesse sentido, a partir da Revolução Francesa é que o Estado de Direito se consolidou e só nesse momento que se começou a delimitar normas que organizariam a Administração Pública, retirando a aplicação do direito privado das relações jurídicas em que o Estado participa.

O Direito Administrativo no Brasil iniciou após a sua colonização, com a instauração da legislação portuguesa no território brasileiro, não existindo no Brasil qualquer doutrina referente ao ramo, apenas o Direito português. Neste período, a atividade administrativa não era como na atualidade e nem tinha as divisões vistas hoje, existia apenas para questões de segurança pública e tributária, esta última sendo uma das atividades mais destacadas e era aplicada com bastante rigor em sua execução.

Durante o período Imperial havia poucas atividades administrativas, conseqüentemente poucas leis relativas à Administração Pública, influência esta do direito francês, com a introdução do Conselho de Estado e o sistema Contencioso Administrativo, já

que naquela época o Brasil só tinha funções consultivas que permaneceram em vigor até a queda do império.

Pietro (2011, p. 42) afirma que “já no período imperial, criou-se a cadeira de Direito Administrativo nos cursos jurídicos, instalada em 1856, na Faculdade de Direito de São Paulo e regida por José Antônio Joaquim Ribas”. Logo após esse período, a Constituição Federal de 1891 foi bastante liberal e individualista. Esse novo ordenamento foi fortemente influenciado pela constituição americana, que estabelecia um sistema de jurisdição semelhante ao anglo-americano, ou seja, os processos administrativos poderiam passar pelo Poder Judiciário e pela Justiça Comum. Devido a isto, vigorava o princípio da vinculação negativa, segundo o qual a Administração Pública tinha a permissão de fazer tudo que não estava proibido na lei.

Após a promulgação da Constituição de 1934, a Administração Pública, que possuía caráter social, passou a exercer atividades em áreas que ainda não haviam entrado em seu campo de atuação, como saúde, educação, transporte, habitação, dentre outras. Além disso, adotou o princípio da legalidade, que estipulava apenas o disposto na lei devendo ser seguido.

Como resultado, o número de instituições e pessoas jurídicas de direito público, aumentou, ampliando assim o âmbito administrativo. Além disso, mais leis foram promulgadas para reger a Administração Pública e houve uma intensificação dos trabalhos da doutrina. Logo, houve uma interferência maior do Estado na vida social, passando a assumir tarefas que eram tratadas antes por particulares. Os direitos de segunda geração são o fruto da sociedade industrial, a crescente industrialização, conforme Sarlet (2011), gerou graves problemas sociais. As lutas do proletariado passam a exigir do estado prestações sociais, como assistência social, saúde, educação, trabalho e etc. (SARLET, 2011).

Agora o Estado não deve se abster de tomar iniciativa, mas sim interferir diretamente para que os direitos sociais, econômicos e culturais se efetivem. O bem-estar social era exigido do Estado, que já não poderia ser considerado um fim em si mesmo, mas sim um meio para a efetivação da justiça social:

Diante da pressão exercida pelo marxismo, pelo socialismo utópico e pela doutrina social da Igreja, aliado ao gradativo aumento da representatividade dos trabalhadores – forjada em um momento histórico de extensão do direito de sufrágio, o que fez cair a hegemonia burguesa no Parlamento –, bem assim à vista da eclosão da Revolução Russa (1917), ficou cada vez mais evidente a necessidade de profundas reformulações no constitucionalismo liberal. A missão: dissipar a "perigosa" nuvem revolucionária que o circundava. Além desse relevante fator social, também havia um especialíssimo fator econômico que aprofundava a tese de urgentes mudanças estruturais no perfil do Estado: a ampla liberdade do mercado havia produzido imbatíveis monopólios e fortes oligopólios, ambos extremamente nocivos à livre concorrência – o coração do capitalismo. Sob essa lente, a intervenção estatal, quanto aos que detinham o poder (e o dinheiro!), era muito mais que uma opção estratégica; era uma questão de vida ou morte (MARANHÃO, 2009, p. 5).

Estes direitos sociais, como obrigação do Estado, passaram a ser positivados nas Constituições conhecidas como sociais. A Constituição de Weimar, de 1919, bem como a Constituição Mexicana de 1917 trouxeram esses novos direitos para a população.

Desde então, durante o período democrático de 1946 a 1964 e após as duas ditaduras (1937-1945 e 1964-1985), o Direito Administrativo Brasileiro passou por diversas alterações em decorrência da instauração de uma nova ordem. A promulgação da Constituição Federal de 1988 ampliou, fortaleceu e intensificou o âmbito e as normas da Administração. A partir da sua promulgação o Brasil tornou-se um Estado Democrático de Direito, tendo toda atuação estatal pautada na Lei, em razão da legalidade garantida pelo Estado de Direito.

Atualmente o Direito Administrativo brasileiro se baseia nos “Princípios”, que fundamentam as normas de forma a orientar, organizar e direcionar a gestão da administração pública mais precisamente a Constituição Federal de 1988. De acordo com o art. 37, caput, que discorre com clareza sobre elas, tem que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Ademais, como afirma Mello (2004, p. 451):

O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Segundo Pietro (2011, p. 190), ato administrativo é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Público.

No Brasil, a teoria do órgão é usada para representar a prática dos atos administrativos por pessoas físicas que agem em nome do Estado, entretanto aquilo que

fazemos, dia a dia, pode ser chamado de atos. Certos atos, em particular, produzem efeitos jurídicos, ou seja, têm grande interesse ao estudo do Direito.

Os atos jurídicos são sempre a personificação da vontade humana, são atos administrativos gerados unilateralmente pela administração pública no exercício das funções, segundo as regras do ordenamento jurídico administrativo. Essas são ações superiores aos interesses privados àqueles advindos da vontade da Administração Pública na sua função própria, com supremacia perante o particular, de acordo com as regras do regime jurídico administrativo, de forma unilateral.

Contudo, segundo Marinela (2014), como os órgãos públicos, enquanto pessoas jurídicas, não possuem vontade própria, necessário é que certas pessoas físicas, investidas de poder jurídico, pratiquem os atos em nome da Administração Pública.

Todavia, embora os administradores tenham conveniências e oportunidades na apreciação de atos administrativos, deve-se salientar que o exercício desta liberdade está condicionado à observância dos limites legalmente impostos.

Entretanto, cabe ressaltar que segundo Pietro (2011, p. 221), “o Direito Civil faz distinção entre fato e ato; o primeiro é imputável ao homem; o segundo decorre de acontecimentos naturais, que independem do homem ou que dele dependem apenas indiretamente.”. Assim, ato é toda e qualquer ação imputada ao homem e fato é todo acontecimento que independe da ação humana, ou seja, ocorre naturalmente.

Cabe conceituar cada um dos elementos supramencionados, a começar pela competência ou sujeito, o qual, segundo ensinamento de Pietro (2011, p. 205), “é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato.”. Portanto, de acordo com o ordenamento jurídico, o sujeito do ato administrativo é o autor competente para a promoção do ato, qualificado para promover a ação.

A forma é o revestimento externo do ato, sua exteriorização a partir da análise da doutrina, mas existem duas maneiras diferentes de definir a forma como elemento do ato administrativo, conforme conceitua (MEIRELLES; FILHO, 2016). Nesse sentido é o entendimento de Pietro (2011, p. 192), sendo que leciona que:

Encontram-se na doutrina duas concepções de forma como elemento do ato administrativo: 1. uma concepção restrita, que considera forma como a exteriorização do ato, ou seja, o modo pelo qual a declaração se exterioriza; nesse sentido, fala-se que o ato pode ter a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução, etc. 2. uma concepção ampla, que inclui no conceito de forma, não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato.

Assim, por meio de conceitos estreitos e amplos, podemos conceituar a forma como sendo o revestimento externo do ato que deve observar certas formalidades legais, como a publicidade, no momento da declaração de vontade da Administração Pública.

Por terceiro, sob o ensinamento de Meirelles e Filho (2016, p. 173), “o objeto identifica-se como o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações pré-existentes”, sendo que nada mais é do que o efeito jurídico que o ato produz.

Conceitua Pietro (2011, p. 20) que o motivo como elemento do ato administrativo corresponde aos pressupostos de fato e de direito que determinam ou autorizam a edição do ato administrativo e por último, mas não menos importante, a autora traz o entendimento que a finalidade é o resultado que a Administração Pública quer alcançar com a promoção do ato administrativo.

Portanto, cabe destacar que a ausência e a não convergência desses elementos significa que o ato administrativo não se aperfeiçoe e é ineficaz para produzir efeitos válidos. Desta forma, para que o ato administrativo tenha eficácia jurídica, deve estar revestido de todos os seus elementos, sendo que a ausência de um deles pode gerar a sua nulidade em razão do seu vício insanável.

A Administração Pública é a instância executiva do Poder Público que trata diretamente com seus administrados, regida pelos princípios constitucionais, sendo que sua atuação enseja na decisão de diversos casos diariamente. Desse modo, os atos vinculados e discricionários permeiam toda a atividade administrativa, sendo esse um processo dinâmico que visa a persecução dos anseios daqueles que buscam a Administração Pública. Nesse sentido, a atividade administrativa trata dos mais diversos casos, desde requerimentos simples em uma Prefeitura, por exemplo, até concessões de benefícios previdenciários e distribuição de cargos públicos. Por ser de amplo espectro, tem-se como característica da Administração, o dinamismo, nas palavras de (MAFFINI, 2009, p. 9):

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.

O dinamismo, portanto, tem como objetivo não fornecer ao público uma atividade estanque, sem margem de manobra para que o administrador possa oferecer uma resposta adequada para o administrado. Um dos aspectos que permite esse dinamismo da Administração Pública é o poder discricionário.

Em regra, a Administração Pública, de acordo com o princípio da legalidade, somente pode fazer aquilo que a lei permite. Assim, nenhum órgão estatal pode realizar atos não previstos ou não autorizados. O ato administrativo discricionário é a atividade administrativa que “a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito” (PIETRO, 2011, p. 62).

Segundo Mello (2009, p. 955), diferentemente do ato administrativo vinculado – que não permite qualquer liberdade ao administrador – a atividade discricionária concede certa margem de decisão ao indivíduo, já que:

[...] fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.

A liberdade concedida ao administrador, através da discricionariedade, não é ilimitada, ela somente pode ser utilizada quando prevista pela lei. Com o advento da Constituição de 1988, a discricionariedade tomou contornos constitucionais.

O Estado Democrático de Direito tem como base a efetivação dos direitos fundamentais. Deste modo, o processo de constitucionalização atingiu todas as leis infraconstitucionais, incluindo o Direito Administrativo. Nesse sentido, qualquer ato da Administração Pública deverá se reportar, primeiramente, à Constituição, antes mesmo da legislação que está vinculada ao ato a ser realizado. Assim nos ensina Binbenbojm (2006, p. 37):

Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo, devendo assim atender à ideia de juridicidade administrativa (i) onde a atividade administrativa, via de regra, obedece à lei quando esta for constitucional; (ii) ou podendo encontrar fundamento direto na constituição, independente ou para além da lei; (iii) ou ainda legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais.

Ressalta-se, portanto, o valor da Constituição dentro da discricionariedade do administrador. Sua decisão, de acordo com a oportunidade e conveniência, deverá englobar os princípios constitucionais. Assim, “estreita a relação entre a Constituição e a administração pública, permitindo uma vinculação não apenas à legalidade, mas à juridicidade administrativa.” (PELISSER, 2017, p. 9).

Neste sentido, devem ser observados requisitos práticos no ato administrativo de remoção, para que sua execução seja idônea. O Superior Tribunal de Justiça no Mandado de Segurança nº 8519/DF¹ já se manifestou no sentido de que na remoção *ex officio*, é preciso a fundamentação no interesse público, e ser realizada por autoridade competente.

A atividade da Administração Pública, sendo essa vinculada ou discricionária, sempre estará atrelada ao princípio da legalidade. Além disso, existe a limitação constitucional, estando o administrador sujeito à juridicidade administrativa, restringindo seu campo de discricionariedade. Isso não significa que o administrador tenha menos opções, apenas que sua atuação se dará conforme os ditames constitucionais, preservando sempre, os direitos fundamentais.

A atuação do administrador que desrespeite a lei ou a Constituição, estará sujeita ao controle judicial do seu ato. Essa revisão do ato administrativo será realizada pelo Poder Judiciário, nos termos em que preleciona Mello (2006, p. 879-880):

¹ MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. REMOÇÃO. DESIGNAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. IBAMA. INSS. PROCURADORIA-GERAL FEDERAL. ACRE. ESPÍRITO SANTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI ELEITORAL. DECISÃO JUDICIAL. 1 – A remoção *ex officio*, fundada no interesse do serviço, determinada por autoridade competente, que mantém o servidor dentro do mesmo quadro, constitui ato administrativo perfeito. A concordância do interessado não é elemento do ato e sua inexistência não viola os dispositivos da Lei que regula o processo administrativo (Lei 9.784/99). 2. A remoção levada a efeito e publicada a mais de três meses antes das eleições não fere o art. 73 da LEI 9.504/97. 3 – (...) 6 – Segurança denegada. (MS nº 8519/DF, Terceira Seção – STJ, rel. Min. Paulo Medina, em XXXXX-3-2004).

No Estado de Direito, a Administração Pública sujeita-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 sujeitada. 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.

O âmbito de atuação do controle judicial dos atos administrativos é aplicado ao Poder Executivo, Poder Legislativo e até mesmo ao Poder Judiciário, quando este realiza atividades administrativas. Se aplicando a todos os poderes, quando cabível, o controle judicial não é realizado apenas no exercício de funções típicas, agindo na defesa de direitos individuais e coletivos (PIETRO, 2011, p. 735).

O controle judicial, além de intimamente ligado com o princípio da legalidade, deriva também do princípio da inafastabilidade da jurisdição, disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que determina sua proteção “sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça de lesão” (BRASIL, 1988).

Ademais, estabelece a súmula 473 do STF que “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”.

De acordo com Pietro (2011, p. 735), o controle judicial junto com o princípio da legalidade, é um dos fundamentos do Estado de Direito. A Administração Pública, sujeitando-se à lei, deve ter seus atos controlados por outro órgão, que garanta a imparcialidade da decisão, sob pena de atos inválidos ou ilícitos se prorrogarem no tempo.

O Brasil adotou o sistema de jurisdição una (sistema de jurisdição ordinária), assim o Poder Judiciário possui o monopólio da jurisdição. É ele quem, em última e única instância, decide sobre lesão ou ameaça a direito (PIETRO, 2011, p. 738). Para acessar o Poder Judiciário, o administrado pode se valer de ações previstas em leis, bem como dos remédios constitucionais.

A submissão de certos atos ao controle judicial é incontroversa, contudo, se debate acerca da delimitação do seu alcance. De acordo com Medauar (2012, p. 348), existem duas tendências, sendo a primeira delas o alcance restrito do controle judicial sobre a Administração Pública. Essa teoria se fundamenta na separação dos poderes, sobre a qual o

Poder Judiciário não pode intervir nas decisões do Poder Executivo, além de os administradores estarem defendendo o interesse público, já que possuem um mandato eletivo.

Já o controle judicial sobre os atos da Administração Pública, se torna viável de acordo com a teoria do desvio do poder e a teoria dos motivos determinantes, que serão pormenorizados posteriormente. O controle pelo Poder Judiciário será realizado no momento em que for ultrapassado o limite da discricionariedade. Vejamos a lição de Pietro (2011, p. 263):

Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este ao definir determinado ato, internacionalmente dedica um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto.

Diante disso, os limites impostos pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional possibilitam o controle judicial da discricionariedade administrativa, de forma que os atos administrativos ilegais possam ser revisados judicialmente à luz das teorias de controle.

O motivo é um dos elementos do ato administrativo, é “o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo.” (PIETRO, 2015, p. 253). A exposição dos motivos do ato, denominada motivação, é necessária para a formação do ato, devendo ser contemporânea ou anterior à prática do referido, na posição de Mello e Pietro.

Nesse sentido, autoridade administrativa deve explicar sua motivação, pontuando o dispositivo legal correspondente (pressuposto de direito), o conjunto de fatos que levou a administração a praticar o ato (pressuposto de fato), bem como, enunciar a relação entre o conjunto de fatos ocorridos e o ato.

Por sua vez, a Teoria dos Motivos Determinantes é utilizada no controle da motivação dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Para essa, a validade do ato depende da veracidade dos motivos apresentados pelo agente administrativo, conforme nos ensina Mello (2009, p. 398):

De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de "motivos de fato" falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.

O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento sobre a aplicação da teoria em controle de legalidade realizado pelo Poder Judiciário, possibilitando a declaração de nulidade do ato administrativo se verificada falsidade ou inexistência de motivo, nos termos da Súmula 473:

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.

Portanto, pontua-se que restou consolidada a aplicação da teoria dos motivos determinante no controle dos atos administrativos discricionários, bem como, que “vem sendo exigida a motivação dos atos administrativos para que seja auferido seu controle judicial no caso concreto.” (PELISSER, 2017, p. 14).

A principiologia é um elemento importante para o Estado Democrático de Direito, visto que marca presença constante na Constituição Federal. Esses princípios permeiam todas as áreas do direito, e no Direito Administrativo servem como norte para as decisões dos administradores, bem como para o controle judicial dos atos administrativos, servindo de parâmetro para o julgamento.

O Supremo Tribunal Federal se utiliza dos princípios em suas decisões, visto que, como guardião da Constituição, deve adequar o ordenamento conforme aquela. O Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.699, traz em destaque o artigo 37 da CF:

O artigo 37 da Constituição [...] tornou o Direito maior do que a lei ao fazer da legalidade um elo, o primeiro elo de uma corrente de juridicidade que ainda incorpora a publicidade, a impessoalidade, a moralidade, a eficiência. Ou seja, já não basta ao administrador aplicar a lei, é preciso que o faça publicamente, impessoalmente, eficientemente, moralmente. Vale dizer: a lei é um dos conteúdos desse continente que trata o artigo 37. Então, se tivéssemos que atualizar o conceito de Seabra Fagundes, adaptando-o à nova sistemática constitucional, diríamos o seguinte: administrar é aplicar o Direito de ofício, não só a lei (MINAS GERAIS, [s.I]).

A discricionariedade do administrador, portanto, pode chegar até onde os princípios permitem. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF, foi tratado como os limites devem ser utilizados pela Administração Pública:

Conforme a doutrina contemporânea tem salientado, mesmo nos casos em que há competência discricionária deve o administrador público decidir observando a principiologia constitucional, em especial os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). Por essa via informada pela força normativa da Constituição e pelo ideário pós-positivista, o conteúdo dos princípios constitucionais serve de instrumento para o controle da Administração Pública, que, como componente da estrutura do Estado, não pode se furtar à observância do texto constitucional (BRASIL, 2015).

O Supremo Tribunal Federal traz a principiologia em diversas decisões, demonstrando a importância da aplicação no Poder Executivo, para que seus atos não necessitem dessa revisão com tanta frequência. Uma das decisões paradigmáticas foi a decisão sumulada que trata do nepotismo. Ficou determinado na Súmula Vinculante nº 13, que a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral por afinidade até terceiro grau, para exercício de cargo em comissão ou confiança, ou função gratificada na administração pública direta ou indireta, viola a Constituição Federal.

Essa decisão foi importante pois a proibição da nomeação não decorre diretamente e literalmente da lei, mas sim do princípio da moralidade e da impessoalidade. Nesse sentido, importante se faz compreender mais profundamente a despeito dos princípios basilares da Administração Pública, expressos na Carta da República de 1988, bem como os implícitos, que apesar de não normatizados, são de grande relevância para basear a atividade estatal, conforme será demonstrado no tópico que segue.

2.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De acordo com Larenz (1985), citado por Medauar (2013, p. 137), “em direito, princípios são fórmulas nas quais estão contidos os pensamentos diretores do ordenamento, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico”. Acrescentando-se a essa informação, pode-se dizer que os princípios são proposições normativas dotadas de um valor genérico, as quais possibilitam um correto entendimento do ordenamento jurídico, tanto na sua aplicação e integração, quanto no momento de criação das novas normas (REALE, 1974 apud MEDAUAR, 2013).

Por sua vez, na definição apresentada por Mello (2017, p. 54),

princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Já Alexandrino (2012, p. 185), entende que “os princípios determinam o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa”.

Sabe-se que a Constituição tem normas, que se dividem em normas de regras e normas de princípios. Para tanto, vejam-se as características dos princípios e das regras, para a posteriori, compreender seus principais pontos de distinção, na visão de Barroso (2003, p. 29):

[...] os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores obrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. (...) Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

Já as regras, como informa Ávila (2004, p. 70),

[...] são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectiva e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Como ensina Nohara (2012, p. 56), os princípios eram vistos, até meados do século XX, apenas como sendo meros complementos às lacunas presentes no ordenamento jurídico, subordinando-se à lei. No entanto, o pós-positivismo promoveu uma mudança nesse paradigma, visto que, com a previsão de diversos princípios nas Constituições, eles passaram a ostentar um status de normas jurídicas constitucionais. Justen Filho (2005, p. 89), no mesmo sentido, afirma que a doutrina se preocupou, nos últimos anos, em refletir acerca da natureza dos princípios jurídicos, de maneira que restou indiscutível a sua natureza normativa, afastando-se a visão deles como sendo algo irrelevante e sem feição vinculante.

Por esta razão, complementa Nohara (2012, p. 57), que hoje é inegável o caráter cogente dos princípios, os quais manifestam um consenso social quanto aos valores essenciais que devem ser objeto de garantia no Estado Democrático de Direito.

Aliás, alguns doutrinadores, como é o caso de Justen Filho (2005, p. 52), defendem que os princípios teriam uma obrigatoriedade maior do que as regras. Tal se deve ao fato de eles traduzirem valores fundamentais, expressando os principais propósitos de uma nação. Assim, pode-se afirmar que “a regra traduz uma solução concreta e definida, refletindo escolhas instrumentais. Já o princípio indica uma escolha axiológica, que pode concretizar-se em diversas alternativas concretas.” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 52).

Ademais, ainda pondera Justen Filho (2005, p. 52) que “a função do princípio reside, basicamente, em excluir a validade das alternativas que sejam contraditórias com os valores nele consagrados”. E é exatamente devido a essa carga valorativa que, conforme Mello (2012, p. 54), a violação de um princípio é muito mais grave que a de uma norma, pois não ocorre a ofensa somente a um mandamento específico, e sim a todo o sistema de ordens, deturpando-se seus valores fundamentais.

No âmbito do Direito Administrativo, como expõe Medauar (2013, p. 99), a relevância dos princípios se sobressai, haja vista se tratar de um Direito recente e que não está codificado. Sendo assim, eles possibilitam o entendimento e o fortalecimento dos institutos do ramo, contribuindo para a solução de situações imprevistas e para a correta assimilação dos textos esparsos, além de transmitir, aos administrados, maior segurança em relação a seus direitos e deveres.

No mesmo sentido, apresentam-se as colocações de Pietro (2012, p. 105), a qual assevera que os princípios, considerando a origem pretoriana e a não codificação do Direito Administrativo, sempre assumiram uma relevante posição neste ramo, possibilitando, tanto à Administração Pública, quanto ao Poder Judiciário, que promovessem o devido equilíbrio entre prerrogativas da Administração e direitos dos cidadãos administrados.

Para Justen Filho (2005, p. 52), há uma grande importância assumida pelos princípios no campo do Direito Administrativo, pois a atividade administrativa pressupõe o exercício de poderes-deveres, havendo uma vinculação quanto ao fim que deve ser alcançado. Ocorre que, muitas vezes, a conduta adequada não está determinada pelo Direito, tornando-se necessário observar as circunstâncias específicas para cada caso. Entretanto, destaca o autor, isso não significa que o agente poderá escolher livremente a conduta a ser praticada. “Nessas situações, pode haver alguma liberdade de autonomia quanto ao meio a adotar, e os princípios serão o instrumento normativo adequado para evitar escolhas inadequadas.” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 52).

Portanto, considera-se que todos os atos e atividades da Administração Pública devem observar os padrões estabelecidos pelos princípios, já que eles representam os

fundamentos da ação administrativa (MEIRELLES, 2010, p. 88). Lembre-se que as regras traduzem os mandados dos princípios, ou seja, elas vão trazer a determinabilidade do que fazer ou não fazer, em consonância com o conteúdo dos princípios. Assim, na visão do doutrinador, “relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais.” (MEIRELLES, 2010, p. 88).

De acordo com Alexandrino (2012, p. 203), os princípios fundamentais que orientam toda a atividade administrativa estão consagrados, seja de forma explícita ou implícita, na Constituição Federal de 1988. Esta, por sua vez, prevê expressamente, no caput de seu artigo 37, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Já a Lei nº 9.784 de 1999, que trata do processo administrativo federal, elenca os seguintes princípios: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Finalmente, quanto aos princípios implícitos, destacam-se a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público, que constituem o objeto de estudo mais aprofundado no presente trabalho.

É certo que são vários os princípios referenciados pela doutrina do Direito Administrativo, todos possuindo sua carga de importância. No entanto, em vista da enorme relevância que assumem os princípios indicados no caput do artigo 37 da Constituição Federal, os quais irradiam no conteúdo e, inclusive, na razão de existência dos demais princípios, apresentar-se-ão algumas considerações sobre os que estão previstos nesta norma constitucional.

2.2.1 Princípios expressos

Em conformidade com a lição de Meirelles (2010, p. 89), o princípio da legalidade “[...] significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido [...]”. O doutrinador enfatiza que toda atividade administrativa somente será eficaz caso haja atendimento ao Direito e à lei, de modo que a legalidade importa não apenas na observância desta, mas também dos princípios administrativos. Ainda no estudo deste princípio, Meirelles (2010, p. 89) nos ensina que:

na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

Gasparini (2007, p. 78) aponta que o agente público se sujeita ao princípio em comento, porquanto, por estar atrelado à lei, em existindo desvio de sua competência, poderá o ato se configurar inválido e repercutir na responsabilização de seu autor, disciplinar, civil ou criminalmente, dependendo da situação. Além disso, este autor atenta para o fato de que a legalidade não é aplicável apenas à atividade administrativa, mas também se estende às demais atividades estatais: a legislativa e a jurisdicional.

Em síntese, nos dizeres de Mello (2012, p. 104), o princípio da legalidade é um contraponto a qualquer forma de exaltação pessoal por parte dos governantes, um contraste a qualquer manifestação de poder autoritário. Estão contidas, em seu íntimo, a noção de soberania popular e a valorização da cidadania. “Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática.” (MELLO, 2012, p. 104). Disso, extrai-se que a atividade administrativa, seja pela tomada de decisões ou pela adoção de comportamentos, nada mais faz do que concretizar aquilo que de alguma forma já se encontra abstratamente previsto nas leis.

Segundo Gasparini (2007, p. 79), a impessoalidade trata-se de um princípio que implica na necessidade de que a atividade administrativa seja dirigida a todos os cidadãos em geral, sem discriminações de qualquer tipo ou direcionamento a alguma pessoa. Mello (2017, p. 117) estabelece que “[...] a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. [...] Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa [...]”.

Por sua vez, Meirelles (2010, p. 130) faz uma associação ao princípio da finalidade, enfatizando que ele implica no dever de o administrador público produzir o ato destinando o ao seu fim legal, que se trata do objetivo indicado pela norma jurídica, de modo expresso ou implícito. Esta finalidade, conforme o autor, sempre será atender ao interesse público, de modo inafastável, sob pena de se configurar o desvio de finalidade, com a consequente invalidade do ato.

Assim, não se permite ao agente público a prática de um ato tão somente para satisfazer interesses próprios ou privados, sejam decorrentes de favoritismo ou de perseguição, em detrimento do interesse público. Ainda, o autor considera que o princípio em discussão se correlaciona com o princípio da igualdade, na medida em que a Administração

Pública deve promover um tratamento igualitário a todos aqueles que estão em idêntica situação (MEIRELLES, 2010, p. 130). Este também é o entendimento de Mello (2012, p. 49), para o qual a impessoalidade trata-se do próprio princípio da igualdade.

Há que se observar, ademais, que a doutrina interpreta este princípio de várias formas. Com efeito, Silva (2012, p. 669) assevera que o princípio da impessoalidade “significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário.”

Como exemplos de aplicações concretas do princípio, Mello (2012, p.131) cita a exigência de concurso público para a ocupação de cargo, função ou emprego público, bem como a exigência de prévia licitação para a celebração de contratos com a Administração Pública. Enfim, de acordo com Medauar (2013, p. 140), todas essas colocações exprimem a intenção fundamental de se impedir que critérios pessoais e subjetivos venham a nortear e influenciar os fins almejados pela atividade administrativa.

O princípio da moralidade, para Mello (2012, p.132), guarda a ideia de que a Administração Pública e os agentes devem agir obedecendo aos princípios éticos, pautando-se pela lealdade e pela boa-fé. Consequentemente, a Administração Pública deve atuar de forma honesta e franca ao se relacionar com os administrados, sendo vedado a ela a adoção de qualquer conduta maliciosa, no intuito de enganar, prejudicar ou obstaculizar o exercício de direitos pelos cidadãos.

Dessa maneira, tem-se que o ato administrativo precisa atender, além da lei jurídica, à lei ética da instituição, já que (HAURIOU, 1926 apud MEIRELLES, 2010, p. 150). Ocorre que, consoante o exposto por Medauar (2013, p. 141), este princípio é difícil de ser resumido em poucos vocábulos, devido à grande variedade de condutas deturpadoras dos reais fins da Administração Pública. É por isso que, “em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual, ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada.” (MEDAUAR, 2013, p. 143).

Todavia, Mello (2012, p.123) entende não ser possível de ser considerada qualquer ofensa à moral social como ofensiva ao princípio em questão. Em seu entendimento, “[...] este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade [...]” (MELLO, 2012, p. 123).

Finalmente, Gasparini (2007, p. 11) esclarece que alguns doutrinadores consideram a probidade administrativa como um princípio distinto da moralidade, enquanto que outros defendem que seria uma espécie do princípio da moralidade. Para este autor, contudo, não

existem aspectos que possibilitem tratá-los como princípios distintos. Ele afirma que a probidade “[...] é apenas um particular aspecto da moralidade administrativa que recebeu da Constituição Federal um tratamento próprio, na medida em que atribuiu ao ímprobo a pena de suspensão dos direitos políticos.” (GASPARINI, 2007, p. 11).

O princípio da publicidade “[...] torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública direta e indireta, para conhecimento, controle e início de seus efeitos.” (GASPARINI, 2007, p. 11). De acordo com Mello (2012, p. 124), este princípio evidencia o dever da Administração Pública de ser transparente em suas práticas. A própria afirmação de um Estado Democrático de Direito, com o fundamento de que o poder emana do povo, impede que sejam ocultados os assuntos de interesse dos administrados, como enuncia este doutrinador.

De um modo mais abrangente, Moreira Neto (2005, p. 83) alega que

[...] no Direito Público e no Administrativo, em particular, o princípio da publicidade assoma como o mais importante princípio instrumental, indispensável para a sindicabilidade da legalidade, da legitimidade, e da moralidade da ação do Poder Público, pois será pela transparência dos seus atos, ou, como mais adequadamente pode ser expressado, por sua visibilidade, que se tornará possível constatar a sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica e, em consequência, serem aplicadas as várias modalidades de controle nela previstos.

Já Meirelles (2010, p. 96) informa que a regra geral é a publicação dos atos administrativos, somente sendo permitido o sigilo para casos restritos, por exemplo, os que envolvam segurança nacional, interesse maior da Administração – devendo neste caso ser garantido em processo declarado sigiloso – ou investigações policiais. Ainda, expõe que a publicidade não constitui um elemento de formação do ato, mas sim trata-se de requisito de eficácia e de moralidade. “Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige.” (MEIRELLES, 2010, p. 96). Em suma, a importância da publicidade se verifica na medida em que permite o controle, pelos administrados, do agir da Administração Pública (GASPARINI, 2007, p. 12).

A respeito do princípio da eficiência, Moreira Neto (2005, p. 84) apresenta como sendo a melhor execução possível da gerência dos interesses públicos, visando a total satisfação dos cidadãos com os menores gastos para a sociedade. Como explica Medauar (2013, p. 150), com a inclusão deste princípio no caput do artigo 37 da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, ele passa a orientar todo o agir da

Administração Pública. Assim, relacionando-se com a ideia de ação, o objetivo passa a ser a produção de resultados que atendam aos anseios da população, de forma rápida e precisa.

Para Meirelles (2010, p. 98), “o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”. Por meio deste princípio, entende-se que não basta o desempenho da função administrativa apenas atendendo à legalidade, mas que também devem ser obtidos resultados positivos pelo serviço prestado e um adequado atendimento às necessidades da coletividade (MEIRELLES, 2010, p. 97).

Por seu turno, Gasparini (2007, p. 13) fala na realização das atribuições administrativas privilegiando a rapidez, a perfeição e o rendimento. A primeira, implica em evitar procrastinações; a segunda, em utilizar os conhecimentos existentes para que a execução das atribuições ocorra da melhor maneira possível; e a terceira refere-se aos resultados, que devem ser positivos e satisfatórios. Com isso tudo, busca-se alcançar uma maior quantidade de beneficiados.

Dessa forma, “busca-se o atingimento de objetivos traduzidos por boa prestação de serviços, do modo mais simples, mais rápido, e mais econômico, melhorando a relação custo/benefício da atividade da Administração” (ALEXANDRINO, 2012, p. 202). Resta dizer que, em observância ao princípio da eficiência, o administrador necessita encontrar a solução que melhor consagra o interesse público, realizando um grande aproveitamento dos recursos que tem à sua disposição (ALEXANDRINO, 2012, p. 202).

Já conforme Bitencourt (2013, p. 54), embora o método que leve ao melhor resultado seja visto como o mais eficiente, isto não é o bastante, pois existem outros parâmetros para realizar-se a avaliação do grau de eficiência, mesmo quando os objetivos alcançados sejam idênticos. Segundo a autora, em certos casos, tal avaliação dependerá de recursos que não se relacionam diretamente com as perspectivas em torno das possibilidades de realização de um dado. Há, destarte, um problema no tratamento da eficiência somente sob o ponto de vista da economicidade, eis que a ideia de custo não pode ser tida como absoluta para determinar se o ato foi eficiente ou não. Torna-se necessário estipular padrões pelos quais se possa comparar variadas medidas, todas proporcionais, a fim de investigar os resultados obtidos (BITENCOURT, 2013, p. 54).

Por fim, em vista dessas ideias, pode-se dizer que o princípio da eficiência deve ser analisado de uma forma sistêmica, ou seja, é preciso verificar se os resultados obtidos com um determinado modo de agir da Administração Pública trazem mais benefícios para os administrados, conforme as peculiaridades de cada caso. Assim, as necessidades de cada local

devem ser levadas em consideração ao verificar se ela está sendo eficiente ou não em seu agir.

Ademais,

[...] a ideia de eficiência administrativa não deve-se pautar apenas no aproveitamento de meios e recursos colocados à disposição dos agentes públicos; deve também abranger a relação dos meios utilizados e dos resultados obtidos em face das necessidades públicas existentes (NOHARA, 2012, p. 90).

Apesar disso, em conformidade com Nohara (2012, p. 91), não se deve perseguir os resultados a qualquer custo, desconsiderando quais os meios que estão sendo utilizados, isso porque “[...] a eficiência é princípio que deve ser harmonizado com os demais, não podendo se sobrepor à legalidade, na medida em que os meios legais veiculam garantias importantes [...]”.

Concluindo, estes cinco princípios constitucionais norteadores do Direito Administrativo destacam-se justamente pela sua interligação entre si e com os demais princípios existentes neste ramo jurídico.

2.2.2 Princípios implícitos

Além dos acima citados princípios, explicitamente abrigados pelo texto constitucional, existem outros implicitamente agregados ao regramento constitucional da Administração Pública. Assim, nesse momento serão abordados os principais princípios implícitos, que também devem nortear a atividade administrativa.

2.2.2.1 Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e princípio da autotutela

A Administração Pública na prática de seus atos deve sempre respeitar a lei e zelar para que o interesse público seja alcançado. Natural, assim, que sempre que constate que um ato administrativo foi expedido em desconformidade com a lei, ou que se encontra em rota de colisão com os interesses públicos, tenham os agentes públicos a prerrogativa administrativa de revê-los, como uma natural decorrência do próprio princípio da legalidade.

Desta maneira, discorre Araújo (2001, p. 268):

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, coloca os interesses da Administração Pública em sobreposição aos interesses particulares que com os dela venham eventualmente colidir. Com fundamento nesse princípio é que estabelece, por exemplo, a autotutela administrativa, vale dizer, o poder da administração de anular os atos praticados em desrespeito à lei, bem como a prerrogativa administrativa de revogação de atos administrativos com base em juízo discricionário de conveniência e oportunidade.

A respeito, deve ser lembrada a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, quando afirma que “A administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” (STF, 1969).

Desta maneira, o interesse público torna-se um importante item a ser observado no ato administrativo, bem como a importância da autotutela para a Administração Pública.

2.2.2.2 Princípio da finalidade

Foi visto no exame do princípio da legalidade que a Administração Pública só pode agir de acordo e em consonância com aquilo que, expressa ou tacitamente, se encontra estabelecido em lei. Inegável, portanto, que sempre tenha dever decorrente e implícito dessa realidade jurídica o cumprimento das finalidades legalmente estabelecidas para sua conduta.

Disto deduz-se o denominado princípio da finalidade. Como bem observa Mello (2017, p. 152),

Esse princípio impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica obrigada na lei a que esteja dando execução.

Enfim, o princípio da finalidade é aquele que imprime à autoridade administrativa o dever de praticar o ato administrativo com vistas à realização da finalidade perseguida pela lei.

Evidentemente, nessa medida, que a prática de um ato administrativo in concreto com finalidade desviada do interesse público, ou fora da finalidade específica da categoria tipológica a que pertence, implica vício ensejador de sua nulidade. A esse vício, como se sabe, denomina a doutrina: desvio de poder ou desvio de finalidade.

Concluindo, essas considerações querem apenas mostrar que o princípio da finalidade não foi desconsiderado pelo legislador constituinte, que o teve como manifestação do princípio da legalidade, sem que mereça censura por isso.

2.2.2.3 Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade

Na medida em que o administrador público deva estrita obediência à lei (princípio da legalidade) e tem como dever absoluto a busca da satisfação dos interesses públicos (princípio da finalidade), há que se pressupor que a prática de atos administrativos discricionários se processem dentro de padrões estritos de razoabilidade, ou seja, com base em parâmetros objetivamente racionais de atuação e sensatez.

Deveras, ao regular o agir da Administração Pública, não se pode supor que o desejo do legislador seria o de alcançar a satisfação do interesse público pela imposição de condutas bizarras, descabidas, despropositadas ou incongruentes dentro dos padrões dominantes na sociedade e no momento histórico em que a atividade normativa se consuma. Ao revés, é de se supor que a lei tenha a coerência e a racionalidade de condutas como instrumentos próprios para a obtenção de seus objetivos maiores.

Dessa noção indiscutível, extrai-se o princípio da razoabilidade. Em boa definição, é o princípio que determina à Administração Pública, no exercício de faculdades, o dever de atuar em plena conformidade com critérios racionais, sensatos e coerentes, fundamentados nas concepções sociais dominantes.

Perfilhando este entendimento, sustenta Mello (2017, p. 126) que:

[...] enuncia-se com este princípio que a administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidam a outorga da competência exercida;

Entende-se que, dentro do campo desse princípio, deve ser colocada, diante do exercício das atividades estatais, que o “cidadão tem o direito à menor desvantagem possível”. Com efeito, havendo a possibilidade de ação discricionária entre diferentes alternativas administrativas, a opção por aquela que venha a trazer consequências mais onerosas aos administrados é algo inteiramente irrazoável e descabido (MELLO, 2017, p. 126).

Como desdobramento dessa ideia, afirma-se também o princípio da proporcionalidade, por alguns autores denominado princípio da vedação de excessos.

Assim, pondera Mello (2017, p. 200): "Trata-se da ideia de que as consequências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidades proporcionais ao que realmente seja demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas."

Em outras palavras: os meios utilizados ao longo do exercício da atividade administrativa devem ser logicamente adequados aos fins que se pretendem alcançar, com base em padrões aceitos pela sociedade e no que determina o caso concreto. Por conseguinte, o administrador público não pode utilizar instrumentos que fiquem aquém ou se coloquem além do que seja estritamente necessário para o fiel cumprimento da lei (MELLO, 2018, p. 200).

Assim sendo, sempre que um agente público assumir conduta desproporcional ao que lhe é devido para o exercício regular de sua competência, tendo em vista as finalidades legais que tem por incumbência cumprir, poderá provocar situação ilícita passível de originar futura responsabilidade administrativa, civil e, sendo o caso, até criminal.

Segundo a carta constitucional brasileira, o "bem de todos" é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV) e, por conseguinte, uma finalidade axiológico-jurídica que se impõe como polo de iluminação para a conduta de todos os órgãos e pessoas que integram a estrutura básica do Estado brasileiro (BRASIL, 1988).

Sendo assim, a noção do bem comum, historicamente condicionada e posta no âmbito das concepções dominantes em nossa sociedade e época, deve ser considerado obrigatório parâmetro para a definição do sentido jurídico-constitucional de quaisquer dos princípios que governam as atividades da Administração Pública.

A maior parte dos princípios da Administração Pública encontra-se positivado, implícita ou explicitamente, na Constituição Federal. Possuem eficácia jurídica direta e imediata. Exercem a função de diretrizes superiores do sistema, vinculando a atuação dos operadores jurídicos na aplicação das normas a respeito dos mesmos e, objetivando a correção das graves distorções ocorridas no âmbito da Administração Pública que acabam por impedir o efetivo exercício da cidadania.

O sistema constitucional da Administração Pública funciona como uma rede hierarquizada de princípios, regras e valores, que exige não mais o mero respeito à legalidade estrita, mas vincula a interpretação de todos atos administrativos ao respeito destes princípios.

Desta maneira, conclui-se que a função administrativa se encontra subordinada às finalidades constitucionais e deve pautar as suas tarefas administrativas no sentido de conferir uma maior concretude aos princípios e regras constitucionais, uma vez que ambos não se

configuram como enunciados meramente retóricos e distantes da realidade, mas possuem plena juridicidade.

3 ATO ADMINISTRATIVO

O desempenho da função administrativa se materializa em atos e fatos da Administração Pública. Dentre esses, realçam-se os atos administrativos, que são declarações unilaterais do Estado ou de quem lhe faça as vezes, exemplo das concessionárias de serviços públicos, sendo regidos predominantemente pelo Direito Público, sujeitando-se ao controle jurisdicional, aja vista que vige, em nosso ordenamento jurídico, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV).

Nesse sentido, a seguir serão tratados os principais aspectos inerentes ao ato administrativo e a função administrativa.

3.1 CONCEITO E DEFINIÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO

Ao se conceituar atos administrativos vale se atentar ao fato de que nem todos os atos praticados pela Administração Pública são administrativos. Para o aparecimento de tal ato pressupõe-se que a Administração Pública atue nessa qualidade, ou seja, sob o regime jurídico de Direito Público, usando de sua supremacia de Poder Público, com as prerrogativas e restrições próprias do estatuto jurídico administrativo.

Assim, não seria ato administrativo, por exemplo, a abertura de conta corrente por um banco estatal, pois, nesse caso, ele estaria praticando um ato privado, em equidade de condições com o particular. Por distinto lado, o edital de licitação ou de um concurso público lançado por esse próprio banco estatal seria um ato administrativo, eis que adstrito às normas de direito público. De mesmo modo, segundo Bacellar Filho (2008, p. 78), não são atos administrativos, por exemplo, os atos materiais, porquanto não possuem revelação de vontade, mas unicamente execução.

Desta feita, Mello (2007, p. 149) conclui que nem todo ato praticado pela Administração Pública será administrativo e nem todo ato administrativo provém da Administração Pública.

De acordo com Justen Filho (2005, p. 145), para que exista um ato administrativo é de suma importância vontade, porém não em sentido semelhante ao utilizado no Direito Privado. Nas relações entre particulares, para a realização de algum ato jurídico, é necessária a manifestação de vontade do indivíduo, que é o processo psicológico interno da pessoa que comanda suas decisões. Contudo quando se está a falar em ato administrativo, deve-se justamente compelir a manifestação da vontade do ser humano, que atua como órgão público.

Portanto, a vontade que desenvolve o ato administrativo é a vontade da Administração Pública numa acepção puramente jurídica. Para Justen Filho (2005, p. 182-183) “o Direito transforma a vontade humana em vontade da pessoa jurídica.”. O que ocorre é a expressão da vontade da pessoa jurídica através de órgãos, compostos por pessoas físicas (agentes públicos). E esse vínculo entre a vontade do órgão e a realização das finalidades estatais é o que caracteriza a atividade administrativa.

O ato administrativo é uma manifestação da vontade, mas não em sentido idêntico ao que se passa no direito privado. A formação da vontade administrativa se subordina a uma procedimentalização e a regras formais não existentes no âmbito privado. Trata-se de submeter o exercício do poder estatal a restrições destinadas a impedir atos abusivos – vale dizer, atos que reflitam uma vontade arbitrária, prepotente e reprovável. A expressão “vontade administrativa” indica, então, a vontade que é objetivamente vinculada à satisfação das necessidades coletivas, formada segundo imposições de uma democracia republicana (JUSTEN FILHO, 2005, p. 184).

Pietro (2016, p. 181) conceitua ato administrativo como sendo “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.”

Primeiramente, examina-se que a autora conceitua o ato administrativo como uma “declaração” da vontade do Estado. Ao adotar a palavra “declaração”, ela evidencia que deve ocorrer a exteriorização de um pensamento a fim de que possa vir a existir um ato administrativo. Sendo assim, o silêncio ou omissão da Administração Pública não deve ser considerado como um ato administrativo, embora possa gerar efeitos jurídicos (como no caso da decadência e da prescrição).

O presente conceito se restringe ao ato administrativo unilateral, o qual é formado pela vontade única da Administração Pública, não dependendo da concordância de quem será atingido por ele; este ato, segundo Meirelles (2016, p. 146), é o ato administrativo típico. De outro lado, os atos bilaterais, que se aperfeiçoam com mais de uma declaração de vontade, constituem os contratos administrativos (ex.: contrato de aquisição de bens celebrado pela Administração com um fornecedor particular).

O ato administrativo é uma declaração unilateral do Estado. Estado, neste caso, abarca todos os que, de alguma forma, exercem funções públicas. Abrangendo tanto os órgãos do Poder Executivo como os dos demais, legislativo e judiciário, no exercício de função atípica, que também podem editar atos administrativos. Além disso, compreende os dirigentes de autarquias e fundações e os administradores de empresas estatais.

O ato administrativo gera efeitos jurídicos instantâneos para os administrados, para a própria Administração ou a seus servidores, criando, modificando ou extinguindo direitos e obrigações.

Dizendo que ele induz efeitos jurídicos imediatos, Pietro (2016, p. 185) visou distinguir o ato administrativo da lei, visto que esta, em razão de suas características de generalidade e abstração, não se presta, em regra, a gerar efeitos imediatos. É perceptível que o conceito apresentado pela autora, materialmente, *não* abarca os atos normativos (ex.: decretos e regulamentos), dado que, em relação ao conteúdo, se assemelham às leis, ou seja, não produzem efeitos jurídicos imediatos. Ressalte-se, entretanto, que os atos normativos, assim como os chamados atos enunciativos, embora não sejam atos administrativos em sentido material (ou seja, quanto ao conteúdo), são considerados atos administrativos formais, já que emanados da Administração Pública, com subordinação à lei.

Falando-se em subordinação à lei, vale ser destacado também no conceito em estudo que o ato administrativo deve ser editado com observância da lei, ou seja, os atributos e elementos do ato devem estar previstos em lei, que estabelece seus limites, formas, competência, abrangência, conteúdo, finalidade, dentre outros.

Mello (2007, p. 368-369) também busca conceituar o ato administrativo e afirma que este é Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Note-se que o conceito de Pietro é mais restrito que o de Mello, que inclui em seu conceito os atos regulamentares e os atos convencionais. No entanto, Mello adverte que também é possível que se conceitue ato administrativo de uma forma mais restrita, retirando os atos regulamentares e convencionais. Para isso, bastaria acrescentar no conceito as características de concreção e unilateralidade.

As divergências entre os conceitos de ato administrativo podem ser explicadas por não existir um conceito legal de ato administrativo. Por essa razão, diversos autores, de acordo com o que consideram como pressupostos e características essenciais para formação do conceito buscaram formar a ideia do que seria o ato administrativo.

3.2 REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Faz-se de suma importância para o presente trabalho, o estudo dos requisitos do ato administrativo, visto que se torna possível identificar sobre quais requisitos do ato deverá ser feito o controle jurisdicional. Nenhum ato é totalmente vinculado ou discricionário, sendo que em alguns de seus requisitos pode haver a possibilidade de maior discricionariedade ou dever de vinculação na atuação da Administração Pública.

Há divergência doutrinária a respeito dos requisitos do ato administrativo. Alguns autores divergem sobre a nomenclatura que deve ser utilizada, sendo que existem aqueles que os chamam de “elementos”, outros de “requisitos”, outros de “aspectos” e outros ainda preferem tratar tais vocábulos como sinônimos. Há oposição também no que diz respeito às quais são os requisitos do ato administrativo.

Mello (2007, p. 370), por exemplo, afirma que os elementos do ato (considerados a “realidade intrínseca do ato”) são o conteúdo e a forma, e os pressupostos (exteriores ao ato) são de existência, objeto e a pertinência do ato ao exercício da função administrativa, e de validade, pressuposto subjetivo (sujeito), pressupostos objetivos (motivo e requisitos procedimentais), pressuposto teleológico (finalidade), pressuposto lógico (causa) e pressuposto formalístico (formalização).

A Lei Ordinária nº 4.717 de 29 de junho de 1965, contudo, conhecida como a Lei de Ação Popular, apresenta, em seu art. 2º, ao tratar dos atos considerados nulos, cinco elementos do ato administrativo: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Abre-se um parêntese para esclarecer que os elementos previstos na mencionada lei são essenciais, ou seja, sem estes o ato administrativo não existe, é inexistente. Ao lado dos elementos essenciais, os atos podem contar com elementos acidentais, isto é, componentes que podem ou não estar presentes nos atos administrativos, ampliando ou restringindo os seus efeitos jurídicos; são eles: o termo, a condição e o modo ou encargo. Contudo no presente trabalho serão abordados apenas os requisitos essenciais para formação do ato administrativo.

Segundo Pietro (2016, p. 170), os elementos acidentais referem-se ao objeto do ato (elemento essencial) e só podem existir nos atos discricionários, porque decorrem da vontade das partes.

Meirelles (2016, p. 150) e Bacellar Filho (2008, p. 175) seguem o que foi disposto pela Lei da Ação Popular e concordam com a existência dos cinco requisitos, acima mencionados, do ato administrativo, imprescindíveis para a sua formação.

Ademais, Pietro (2016, p. 172) não se afasta muito da posição de Bacellar e Meirelles, porém entende que os cinco requisitos do ato administrativo são: finalidade, forma, motivo, objeto e sujeito; porque, para a autora, o sujeito além de ser competente deve ser capaz para a prática do ato. Por se tratar de uma classificação mais objetiva e clara, dividimos o ato administrativo de acordo com o proposto pela Lei de Ação Popular, utilizando também a divisão apresentada por Pietro.

3.2.1 Competência para o Ato Administrativo

Este requisito diz respeito aquele a quem a lei atribuiu competência para a prática do ato administrativo. É elemento sempre vinculado (porque decorre da lei e é por esta delimitada).

Para Pietro (2016, p. 180) a competência no direito administrativo vai além da capacidade do direito civil devendo ser considerada em três aspectos: em relação às pessoas jurídicas políticas (conforme a CF), em relação aos órgãos (e entidades) (conforme previsto em lei); e em relação aos servidores (agentes públicos) (conforme previsto em lei). Tal conceito parte do raciocínio de que quem tem capacidade para a prática dos atos administrativos são as pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). No entanto, as funções que competem a esses entes são distribuídas entre órgãos administrativos e, dentro destes, entre seus agentes, pessoas físicas, aos quais caberá o exercício do ato administrativo.

Já para Justen Filho (2005, p. 190), o direito atribui competência para a prática do ato administrativo para os sujeitos integrantes da Administração Pública e aos órgãos por meio dos quais se forma e se exterioriza sua vontade. Com isso, o autor quer dizer que a competência é atribuída à função ou ao cargo (e não à pessoa física). A identificação do ser humano titular da competência se dá pela via indireta: é aquele investido de uma função ou cargo. Além disso, para o autor, a divisão da competência é importante tanto pela ideia de limitação do poder como pela racionalidade técnica. Ou seja, pretende-se, por meio dessa discriminação de competências, evitar abusos (função política) e erros (função de eficácia).

França (2000, p. 88), ao explicar cada um dos elementos do ato administrativo, parte da ideia de que o elemento ligado ao agente é a competência e não o sujeito em si. Para ele, a competência é a atribuição legal de deveres-poderes para o desempenho da função estatal; é o que impulsiona o ato. Assim, a regra de competência é a responsável por definir o órgão ou o agente público habilitado a produzir o ato administrativo. Também Bacellar Filho (2008, p.

177) entende que o elemento é a competência, definindo-a como a parcela de atribuições conferida pela lei ao agente público para a prática do ato.

Bacellar Filho (2008, p. 177) ainda diz que caso não haja impedimento legal e se a competência não for exclusiva, há a possibilidade de delegação e avocação de competência, sendo a primeira a transferência de atribuições para subordinados e a segunda quando um agente hierarquicamente superior chama para si atribuições de subordinados.

Nesse sentido a Lei nº 9.784/1999, que estabelece a disciplina geral do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, ao tratar de competência em seu art. 11, dispõe que essa é irrenunciável e deve ser exercida pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, ressaltando os casos de avocação e delegação admitidos por lei.

Como afirma Leite (1981, p. 50), por exemplo, a competência de atuação do agente administrativo deriva unicamente da lei. E completa, ao citar Tácito, que não existe, no Direito Administrativo, competência geral ou universal que preceitua a Lei.

Neto (2003, p. 134) sintetiza muito bem o entendimento da competência como elemento vinculado ao enunciar o princípio da reserva legal da competência: “nenhum ato sem competência e nenhuma competência sem lei anterior que a defina.”

No que diz respeito em haver ou não a discricionariedade no requisito competência (ou sujeito, de acordo com alguns autores), a doutrina é praticamente unânime em afirmar que, nesse aspecto, o ato será sempre vinculado, ou seja, só poderá praticar um ato administrativo aquele que tiver competência atribuída em Lei.

3.2.2 Finalidade do Ato Administrativo

Como averba Bacellar Filho (2008, p. 104), finalidade é o resultado pretendido quando se pratica o ato. No caso do ato administrativo, toda finalidade deve ser pública, ou seja, ele deve ser expedido em estrita vinculação ao fim público expresso ou implícito na lei. Caso o ato não ostente finalidade pública, deverá ser reputado como inválido, podendo o agente incorrer em desvio de poder ou desvio de finalidade, que se verifica quando o administrador pratica um ato visando a um fim diverso do previsto, explícita ou implicitamente, na regra legal de competência.

Pietro (2016, p. 190) afirma que existem dois sentidos diversos para a finalidade: (a) finalidade em sentido amplo, que corresponde à consecução de um resultado que atinja o interesse público, que deve haver em todos os atos administrativos (finalidade pública) e (b)

finalidade em sentido estrito, que é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido em lei.

Leite (1981, p. 59), ao citar Tácito, adverte que a finalidade específica do ato deve ser observada, ou seja, o fim expresso ou implícito relacionado com a própria natureza do ato. Além disso, o agente nunca poderá substituir o fim predeterminado na lei por qualquer outro fim, seja ele público ou privado, lícito ou ilícito.

Justen Filho (2005, p. 200) faz uma diferenciação entre motivo e finalidade do ato administrativo. De acordo com o autor, o motivo é a causa do ato e a finalidade é a consequência por ele visada. Em termos cronológicos, “o motivo é aquilo que antecede o ato e a finalidade é aquilo que se pretende que se siga a ele”.

Como a finalidade do ato é sempre aquela prevista na lei, não há espaço para o administrador agir diferente, ou seja, a finalidade é sempre um elemento vinculado. Por exemplo, se a lei permite a remoção de ofício do servidor para atender a necessidade do serviço público, a Administração Pública não pode se utilizar desse instituto com outra finalidade, como a punição.

A doutrina costuma confrontar a finalidade com os também elementos de formação do ato administrativo motivo e objeto.

Conforme esclarece Pietro (2016, p. 193), a finalidade distingue-se do motivo porque este antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração Pública a praticar o ato. Já a finalidade sucede à prática do ato, porque corresponde a algo que a Administração Pública quer alcançar com a sua edição.

A finalidade também não se confunde com o objeto, pois este é o efeito jurídico imediato que o ato produz, o seu resultado prático (aquisição, transformação ou extinção de direitos), enquanto a finalidade é o efeito geral ou mediato (no futuro) do ato, que é sempre o mesmo, expresso ou implicitamente estabelecido na lei: a satisfação do interesse público.

Sendo assim, pode-se perceber que o objeto é variável conforme o resultado prático buscado pelo agente da Administração Pública, ao passo que a finalidade é invariável para qualquer espécie de ato (será sempre o interesse público).

Por exemplo, numa nomeação de servidor aprovado em concurso público, o objeto é prover um cargo público vago; numa concessão de licença-gestante, o objeto é permitir o afastamento da servidora durante o período de proteção e lactância; numa licença de construção, o objeto é consentir que alguém edifique. O objeto, portanto, varia conforme o resultado prático buscado pela Administração Pública. Entretanto, a finalidade é invariável, por ser comum a todos eles: o interesse público.

A doutrina também aborda esses conceitos dizendo que todos os atos administrativos devem obedecer a uma finalidade genérica, a satisfação do interesse público, e a uma finalidade específica, que seria o objeto do ato, ou seja, o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido em lei (ex.: o ato de remoção de ofício de servidor público tem a finalidade de suprir a necessidade de pessoal no local de destino).

3.2.3 Motivo do Ato Administrativo

O motivo compreende os pressupostos fáticos e jurídicos que autorizam a edição e concretização do ato. É a compatibilização do fato com o direito. Nas palavras de Justen Filho (2005, p. 198-199), “a expressão ‘motivo’ do ato administrativo indica uma representação intelectual que o sujeito realiza quanto ao mundo externo, conjugando fatos e normas”. Portanto, o motivo não é o fato propriamente dito, mas a representação intelectual que o agente realiza a propósito dele, relacionando-o com o Direito e atingindo uma conclusão, que o autor chama de causa jurídica.

Para um melhor entendimento, França (2000, p. 20) subdivide o motivo em motivo material, que é a situação jurídica subjetiva que levou à expedição do ato administrativo, e o motivo legal, que é aquele que advém da previsão legal abstrata do fato jurídico-administrativo.

Há certa discussão doutrinária quanto ao motivo ser ou não obrigatório e se sua ausência gera ou não a invalidade do ato. De acordo com Bacellar Filho (2008, p. 106), que nos parece ter a posição mais coerente sobre o assunto, em regra, todos os atos administrativos devem ter um motivo, seja ele vinculado ou discricionário, pois sua presença é garantia de legalidade, que permite e facilita o controle do ato. Caso o motivo seja ausente, pode-se invalidar o ato administrativo, exceto se a lei o dispensar ou se for incompatível com a sua natureza.

Todo ato administrativo deve ter um motivo lícito, ou seja, baseado na lei. Não é permitido que um ato seja feito por mero capricho do agente público, sem nenhum fundamento.

O motivo, ademais, deve guardar congruência, isto é, relação lógica com o objeto e a finalidade do ato, caso contrário, o ato será nulo.

Por exemplo, suponha-se que a Administração Pública revogou várias autorizações de porte de arma invocando como motivo o fato de um dos autorizados ter se envolvido em brigas; nessa hipótese, o ato só será válido em relação ao indivíduo que se envolveu nas

brigas; em relação aos demais, que não tiveram esse envolvimento, o ato será nulo, pois o motivo não guarda compatibilidade lógica com o resultado do ato.

Outro ponto de suma importância ao se falar desse requisito, seria a diferenciação que este possui em relação a chamada motivação do ato administrativo.

Bacellar Filho (2008, p. 68-69) adverte que não se deve confundir motivo com motivação, pois esta faz parte da forma do ato e consiste na “declinação das razões do ato, evidenciando por escrito os pressupostos de fato existentes e sua relação com o ato praticado.”. Mesmo que a motivação seja desnecessária, caso o ato seja motivado, só será válido se os motivos anunciados forem verdadeiros, existentes e devidamente qualificados.

Também Leite (1981. p. 70), ao falar sobre a motivação, explica que ela é a exposição das razões que levam a Administração Pública a proceder à emanção do ato administrativo. E conclui, se utilizando das ideias de Renato Alessi, que é através da motivação que se tem a valoração comparativa entre o interesse a realizar e o meio preestabelecido.

Pietro (2016, p. 193) ensina que motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, do que levou a Administração Pública produzir determinado ato administrativo.

Por exemplo, para punir, a Administração Pública precisa demonstrar, comprovar que o servidor realmente praticou a conduta proibida pela norma. Assim, a motivação do ato deve descrever a conduta do servidor, apresentar evidências e demonstrar que o fato se enquadra na previsão da norma legal (ou seja, expor os motivos do ato). A motivação, regra geral, deve ser prévia ou concomitante à expedição do ato.

Assim, não é admissível a motivação apresentada a posteriori, ou seja, após a prática do ato, especialmente nos casos em que a motivação é apresentada apenas após a validade do ato ser contestada.

Carvalho Filho (2014, p. 201) esclarece ser possível distinguir duas formas de exteriorização do motivo, vale dizer, de motivação: motivo contextual que seria a motivação expressa no próprio ato, como é o caso de atos cujo preâmbulo apresenta justificativas iniciadas por considerando (ex.: considerando que o servidor fez isso, isso e aquilo, decido aplicar a punição tal) e o motivo *aliunde* ou *per relationem* que é a motivação que se aloja fora do ato, como é o caso de justificativas constantes de processos administrativos ou em pareceres prévios que serviram de base para o ato decisório, hipótese em que o ato faz remissão a esses atos precedentes (ex.: no ato de punição, a motivação pode estar no relatório

da comissão apuradora; assim, a autoridade julgadora poderá afirmar que os motivos da sua decisão estão expostos no referido relatório).

Em regra, a Administração Pública tem o dever de motivar seus atos, discricionários ou vinculados. Afinal, todo ato administrativo tem que ter um motivo, sob pena de nulidade (seja pela não ocorrência do fato, seja pela inexistência da norma). A motivação é importante para que haja um controle mais eficiente da prática administrativa, tanto pela sociedade como pelos demais Poderes e pela própria Administração Pública.

No que diz respeito à discricionariedade ou vinculação deste requisito, de acordo com Pietro (2016, p. 201), o motivo poderá ser vinculado ou discricionário. Este será vinculado quando a Lei descrevê-lo utilizando noções precisas e será discricionário quando a Lei não o definir, deixando-o a critério da Administração Pública (caso da exoneração *ex officio* do funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão) e quando a Lei, apesar de definir o motivo, o faz utilizando-se de noções vagas e imprecisas como falta grave e procedimento irregular.

Moreira Neto (2003, p. 43) concorda que o motivo poderá ser vinculado ou discricionário, mas não necessariamente pelas razões expostas por Pietro. Para o autor, caso a lei preveja uma situação de fato ou de direito que seja determinante da ação, o motivo será vinculado. No entanto, caso a lei, explícita ou implicitamente, der ao administrador a possibilidade de escolha, dentro de um campo de opções, o motivo será discricionário. Note que o autor não considera as noções vagas e imprecisas como caso de discricionariedade.

Por fim, é importante que se coloque os ensinamentos de França (2000, p. 32) que afirma que a discricionariedade do motivo se encontra apenas no motivo fático, pois o motivo legal (como sempre estará disposto na lei) será obrigatoriamente vinculado.

Assim, juntamente com o objeto do ato administrativo, o motivo (mais necessariamente o motivo fático), constitui, de acordo com o entendimento majoritário da doutrina, o núcleo da discricionariedade, pois são nesses dois elementos (objeto e motivo) em que geralmente se encontra a maior possibilidade de atuação discricionária da Administração Pública.

3.2.4 Forma do Ato Administrativo

A forma é o modo como o ato administrativo se exterioriza, isto é, o como ele sai da cabeça do agente e se mostra para o mundo. É a base física que permite aos destinatários o conhecimento do conteúdo do ato administrativo.

Pietro (2016, p. 210) afirma que existem duas concepções a respeito da forma como elemento do ato administrativo. A primeira é uma concepção restrita, que considera a forma como a exteriorização do ato, podendo este ter a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução, etc.

A segunda é uma concepção mais ampla, defendida pela autora, que inclui no conceito de forma não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração Pública, incluindo até os requisitos de publicidade do ato e o procedimento administrativo. Além disso, para a autora, a motivação também integra o conceito de forma, ou seja, deve ser incluída na forma a exposição dos fatos e do direito que serviram de fundamento para a prática do ato, sendo que sua ausência impossibilita a verificação da legitimidade do ato.

De regra, os atos administrativos devem ter a forma escrita. Carvalho Filho (2014, p. 76) afirma que no Direito Público, vale o princípio da solenidade das formas, pelo qual o ato deve ser escrito, registrado (ou arquivado) e publicado.

Entretanto, existem atos administrativos praticados de forma não escrita, a exemplo de ordens verbais, gestos, apitos, sinais sonoros ou luminosos (semáforos de trânsito), placas (proibido fumar, proibido estacionar, etc.). Esses elementos não escritos expressam uma ordem da Administração Pública (uma manifestação de vontade) e, como tais, são considerados atos administrativos. Frise-se, porém, que são meios *excepcionais* de exteriorização do ato, que atendem a situações especiais.

Segundo Pietro (2016, p. 211) no Direito Administrativo, o aspecto formal do ato possui grande relevância, pois representa uma garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração Pública. É pelo respeito à forma que se possibilita o controle do ato administrativo pelos seus destinatários, pela própria Administração Pública ou pelos demais Poderes.

Não obstante, a doutrina tem evoluído no sentido de se moderar as exigências quanto às formalidades. O entendimento que se busca é que, para a prática de qualquer ato administrativo, devem ser exigidas tão somente as formalidades estritamente essenciais, desprezando-se procedimentos meramente protelatórios. É o chamado formalismo moderado.

Quanto à existência ou não de discricionariedade nesse requisito, o art. 22 da Lei nº 9.784/1999 dispõe que “os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.” (BRASIL, 1999).

Não obstante, como regra, a forma ainda é vista pela doutrina como um requisito vinculado do ato administrativo, visto que ele deve ser exteriorizado na forma que a lei exigir.

Por exemplo, a própria Lei nº 9.784/1999 (art. 22, parágrafo único), exige que os “atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável”. Outras normas prescrevem formas específicas, como decreto, resolução, portaria, etc.

Pietro (2016, p. 212) diz que a forma dos atos geralmente é vinculada, porque a Lei previamente a define. No entanto, eventualmente, a Lei poderá prever mais de uma forma possível para praticar o mesmo ato, caso em que existirá discricionariedade quanto à forma. Esta é a posição majoritária da doutrina que, geralmente, considera, como regra, a vinculação quanto ao elemento forma, mas admite, como exceção, sua discricionariedade nos casos em que a Lei apresente mais de uma forma possível para a prática do ato ou não apresente nenhuma forma a ser seguida pelo administrador.

Contudo, como sustenta Mello (2007, p. 377), mesmo quando há ausência de prescrição legal sobre uma forma determinada, alguma forma deve ser utilizada pelo agente público, pois não pode haver ato sem forma, já que, nas palavras do autor, “o Direito não se ocupa de pensamentos ou intenções enquanto não traduzidos exteriormente.”.

Por fim, quando a lei não exigir forma determinada para o ato administrativo, a Administração pode praticá-lo com a forma que lhe parecer mais adequada. Nesse caso, a forma seria um elemento discricionário do ato. Ressalte-se, porém, que a forma escolhida pela Administração Pública deve sempre assegurar segurança jurídica e, na hipótese de atos restritivos de direitos e sancionatórios, possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa.

3.2.5 Objeto do Ato Administrativo

Objeto é o efeito jurídico imediato que o ato produz. Em outras palavras, o objeto compreende os direitos nascidos, transformados ou extintos em decorrência do ato administrativo.

França (2000, p. 37), remetendo a Meirelles, coloca que o objeto corresponde ao conteúdo do ato administrativo, ou seja, “a criação, modificação, ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público.”. Já Justen Filho (2005, p. 215) afirma que o conteúdo é aquilo que é determinado ou executado pela Administração Pública. Em suma, é aquilo que o ato dispõe, é o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica.

No entanto, há divergências doutrinárias a respeito desse elemento. Há autores que distinguem o objeto do conteúdo do ato, como Mello, por exemplo, e outros, como Pietro, que os tratam como sinônimos. Aqui, utilizaremos tais vocábulos como sinônimos.

De acordo com Bacellar Filho (2008, p. 110), o objeto deve ser lícito, já que a Administração Pública está, em qualquer circunstância, subordinada ao princípio da legalidade; possível, ou seja, realizável no mundo dos fatos e do direito; certo, com definição de destinatários, efeitos, tempo e lugar; moral e dirigido a um fim público.

Quanto ao objeto ser elemento vinculado ou discricionário, tanto para Pietro (2016, p. 219) como para Moreira Neto (2003, p. 91), o objeto será vinculado quando a lei definir apenas um objeto como possível para atingir determinado fim e será discricionário quando vários objetos forem possíveis para atingir um mesmo fim, sendo todos eles válidos perante o direito.

Para a doutrina em geral, o objeto constitui o núcleo da discricionariedade, principalmente devido ao juízo de conveniência que incide sobre o conteúdo do provimento estatal, ou seja, sobre o objeto do ato. Assim, quando não há uma previsão concreta na lei de fazer ou não fazer, caberá ao agente público decidir sobre a oportunidade e a conveniência da edição ou não do ato administrativo.

3.3 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

O mérito do ato administrativo consiste na possibilidade previamente prevista em lei para valoração do motivo e escolha do objeto do ato, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Sendo este, portanto, conceito que é inerente aos atos administrativos discricionários.

Não houve ainda, pela doutrina atual, uma consolidação de um único significado para mérito do ato administrativo. Dentre as divergências existentes a principal diz respeito quanto a extensão que deve ser dado a mencionado conceito. Faz-se de suma importância essa delimitação do que é mérito a fim de auxiliar no estudo do controle jurisdicional da atuação discricionária da Administração Pública, visto que esta poderá ser maior ou menor, dependendo do entendimento que se tem de até aonde vai o mérito dentro do ato administrativo.

Segundo Mello (2000, p. 38), mérito é

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

Justen Filho (2005, p. 220) por sua vez, sustenta que a expressão mérito do ato administrativo tem de ser utilizada com o fito de indicar o centro da natureza decisória que um ato administrativo discricionário deve possuir, produzido por uma autorização legislativa. Nesses casos, poderá a fiscalização observar os requisitos externos de regularidade da atuação discricionária, ou seja, poderá ser verificado se todos os requisitos legais procedimentais foram respeitados, bem como, se o agente público atuou objetivando à concretização dos direitos fundamentais, com a observância dos valores democráticos. Contudo, não é admitido o controle relacionado ao juízo de conveniência e de oportunidade, inerente à atividade administrativa discricionária.

Medauar (1986, p. 39-45) diz, ainda, que o poder discricionário possui sua sede no mérito, sendo este a “indagação da oportunidade e conveniência do ato, zona livre em que a vontade do administrador decide sobre situações mais adequadas ao interesse público.”.

Fagundes (1991, p.31) foi um dos primeiros doutrinadores brasileiros a tratar do tema mérito do ato administrativo. Para ele, não é possível haver controle judicial sobre o mérito, pois se trata do sentido político do ato administrativo. Na hipótese de o juiz penetrar no conhecimento do mérito, este estaria ultrapassando o campo de apreciação jurídica (legalidade e legitimidade) que lhe é garantido por ser incumbido da preservação da ordem legal para adentrar no terreno da gestão política (discricionariade), que é próprio dos órgãos do Poder Executivo.

Para o autor, pode ser encontrado no motivo do ato administrativo (utilidade e oportunidade), em seu objeto (modo de agir) ou nos dois, simultaneamente, o mérito do ato administrativo.

Nos dias atuais já existe a visão um pouco amplificada do mérito do ato, podendo este ser encontrado, mesmo que com menor frequência, também na finalidade e na forma do ato administrativo.

Desta feita, já que a competência, a finalidade e a forma do ato administrativo são, via de regra, elementos vinculados, segundo Bacellar Filho (2008, p. 111), não a possibilidade de dizer que o mérito, que pressupõe o exercício da discricionariade, recai especialmente (mas não unicamente) sobre os elementos objeto e motivo. No que diz respeito a esses

elementos, o autor expõe que não cabe correção judicial, salvo se ocorrer excesso ou desvio de poder.

Além do mais, de acordo com Fagundes (1991, p. 149), constitui o mérito, fator pertinente somente aos atos discricionários, porque quando um ato vinculado é praticado pela Administração Pública, o conteúdo político (mérito) do processo de realização da vontade estatal já está plenamente esgotado pela Lei. A medida a ser tomada diante de um caso real já fora analisada e concluída previamente pelo legislador. Nesses casos, a Administração Pública apenas torna efetiva a solução preestabelecida.

Como conclusão, o autor assevera que o mérito cerca interesses e não direitos. Nesse ponto que é afirmado que ao Poder Judiciário não se permite adentrar no mérito do ato administrativo, isso porque os interesses não se submetem ao Poder Judiciário, mas apenas os direitos individuais, caso feridos por ele. Nas palavras de Fagundes (1991, p. 181), que se utiliza dos ensinamentos de Ranelletti, “o mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, faria obra de administrador, violando, o princípio da separação e independência dos poderes.”.

Nesse sentido, Bacellar Filho (2008, p. 112) e França (2000, p. 40) defendem que o mérito apenas existe nos atos administrativos discricionários, aja vista que nos atos vinculados o juízo de oportunidade já foi anteriormente analisado e definido pelo legislador no momento de edição da Lei e, desse modo, não existe espaço para que ocorra uma avaliação de conveniência e oportunidade por parte de Administração Pública.

Entretanto, Pietro (1991, p. 91) indica que apesar de ser verdade que não é permitido ao Poder Judiciário regular o mérito administrativo, ou seja, o aspecto político do ato, não é aceitável

Usar-se o vocábulo mérito como escudo à atuação judicial em casos que, na realidade, envolvem questões de legalidade e moralidade administrativas. É necessário colocar a discricionariedade em seus devidos limites, para impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente em matéria de mérito.

Desse modo, é possível dizer que: (a) o mérito constitui o centro da discricionariedade administrativa; b) cuida da conveniência e à oportunidade da Administração Pública em praticar ou não certo ato e, em praticando-o, na escolha de quando e como praticá-lo; (c) é encontrado principalmente nos elementos objeto e motivo do ato administrativo, apesar de poder ser, em caráter excepcional, encontrado também em sua finalidade e na sua forma.

3.3.1 Mérito e legalidade

Primeiramente, para podermos diferenciar legalidade e mérito, precisamos ter em mente que o Poder Judiciário atua no campo de estrita aplicação da lei, enquanto a Administração Pública atua no campo de sua aplicação, em face e em função de interesses públicos.

Pietro (2016, p. 230) e Cunha (2005, p. 123), ao tratarem da diferença entre legalidade e mérito, afirmam que a primeira se refere à conformidade do ato com a lei e o segundo refere-se à oportunidade e à conveniência diante do interesse público a atingir.

Fagundes (1991, p. 190), em brilhante síntese, distingue com objetividade mérito e legalidade. De acordo com o autor, tal distinção se dá em virtude da divisão das funções na vida estatal e da natureza peculiar de cada uma delas. Dessa forma, como se sabe, ao Poder Legislativo é confiada a função de edição do direito e ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário a execução do direito, sendo que o administrador deverá aplicá-la normalmente através de seus atos e o juiz deverá fazê-lo em circunstâncias incidentes, quando se exigir a apuração da juridicidade das medidas aplicadas pelo Poder Executivo. Assim, como bem averbado pelo autor, o campo de atuação do juiz é o da estrita aplicação da Lei, enquanto o do administrador é o da sua aplicação, em face e em função de interesses públicos e privados. Tem-se, portanto, dois setores: um de atuação sucessiva do Poder Executivo e do Poder Judiciário e outro de atuação exclusiva do Poder Executivo. São esses dois setores que explicam a adoção das expressões legalidade e mérito. E conclui o autor: “Aquela (a legalidade) definindo o âmbito de atuação executora, inicialmente competindo à Administração Pública e, posteriormente, em grau de revisão, ao Poder Judiciário; esta outra [o mérito] significando o setor privativo dos órgãos da Administração.” (FAGUNDES, 1991, p. 200).

Assim, pode-se entender que o mérito do ato administrativo está regido pela conveniência e pela oportunidade do ato e está imune à revisão por parte do Poder Judiciário, pois consiste na parcela de liberdade conferida ao agente público para que decida, segundo esses critérios, qual é a solução mais adequada para que se atinja a finalidade pública, objetivo que deve ser alcançado por todo ato administrativo. De outro lado, a legalidade é responsável por vincular a atuação do administrador à estrita observância da Lei, devendo este agir sempre nos limites impostos pelo legislador.

3.3.2 Mérito e discricionariedade

Como bem coloca Leite (1981, p.65), o fato de o mérito existir somente quando o agente público atua no exercício de sua competência discricionária, não significa dizer que mérito e discricionariedade são sinônimos, porque não o são. Como veremos a seguir, aquele tem uma dimensão muito mais restrita que este.

Leite (1981, p. 66) sintetiza seu pensamento da seguinte forma:

Não existe discricionariedade não submetida à regra de direito; sendo ela sujeita a certos parâmetros, consiste o controle em ajuizar da razoabilidade dos motivos ou da escolha dos fins, quando a discricionariedade estiver na hipótese ou na finalidade da norma. Da mesma forma, quando a discricionariedade estiver situada no preceito normativo, o que caberá ser verificado é se os agentes escolheram um meio admissível, dentre uma pluralidade de comportamentos possíveis; em outras palavras, se se mantiveram dentro do mérito, ou, se se valendo da ideia de mérito, atuaram com exorbitância, transbordando-o. Em nenhuma das hipóteses aventadas, poderá o Judiciário alterar os critérios adotados pela Administração, deste que essa tenha se mantido na moldura legal, sob pena de usurpação de poder e de incidência em inconstitucionalidade.

Fagundes (1991, p. 203), ao tratar do assunto, afirma que atividade discricionária e mérito nem sempre coincidem, podendo aquela exercer-se em campo distinto do merecimento. Além disso, a discricção é exercida com submissão às normas jurídicas, o que não ocorre com o mérito. A discricionariedade tem demarcado, pela Lei, as divisas de seu exercício. Dentro, porém, dessas linhas divisórias, é livre, exercita-se sob a influência apenas de razões políticas. É nesse plano de não sujeição da atividade administrativa a normas propriamente jurídicas que se encontra o mérito.

Assim, pode-se concluir que o mérito é o campo de liberdade concedida pelo legislador ao administrador para que este atue de acordo com a conveniência e a oportunidade da Administração Pública, visando sempre a atender a uma finalidade coletiva. Já a discricionariedade é o meio através do qual essa função poderá ser exercida, ou seja, a discricionariedade é uma técnica jurídica que permitirá que o agente público atue utilizando-se dos critérios de conveniência e oportunidade, produzindo o mérito do ato administrativo. Em suma, a discricionariedade é o meio; o mérito, o resultado.

3.4 ATO VINCULADO E ATO DISCRICIONÁRIO

Diversos doutrinadores trabalharam com a contraposição que há entre discricionariedade e vinculação da atuação da administração. Mencionada distinção será

importante para o tema principal deste trabalho, principalmente no que se refere à extensão do controle jurisdicional da atividade administrativa.

De acordo com o raciocínio de Justen Filho (2005, p. 230), o princípio da legalidade poderá se manifestar de duas maneiras: (a) a determinação constitucional da estrita legalidade, que significa a supressão da competência normativa fora do Poder Legislativo para disciplinar determinado tema, ou seja, a impossibilidade de complementação da disciplina através do Poder Executivo e (b) a existência de uma margem de atuação autônoma, concedida pela lei, ao seu aplicador, ou seja, a atribuição ao aplicador de competência para identificar os pressupostos ou determinar comandos normativos para o caso concreto. No primeiro caso têm-se a competência vinculada e, no segundo, o exercício da competência discricionária.

Notadamente, segundo o autor, percebe-se que, na discricionariedade, a lei atribui ao aplicador o encargo de produzir a solução por meio de ponderação quanto às circunstâncias, ou seja, o dever-poder de realizar a escolha. Na vinculação não é possível mencionada escolha e o administrador deve limitar-se a uma atuação que lhe é imposta pela lei.

Acrescenta Mello (2007, p. 16) que no ato vinculado não há alguma liberdade atribuída ao administrador, visto que seu comportamento já foi anteriormente especificado em lei. Ou seja, nesse caso, a lei dispõe a conduta que deve ser seguida pelo agente público prevendo de antemão e, nas palavras de Mello (2007, p. 16),

em termos estritamente objetivos, aferíveis objetivamente, quais as situações de fato que ensejarão o exercício de uma dada conduta e determinando, em seguida, de modo completo, qual o comportamento único que, perante aquela situação de fato, tem que ser obrigatoriamente tomado pelo agente.

Em contrapartida no ato discricionário a lei atribuiu certa margem de liberalidade à Administração Pública, no momento de sua atuação, que pode adotar a que lhe pareça a melhor medida frente ao caso concreto. Mello (2007, p. 17) conclui que:

Esta relativa liberdade, ora enseja-lhe praticar ou não praticar o ato diante daquela situação, ora outorga-lhe competência para ajuizar sobre o momento adequado para fazê-lo, ora permiti-lhe uma opção quanto à forma que revestirá o ato, ora finalmente, autoriza-o a decidir sobre a providência a ser tomada, entre pelo menos duas alternativas abertas pela norma aplicada.

Pietro (2016, p. 231) diz que quando existe vinculação, quer dizer que a lei não deixou escolhas para a Administração Pública. Nesses casos, é fixado pela lei que o agente público deve agir de uma maneira determinada, diante de certos requisitos. Deste modo, a autora assevera que frente a um poder vinculado, o particular possui um direito subjetivo de

exigir do administrador público competente a edição de determinado ato. Não o fazendo, a Administração poderá sujeitar-se à correção judicial. Existem outros casos, todavia, em que a lei proporciona uma margem de decisão perante o caso concreto, permitindo a escolha, pelo administrador, de uma ou outra possibilidade com base em critério de conveniência e oportunidade da Administração Pública. É por isso que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites impostos pela Lei.

Freitas (2007, p. 32), ao classificar os atos administrativos de acordo com a intensidade de subordinação à legalidade estrita, dividiu-os em atos administrativos propriamente ditos e atos administrativos discricionários. O primeiro foi conceituado como sendo “aqueles de mais intenso condicionamento aos requisitos previamente estabelecidos pelo ordenamento, com escassa e residual liberdade de determinação do conteúdo das disposições normativas.” Já o segundo foi tido como aqueles em que o agente público tem o dever (e não faculdade) de praticar, de acordo com a conveniência e oportunidade da Administração Pública, buscando a melhor alternativa, sem se mostrar, contudo, alheio às consequências, no caso concreto.

Medauar (1983, p. 70) ainda conclui que existirá vinculação quando a Administração tomar decisões cuja necessidade e conteúdo estão estipulados na lei. Nestes casos, o administrador não tem poder nenhum de apreciação, pois suas ações têm como objeto único e como resultado obrigatório a aplicação de disposições preexistentes a um caso determinado, visto que está condicionada pela conduta imposta previamente pela norma jurídica.

Finalmente, é importante acrescentar que não há tipos absolutos de vinculação ou de discricionariedade. Dentro de um mesmo ato, alguns aspectos são vinculados e outros discricionários. Segundo Justen Filho (2005, p. 171), “trata-se de uma questão de grau, variável em cada norma e para cada situação em que a atividade será desenvolvida.”

Freitas (2007, p. 37), ao citar Alexandre Pasqualini, fala que tudo não passa de uma questão de intensidade. Existirão casos em que as determinações legais serão quase que absolutas e outros em que o agente estará à beira de uma pura liberalidade. Contudo, não existem limites extremos, nem da plena adstrição e nem da inteira autonomia.

Conclui-se, desse modo, que, de um lado, as escolhas de um órgão administrativo são vinculadas quando existe a predominância de uma norma jurídica, de maneira concreta, que define a conduta que o agente público seguirá, isto é, quando a lei determina especificamente o que um órgão deverá fazer em um caso concreto. E, por outro lado, as faculdades do órgão poderão ser discricionárias quando existir a outorga de certa liberalidade, que é concedida pela lei, para eleger, entre uma ação ou outra, para agir de uma ou outra maneira, ou para ter

ou não certa atitude. Deste modo, Gordillo (1977, p. 122) menciona que a atividade administrativa deve sempre visar e atender ao interesse público, sendo que algumas vezes isso se dará através do que determina exatamente o legislador e outras vezes se dará por meio da apreciação do órgão que dita o ato.

3.4.1 Discricionariedade e arbitrariedade

De acordo com o exposto anteriormente, a discricionariedade administrativa só existe como um poder infralegal, subordinada e limitada estritamente pela lei. Desde modo, quando ocorre o desrespeito a tal vinculação legal, pode surgir à figura da arbitrariedade que, como bem assevera Pietro (2016, p. 41), “situa-se do outro lado da linha de demarcação do limite da discricionariedade, sendo que esta é a liberdade de ação exercida nos limites da lei, enquanto aquela é a liberdade que ultrapassa tais limites legais.”.

Logo, nota-se que discricionariedade e arbitrariedade não são sinônimos e nem se confundem. Nessa linha, França (2000, p. 42) explica que o poder discricionário obedece, estritamente, aos parâmetros legais e pressupõe a correta subsunção do caso concreto ao caso abstratamente disposto na Lei. Por outro lado, na arbitrariedade, a Administração Pública exorbita a esfera de sua competência, através do uso de instrumentos inadequados ou proibidos para a concretização da finalidade legal, ou até mesmo a ignora, buscando finalidades diversas do interesse público.

Freitas (2007, p. 66) diz que a subordinação do poder discricionário não se dá somente com relação ao princípio da legalidade, porque existe também a vinculação dos atos administrativos aos princípios jurídicos. Sendo assim, com base nas ideias do autor, a atividade discricionária que não se subordinar ou estiver em concordância com os princípios é, por si só, arbitrária.

Bacellar Filho (2008, p. 61-62) também busca esclarecer a diferença entre discricionariedade e arbitrariedade, comparando a atividade discricionária a uma viagem de trem, afirmando que:

A atividade discricionária assemelha-se a uma viagem empreendida por uma composição ferroviária, em que a Administração seria a locomotiva com os respectivos vagões, sendo o maquinista o Administrador Público. Os trilhos correspondem à lei. O itinerário seguirá tranquilo e previsível, pois submetido ao princípio da legalidade o administrador deverá traçá-lo sempre em cima dos trilhos, sob pena de descarrilamento da composição. Haverá de chegar um momento, contudo – uma encruzilhada com várias

vertentes -, em que a lei não o informará qual a direção a ser seguida. Incumbirá ao maquinista, administrador público, sem se afastar dos trilhos da lei, aferir a oportunidade e a conveniência da escolha do caminho ou da vertente apropriada. Incumbir-lhe-á, sempre, inclinar-se pela melhor opção.

No presente caso exposto pelo autor, quando o maquinista, administrador público, se encontra na encruzilhada com diversas vertentes, ele deve escolher qual a direção a ser escolhida. Contudo, deve sempre optar por aquela apresentada pela Lei, ou seja, deve sempre ficar nos trilhos. Caso se desvirtue deles, será considerado arbitrariedade e não discricionariedade, pois terá escolhido o caminho fora dos trilhos, qual seja, aquele não permitido pela Lei.

Portanto, segundo Mello (2007, p. 101) é possível concluir que, quando o agente age discricionariamente e a lei lhe outorga mencionado poder-dever, estará este cumprindo a determinação legal de decidir, conforme a conveniência, a oportunidade e a justiça, visando sempre o melhor meio de satisfazer o interesse público. De outro lado, quando este age arbitrariamente, estará agredindo o ordenamento jurídico, tendo em vista que seu comportamento terá afrontando o que a lei lhe permite. Consequentemente, seu ato é ilícito e poderá ser corrigido judicialmente, o que não ocorre quando o administrador age dentro dos parâmetros legais da discricionariedade.

4 O ATO ADMINISTRATIVO DE REMOÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO: DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Inicialmente, é importante destacar frisar que o principal fundamento para a existência do controle judicial do ato administrativo se encontra no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988).

Além disso, é necessário mencionar, ainda, que, no Brasil, o sistema jurisdicional vigente é o da Jurisdição Una, de maneira que um mesmo Poder, ou seja, o Poder Judiciário, julgue diversos conflitos, tanto os que envolvam relações ou conflitos entre particulares como também os que envolvam a Administração Pública como parte. Contrapõe-se a tal tipo de sistema o da Jurisdição Dúplice ou do contencioso administrativo, em que os litígios que envolvam a Administração Pública são julgados, de maneira definitiva, por órgãos do Poder Executivo, instituídos independentemente do Poder Judiciário. A França é um dos países que adota tal sistema.

4.1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A DISCRICIONARIEDADE

De acordo com Bacellar Filho (2008, p. 70), no início do Estado Liberal, o controle da atividade administrativa realizava-se unicamente quanto aos aspectos de legalidade dos atos, ou seja, era um controle restrito. Com o advento do Estado Social e Democrático de Direito, a visão que se tinha do controle dos atos administrativos sofreu grandes mudanças. Na democracia social, criaram-se novas modalidades de controle, legitimando o cidadão como agente controlador. Com a Constituição Federal Brasileira de 1988, o controle da Administração Pública passou a corresponder a um poder de fiscalização e correção exercido pelos órgãos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e pelos cidadãos, com o intuito de que a atuação da Administração Pública esteja em conformidade com os princípios que lhe são impostos pelo quadro normativo nacional.

Nesse mesmo sentido, Justen Filho (2005, p. 180) diz que o Direito é um instrumento para a implementação dos valores fundamentais e o controle jurídico sobre aqueles que exercem o poder estatal é o meio para a realização desses valores. E, indo mais além, o autor conclui que o direito público controla a conduta dos agentes estatais e os submete à observância de determinações quanto às escolhas a realizar e à fiscalização sobre a

regularidade de sua atuação. Como bem salienta Pondé (1998, p. 41), “toda discussão relativa ao poder se associa a um debate sobre seu controle.”.

Fagundes (1991, p. 211), um dos primeiros doutrinadores a tratar do assunto no Brasil, afirma ser indispensável dar ao Poder Judiciária estrutura e desenvolvimento para que possa cumprir com seu relevante papel de vinculação da função administrativa à ordem jurídica. Para ele, o Poder Judiciário é o principal meio que se tem para confinar, dentro da Constituição e das leis, o exercício do Poder Executivo.

Segundo Sesin (2006, p. 20), originalmente a discricionariedade era vinculada com a exclusão de controle judicial, pois se encontrava fora do direito. Dessa forma, a atuação da Administração Pública era irreversível pela via judiciária. Somente a atividade totalmente vinculada à Lei podia ser objeto do controle jurisdicional. Atualmente, como afirma o autor, tal posição não é mais sustentável, pois a grande maioria dos doutrinadores já admite que não há ato administrativo totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Dessa forma, hoje todos os atos administrativos são passíveis de controle jurisdicional, mas se exclui a parte do mérito do ato do controle feito pelo Poder Judiciário. Para o autor, estamos vivendo, atualmente, o desenvolvimento de uma nova fase, em que nem mesmo os contornos da discricionariedade estão excluídos do controle jurisdicional.

A discricionariedade administrativa, sendo parte do ordenamento jurídico (seja de forma expressa ou implícita) e do Direito, sujeita-se ao controle judicial para análise e revisão a fim de observar se esta foi efetivamente exercida de maneira correta. Isso não implica revisar sua essência (mérito), porém apenas seu contorno externo e sua inserção no sistema jurídico. Deste modo, para Sesin (2006, p. 22), no lugar de se falar em técnicas de controle da discricionariedade, deve se falar em técnicas de controle de seu exercício.

4.2 CONTROLE E SEPARAÇÃO DOS PODERES

Justen Filho (2005, p. 185) assevera que a separação dos Poderes estatais é uma maneira clássica de organizar e limitar o poder político e dessa forma produz um sistema de freios e contrapesos, permitindo o controle do poder pelo próprio poder. Desenvolvido por Montesquieu, a separação dos poderes divide a atuação do Estado em três partes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. Tais divisões são o que chamamos de Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Em seu artigo 2º, a Constituição Federal prevê que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, consagrando, assim, a teoria de Montesquieu na organização estatal brasileira atual. Entretanto, um Poder não age de forma totalmente independente dos demais, pois isso dificultaria seu controle.

Deste modo, de forma simplificada, os poderes podem ser divididos de acordo com suas funções típicas: o Poder Legislativo cria as leis e fiscaliza, o Poder Judiciário julga e o Poder Executivo executa o que está na lei. Em relação ao Poder Judiciário este atua no controle dos atos administrativos, acabando assim, a princípio, interferindo na atuação de outro Poder, qual seja o Executivo. No entanto, não é isso o que realmente ocorre. Como bem pontua Justen Filho (2005, p. 188), a separação de Poderes visa impedir o desempenho autônomo da atividade administrativa, que deve ter sua atuação de acordo e limitada pela Lei. E cabe ao Poder Judiciária a defesa do efetivo cumprimento da Constituição Federal e das demais leis infraconstitucionais. Sendo assim, a separação dos Poderes subordina a Administração Pública ao controle jurisdicional, respeitando, sempre, o limite de atuação do Poder Judiciário frente aos atos administrativos, como se verá adiante.

Tácito (1989, p. 28), de maneira geral, afirma:

A Administração Pública, atribuição dominante do Poder Executivo, funciona, no Estado de Direito, sob a dupla incidência da ação dos dois outros Poderes: de uma parte, subordina-se ao princípio da legalidade no sentido de vinculação de sua atividade à força obrigatória da lei, oriunda do Poder Legislativo, e de outra, os atos e contratos administrativos que pratica ficam submetidos à revisão judicial, cabendo ao Poder Judiciário a competência final de anulação de ilegalidades ou abuso de poder bem como, conforme o caso, dar execução a decisões administrativas.

Assim, conclui-se, baseando-se nas afirmações de Pontes Filho (1980, p. 30), que a separação dos poderes (que os torna independentes e harmônicos entre si) é primordial para o Estado Democrático de Direito, pois a distribuição de funções entre órgãos distintos, cada qual com sua área própria de atuação e com competência para vigiar e regular os passos dos demais, é o melhor mecanismo de salvaguarda dos direitos individuais. Um dos maiores problemas atualmente, no entanto, não consta na aceitação da regulação de um poder sobre o outro, porém sim na dificuldade de delimitar até o ponto exato que um poder pode controlar e regular as atividades do outro. Isso é o que será discutido no tópico a seguir.

4.3 EXTENSÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL

Fagundes (1991, p. 215) nos ensina que a finalidade do controle judicial da atividade administrativa é a proteção do indivíduo perante a Administração Pública, que, por diversas vezes, ao entrar em contato com os indivíduos, tem a possibilidade de lhes violar direitos, por abuso ou por erro na aplicação da lei. Há o controle, deste modo, com a finalidade de conter a atuação da Administração dentro da ordem jurídica, de forma a garantir ao indivíduo o exercício pleno de seus direitos.

Com base nas ideias de Sesin (2006, p. 60), a atuação da Administração Pública não se sujeita só à lei, porém ao direito como um todo. Desta feita, passa-se a dar maior importância aos princípios gerais do direito, os quais, junto com a lei, passam a constituir o marco de juridicidade que serve como fonte da atividade administrativa. Nas palavras do autor, “actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma, por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido.” (SESIN, 2006, p. 61).

Sesin (2006, p. 62), contudo, não concorda com o controle total da atividade administrativa, que substituísse a discricionariedade política pela judicial, porque a mencionada atitude faria com que existisse uma politização da justiça e não uma jurisdicionalização da política, como deve ser. O excesso de controle pode gerar a paralisação da atividade estatal e substituir as decisões de um governo democraticamente eleito pela vontade dos juízes. De outro lado, o autor também não segue a ideia de um controle escasso, pois isto seria pernicioso para o Estado de Direito e para as garantias dos cidadãos. Assim, é importante buscar equilíbrio entre o que pode e o que não pode ser controlado judicialmente, embasado na realidade constitucional, nos direitos fundamentais e no sistema democrático.

Pietro (2016, p. 230), por sua vez, aduz que, em relação aos atos vinculados, não existem restrições quanto ao seu controle pelo Poder Judiciário, pois todos os seus elementos são definidos em lei e caberá, portanto, ao juiz examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei. Em contrapartida com relação aos atos discricionários, o controle jurisdicional é possível, mas, nas palavras de Pietro (2016, p. 202), “terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.”. Pode-se dizer que, nesses casos, o Poder Judiciário deve apreciar os aspectos da legalidade e averiguar se a Administração Pública não extrapolou os limites da discricionariedade concedida pela norma legal.

Desta feita, as técnicas de controle judicial da discricionariedade administrativa a serem trabalhadas no presente trabalho de conclusão de curso são, basicamente, o controle efetuado pelos princípios constitucionais administrativos, cujo desenvolvimento na doutrina brasileira é recente, e o controle de legalidade pelos elementos do ato administrativo, através da teoria do desvio de poder (referente ao controle da finalidade) e da teoria dos motivos determinantes (referente ao motivo), que já estão mais concretizadas na realidade jurídica brasileira.

4.4 CONTROLE ATRAVÉS DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, conforme já aduzido no primeiro capítulo deste estudo, trouxe alguns princípios expressos que a Administração Pública deve obrigatoriamente cumprir no exercício de sua atividade, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Através de tais princípios, todas as pessoas que fazem parte ou atuam em colaboração com a Administração Pública devem se portar em obediência à Constituição Brasileira.

Vale pontuar que os princípios acima citados não são os únicos que norteiam a atividade administrativa, existem aqueles, que não são expressos na Carta da República, mas estão presentes em leis esparsas e específicas como o caso da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo disciplinar em âmbito federal, em seu art. 2º, que dispõe que: “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” (BRASIL, 1999).

Em que pese, todos os princípios sejam de suma importância para regular a atividade do administrador, o presente trabalho abordará apenas os princípios expressos na Constituição Federal, visto que, esta inicia e baseia toda a atividade da Administração Pública.

De acordo com Justen Filho (2005, p. 13), toda liberdade atribuída ao agente público necessita que seja exercida de uma maneira a existir sempre compatibilidade com os princípios jurídicos fundamentais. Para Justen Filho (2005, p. 13-14), é preciso “impregnar a atividade administrativa com o espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos princípios e valores ali consagrados.”. A supremacia da Constituição deve constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa.

Freitas (2007, p. 8), também acrescenta que:

Toda discricionarieidade, exercida legitimamente, encontra-se, sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais, acima das regras concretizadoras. Nessa ordem de ideias, quando o administrador público age de modo inteiramente livre, já deixou de sê-lo. Tornou-se arbitrário. Quer dizer, a liberdade apenas se legitima ao fazer aquilo que os princípios constitucionais, entrelaçadamente, determinam.

Freitas (2007, p. 129) ainda assevera que o grande engano está na hipótese de que a vinculação se dá de forma exclusiva em relação ao princípio da legalidade estrita, quando, na verdade, é nítido que deve abranger maiores aspectos, ou seja, o ato administrativo deve estar subordinado à totalidade dos princípios, sendo este, nas palavras de do autor, “um ideal irrecusável de que deve cuidar o estudioso e o aplicador do Direito Administrativo.” O agente nunca possui liberdade legítima e lícita para agir desvinculado dos princípios constitucionais do sistema, mesmo nos casos em que sua atuação possa se revestir de uma menor subordinação à legalidade estrita que os atos plenamente vinculados, ou seja, qualquer ato discricionário pode e deve ser anulado se for lesivo ao conjunto dos princípios constitutivos do sistema jurídico.

Mello (2007, p. 922-923), conclui perfeitamente que,

O princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Sendo assim, a violação a um princípio se torna muito mais grave que a de uma norma qualquer, aja vista que desatender a um princípio ofende não apenas um mandamento legal, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave maneira de ilegalidade, porque afronta todo o sistema, subvertendo seus valores fundamentais.

Nesse sentido, Freitas (2007, p. 130) diz que só é legítima a liberdade se exercida com base nas regras e, acima delas, com os exigentes princípios constitucionais. Fora desses casos, nasce, em maior ou menor grau, a arbitrariedade por ação ou omissão.

Completa ainda o autor que o controle se orientado pelos princípios constitucionais pressupõe o entendimento de que a Administração precisa estar em sintonia com a lei, mas, acima disso, precisa de modo efetivo e eficaz, harmonizar-se empírica e constantemente com os princípios fundamentais do Direito Administrativo.

Em suma, como averba Gordillo (1977, p. 115), “em nenhum momento pode se pensar atualmente que uma porção da atividade administrativa possa estar fora ou acima do ordenamento jurídico e é por isso que se enuncia uma série de princípios de direito, que constituem um limite à discricionariedade administrativa”, os quais serão vistos, de forma sintetizada, a seguir.

4.5 O CONTROLE REALIZADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA

A Administração Pública, no exercício cotidiano de suas funções, está autorizada a anular ou revogar seus próprios atos, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, quando tais atos são contrários à Lei ou aos interesses públicos, mencionado controle é denominado como administrativo ou interno. Essa possibilidade conferida ao administrador de rever seus próprios atos decorre do princípio da autotutela, porém, não é ilimitada. Questões de ordem objetiva, com o decorrer do tempo, ou subjetiva, como a boa-fé dos destinatários, restringem o exercício desse poder-dever.

O princípio da autotutela estabelece que a Administração Pública possui o poder de controlar os próprios atos, anulando-os quando ilegais ou revogando-os quando inconvenientes ou inoportunos. Assim, a Administração Pública não precisa recorrer ao Poder Judiciário para corrigir os seus atos, podendo fazê-lo diretamente.

Esse princípio possui previsão em duas súmulas do Supremo Tribunal Federal, sendo: a de nº 346, que estabelece que “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos” (STF, 1969), e a de nº 473, que dispõe que “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (STF, 1963).

Atualmente, o princípio ganhou previsão legal, conforme consta no art. 53 da Lei nº 9.784/99, que dispõe que “a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”.

Nesse contexto, a autotutela envolve dois aspectos da atuação administrativa: a) legalidade: em relação ao qual a Administração procede de ofício ou por provocação, a anulação de atos ilegais; e b) mérito: em que reexamina atos anteriores quanto à conveniência e oportunidade de sua manutenção ou desfazimento (revogação).

Quanto ao aspecto da legalidade, conforme consta na Lei nº 9.784/99, a Administração Pública deve anular seus próprios atos, quando possuírem alguma ilegalidade. Trata-se, portanto, de um poder-dever, ou seja, uma obrigação. Dessa forma, o controle de legalidade, em decorrência da autotutela, pode ser realizado independentemente de provocação, pois se trata de um poder-dever de ofício da Administração Pública.

Como já exposto no presente trabalho, no Brasil vigora o princípio da inafastabilidade de tutela jurisdicional, desse modo, o controle de legalidade realizado pela própria Administração Pública não afasta a competência do Poder Judiciário de controlar a legalidade dos atos públicos. Contudo, a diferença existe na forma de atuação, pois, a Administração Pública pode agir de ofício, enquanto o Poder Judiciário só atuará mediante provocação.

A Administração Pública não se limita ao controle de atos ilegais, pois poderá retirar do mundo jurídico atos válidos, porém que se mostraram inconvenientes ou inoportunos. Nesse caso, não estamos mais falando de controle de legalidade, mas de controle de mérito. Dessa forma, após o juízo de valor sobre a conveniência e oportunidade, a Administração Pública poderá revogar o ato. Aqui reside uma segunda diferença da autotutela para o controle judicial, pois somente a própria Administração Pública que editou o ato poderá revogá-lo, não podendo o Poder Judiciário anular um ato válido, porém inconveniente de outro Poder.

Vale dizer, o Poder Judiciário poderá anular um ato ilegal de outro Poder, porém não poderá revogar um ato válido. Isso ocorre porque o controle judicial analisa os aspectos de legalidade e legitimidade, mas não pode se imiscuir no mérito administrativo.

Com efeito, a autotutela também encontra limites no princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas. Assim, conforme consta no art. 54 da Lei 9.784/99, o direito da Administração Pública de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. Assim, após esse prazo, o exercício da autotutela se torna incabível.

Finalmente, outra limitação para a autotutela se refere à necessidade de oportunizar o contraditório e a ampla defesa, por meio de processo administrativo, às pessoas cujos interesses serão afetados negativamente em decorrência do desfazimento do ato.

Todavia, conforme ensina Furtado (2015. p. 53), a necessidade de direito de defesa só ocorre nas hipóteses de atos individuais, definidos estes como os atos que afetam pessoa ou pessoas determinadas, como anulação da nomeação de uma pessoa aprovada em concurso. Nesse caso, a nomeação é um ato individual, pois alcançou uma pessoa determinada. Para

anular esse ato, deverá ser oportunizado o contraditório e a ampla defesa ao interessado, que poderá trazer argumentos para evitar o desfazimento do ato. Por outro lado, quando os forem gerais, como a anulação de um concurso público por motivo de vazamento de gabarito, não se fala em direito de defesa.

A professora Pietro (2016, p. 240) apresenta um segundo significado do princípio da autotutela. De acordo com a doutrina, a autotutela também se refere ao poder que a Administração Pública possui para zelar pelos bens que integram o seu patrimônio, sem necessitar de título fornecido pelo Poder Judiciário. Assim, ela pode, por meio de medidas de polícia administrativa, impedir quaisquer atos que coloquem em risco a conservação desses bens.

4.6 TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Para Pietro (2016, p. 241), a teoria dos motivos determinantes prevê que a validade do ato está vinculada aos motivos indicados como seu fundamento, de maneira que, se estes forem inverídicos ou inexistentes, induzem a sua invalidade, ou seja, os motivos apresentados pela Administração Pública precisam ser verdadeiros para que o ato administrativo seja válido, ainda nos casos em que o motivo não era obrigatório pela lei. Como no caso, por exemplo, da exoneração ad nutum, a qual a lei não define o motivo, se a Administração Pública praticar tal ato e alegar que o fez por falta de verba e depois nomear outro funcionário para o cargo, o ato deverá ser considerado nulo por vício quanto ao motivo. Para examinar esse aspecto, o Poder Judiciário deverá apreciar os motivos, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência e sua relação com o dispositivo legal.

Meirelles (2016, p. 180) diz que a teoria dos motivos determinantes está embasada na consideração de que os atos administrativos ficam vinculados, quando tiverem sua prática motivada, aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Nas palavras do autor, “mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados.”.

Mello (2007, p. 386), no mesmo sentido, dispõe que:

De acordo com essa teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de “motivos de fato” falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando [...] a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.

Explica também o autor que é o exame dos motivos do ato, tanto quanto à subsistência deles, como quanto à idoneidade que detêm um dos meios mais ágeis para a contenção do agente público na esfera discricionária que lhe assista. Examinar a existência ou não de motivos para a prática do ato não gera grandes dificuldades. Problema está na investigação do exame da “valoração” dos motivos, imprescindível para saber se estes eram ou não idôneos para decidir o agente na escolha do ato praticado.

Tal dificuldade ocorre porque várias vezes a discricionariedade encontra-se justamente na margem de liberalidade concedida ao administrador para decidir se o motivo ocorrido possui ou não relevância para justificar a providência administrativa. O Poder Judiciário, nesses casos, somente poderá corrigir a decisão tomada pelo administrador público se esta for evidentemente desarrazoada, que vá de encontro ao senso comum. Além disso, deve o juiz fazer uma investigação muito aprofundada dos fatos e da correlação entre os motivos e o ato praticado para que este possa chegar a uma conclusão.

4.7 TEORIA DO DESVIO DE PODER OU DESVIO DE FINALIDADE

Como já exposto anteriormente, a atividade da administração encontra na lei suas limitações e fundamentações. Os agentes públicos nada mais são que operadores das disposições legais. Desta feita, fora da lei, não há atuação regular da Administração Pública.

Há entre a Lei e a Administração Pública um vínculo de subordinação, vista por Mello (2007, p. 370), citando Renato Alessi, sob um aspecto duplo: (a) sentido positivo: a lei poderá instituir vedações à Administração Pública podendo impor-lhe a busca de determinados fins propostos como obrigatórios e; (b) sentido negativo (o mais importante): a Administração Pública não pode fazer senão o que de antemão lhe seja permitido por lei, ou seja, os fins devem estar pré-traçados na norma jurídica.

Lima (1982, p. 22), bem expôs que, “o fim, e não à vontade, domina todas as formas de administração”. Afinal de contas, para ele, a administração é a atividade daquele que não é proprietário, que não pode dispor da coisa ou do negócio administrado, que não é o senhor

absoluto. A noção de administração se opõe a de propriedade. Propriedade é o direito que vincula a vontade a um bem determinado, em todas as suas relações. Administração, por outro lado, não vincula o bem à vontade ou à personalidade do agente, mas sim à finalidade impessoal e coletiva a que essa vontade deve servir. Nas palavras do autor, “jaz, conseqüentemente, a Administração Pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito.”.

A atuação da administração pública deve ser exercida visando a concretização do interesse público, por meio de um poder delimitado e criado pelo ordenamento jurídico. Para o Direito Administrativo, o poder detém, apenas, um caráter meramente instrumental, de maneira que seu sentido e utilização resumem-se em instrumento imprescindível para o administrador, sem o qual este não pode cumprir com o dever que lhe foi atribuído, qual seja a satisfação do interesse público.

A partir de tal entendimento que Mello (2007, p. 400) assevera que o administrador não dispõe de poderes-deveres, mas de deveres poderes, que deverão ser colocados em prática em prol da coletividade.

Contudo, sucessivamente, no exercício da função administrativa, mencionada perspectiva natural é perdida, gerando deformações, que sofrem suas mais perfeitas contestações pela teoria do desvio de poder, como causa de invalidade dos atos administrativos.

O desvio de poder seria a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe deve ser própria. O agente se afasta do fim legal, da finalidade que a Lei lhe atribuiu. É, em suma, uma transgressão da lei. Por isso o controle jurisdicional do desvio de poder é um controle de estrita legalidade. De modo algum agride a margem de liberdade administrativa, ou seja, a discricção que a Lei haja conferido ao agente.

Para Mello (2007, p. 402), o desvio de poder é entendido como um descompasso entre o ato (norma individual) e a lei (norma abstrata). Sendo a norma abstrata condição de validade da norma individual, se o ato não está de acordo com a finalidade legal, deverá ser considerado inválido.

No mesmo sentido, Queiró (1946, p. 78) afirma que o desvio de poder não é mais que uma modalidade do vício genérico chamado violação da Lei, ou seja, “consecução de um fim objetivo diferente daquele que a lei explícita ou implicitamente marca ao agente”.

Quando uma investigação jurisdicional do desvio de poder, de acordo Mello (2007, p. 403), é realizada não se está invadindo o campo de discricionariedade da Administração Pública, visto que mencionada investigação não afeta o mérito do ato. Como exposto,

corresponde a um estrito exame de legalidade. Não existe discricção, mas sim ilegalidade quando o agente se desvia de um fim legal, dado que é notório que não há discricionariedade que possa atuar em desacordo com a finalidade legal.

Nas palavras de Pietro (2016, p. 203):

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

O agente, nesses casos, pode tanto afrontar a norma jurídica violando-a abertamente, como pode fazê-lo de modo disfarçado, a pretexto de atender o interesse público.

De acordo com Gordillo (1977, p. 129), o desvio de poder manifesta-se de duas maneiras: (a) o agente administrativo, servindo-se de uma competência que em abstrato possui, atua para alcançar um fim pessoal (vingança, favoritismo, dentre outros.) e; (b) manejando-se também uma competência que em abstrato possui, busca atender a um fim administrativo que, no entanto, não é o desejado pela Lei.

Nessa segunda situação, Mello (2007, p. 410) menciona que poderá ocorrer que a autoridade não tenha agido de má-fé. O desvio de poder trata, deste modo, de um vício objetivo, aja vista que o que importa não é se o administrador pretendeu descumprir a finalidade legal, mas se efetivamente a descumpriu.

Seguindo esse mesmo raciocínio, Mello (2007, p. 410) é veemente ao dizer que o desvio de poder não é um vício subjetivo e sim de objetivo, pois no objetivo reside a desarmonia entre a finalidade da norma (algo objetivo) e a finalidade que o ato cumpre, de direito (algo também objetivo). Contudo, para ele, é o desvio de intenção (fator subjetivo) que causa a ocorrência da irregularidade aludida. Para o autor, desta feita, é errada a posição de que o desvio de poder é um vício de intenção, um vício subjetivo. Para este, não o é. É um vício objetivo, pois é resultante do objetivo em desacordo com a competência utilizada e o fim categorial dela.

Sendo assim, para Direito Administrativo, não interessa se o administrador público agiu de boa ou má-fé quando no exercício de suas funções. O que torna um ato inválido é o seu desacordo com a Lei, independentemente de ter acontecido com ou sem intenção por parte do agente.

Leite (1981, p. 70) fala que existe uma ilegalidade, que decorre do desvio de poder, que se aloca na finalidade da norma jurídica, não só quando o administrador busca a

satisfação de um interesse particular, mas também quando este persegue um interesse que, mesmo público, é diverso do previsto na lei. Nas duas situações, o ato será inválido por não seguir a finalidade determinada legalmente.

Por fim, o desvio de poder, de acordo com Gordillo (1977, p. 130), mostra alta dificuldade probatória, pois diversas vezes trata de intenções subjetivas do funcionário e, por esse motivo, necessita de elementos ou indícios probatórios circunstanciais para que se possa anunciar que a finalidade desviada realmente existiu. A prova do desvio de poder, normalmente, resulta de um conjunto de circunstâncias alheias ao aspecto externo do ato, mas que estão na sua realidade e em seus antecedentes.

Quanto à remoção do servidor público, admite-se que o ato administrativo de remoção deve ser sustentado pelos princípios constitucionais.

Neste sentido, foi estabelecido dispositivo que define remoção no Estatuto dos Servidores Civis da União:

Art. 58. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou "ex-officio", com ou sem mudança de sede:
I – de uma repartição para outra;
II – de uma unidade de trabalho para outra dentro da mesma repartição (BRASIL, 1990).

Também no Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio Grande do Sul:

Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.
Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção:
I - de ofício, no interesse da Administração;
II - a pedido, a critério da Administração;
III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 1994).

Assim, é possível a remoção do servidor público a pedido ou “ex-officio”, que é a forma compulsória. Esta deve ser emanada de autoridade competente e de forma fundamentada, em conformidade com o interesse público.

Frisa-se que é taxativo o rol exposto constitucionalmente de inamovibilidade, para que se preservem as carreiras de Estado, todos os outros funcionários públicos poderão ser removidos à critério da administração pública. Contudo, isto não significa que é possível a prática de atos com abuso de poder.

Assim, o ato de remoção deve ser motivado, sendo um requisito inafastável para a sua validade, como já se posicionou o STJ:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - REMOÇÃO - ATO NÃO MOTIVADO - NULIDADE - ART. 8º, INCISO I DA LEI ESTADUAL Nº 5.360/91 - PRERROGATIVA DE INAMOVIBILIDADE - INEXISTÊNCIA - PRECEDENTES - RECURSO PROVIDO. I - O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço. Precedentes. 61 II - O art. 8º, inciso I da Lei Estadual nº 5.360/91 não impede que o servidor por ela regido seja removido. Não se cogita de inconstitucionalidade da expressão "fundamentada em razão do interesse do serviço" nele contida. III - No caso dos autos, o ato que ordenou as remoções encontra-se desacompanhado do seu motivo justificador. Conseqüentemente, trata-se de ato eivado de nulidade por ausência de motivação, que desatende àquela regra específica que rege os Agentes Fiscais da Fazenda Estadual. IV - Recurso provido.

A decisão demonstra que é preciso que o ato seja motivado e que esteja de acordo com o interesse público. A Remoção de Servidores Públicos, em que pese ser Ato Discricionário, deve ser realizado com estrita observação quanto aos Princípios Constitucionais, em especial ao Princípio da Motivação, sem o qual, o ato praticado pela autoridade será nulo.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho tinha por objetivo apresentar o posicionamento doutrinário que há sobre o tema do controle jurisdicional dos atos administrativos emitidos no exercício da função discricionária da Administração Pública.

Buscou-se priorizar as obras clássicas de renomados doutrinadores a respeito do tema, como é o caso de Seabra Fagundes, Agustin Gordillo e de Celso Antônio Bandeira de Mello, sem deixar de lado, evidentemente, de obras mais recentes de autores também de grande renome e destaque no Direito Administrativo atual, como Romeu Felipe Bacellar Filho, Juarez Freitas, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marçal Justen Filho e Domingo Juan Sesin, utilizadas no decorrer de todo o trabalho.

O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa deve ser compreendido a partir do entendimento do que é o ato administrativo, quais são os elementos que o compõem e onde está localizada a discricionariedade em cada um desses elementos, temas que foram desenvolvidos no primeiro capítulo. A partir disso, foi possível a compreensão que se tem na doutrina sobre a discricionariedade e suas diferenças e semelhanças com a vinculação e a arbitrariedade, temas abordados no segundo capítulo do presente trabalho.

Finalmente, no terceiro capítulo, houve a exposição de que forma se concretiza o controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos emitidos no exercício da discricionariedade da Administração Pública. Nesse ponto, ocorreu a percepção da importância dos princípios constitucionais administrativos para a efetivação do controle. A partir de uma concepção ampla do princípio da legalidade, que envolve não só a estrita subordinação do agente público à lei, como também aos princípios constitucionais e ao ordenamento jurídico como um todo. Compreendeu-se que as teorias dos motivos determinantes e do desvio de poder, há muito tempo sustentadas pela doutrina, não são as únicas formas de controle da atividade administrativa discricionária e que a própria Administração Pública pode revogar seus atos, quando inoportunos ou inconvenientes, bem como deve declara-los nulos, quando estes afrontarem o ordenamento jurídico.

Os princípios constitucionais administrativos da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência, devidamente expressos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, e da supremacia do interesse público, da motivação e da razoabilidade e da proporcionalidade, implícitos ao longo da Carta da República e em lei esparsas, possuem grande relevância, conjuntamente com as teorias dos motivos determinantes e do desvio de

poder, visando sempre evitar que os agentes públicos, no exercício de suas funções, desviem-se das finalidades e interesses coletivos.

A nova concepção doutrinária do princípio da legalidade possibilitou essa abrangência da subordinação da Administração Pública a todo ordenamento jurídico, até mesmo aos princípios constitucionais. E, tendo-se em vista a função de guarda maior do Direito conferida ao Poder Judiciário, entende-se que este é competente para intervir no ato administrativo, mesmo que discricionário, sempre que o agente público atuar de forma contrária ao Direito como um todo.

Contudo, é de suma importância frisar que um controle mais abrangente da atividade administrativa não significa que se esteja extrapolando o exame da legalidade. Na verdade, o Poder Judiciário continua atuando no estrito cumprimento do princípio da legalidade. Este, no entanto, é que se ampliou.

Em relação ao mérito do ato administrativo, a posição da doutrina é unânime no sentido de que este deve ser preservado, ou seja, que é proibido ao Poder Judiciário adentrar no mérito da atuação administrativa discricionária, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes. O máximo permitido ao Poder Judiciário é que analise se a atividade discricionária está nos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Ir, além disso, configuraria descumprimento do princípio separação dos poderes, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Os atos administrativos devem ser sempre motivados. A prática de ato administrativo sem a necessária motivação implica sua nulidade absoluta. O administrador público tem o dever de motivar os atos administrativos que edita, haja vista que a motivação vincula-se aos princípios do contraditório e da ampla defesa (devido processo legal).

Posto isto, se o Ato de Remoção for externado como meio punitivo para determinado servidor, aí é que o Poder Judiciário entrará em cena, usando-se da ferramenta estatal para solução do litígio, com o fito de controlar os excessos do ato administrativo.

Portanto, vale salientar que não se tinha por finalidade esgotar o tema, há tempos discutido na doutrina. No presente trabalho, coube realizar uma revisão de literatura acerca do assunto e, em seguida, desenvolver os assuntos direcionados à realização do estudo proposto. Por essa razão a importância de se estudar em um primeiro plano o ato administrativo e a discricionariedade administrativa para somente depois entrar no tema do controle jurisdicional da atuação discricionária da Administração Pública. Por intermédio desse estudo foi possível determinar sobre quais fundamentos está pautado o Poder Judiciário para intervir na atividade

advinda de outro Poder, sem que isto configure um descumprimento do princípio da separação dos poderes e um desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 set. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Estatuto dos Servidores Civis. Brasília, DF, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em: 06 set. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923. Brasília, DF, 16 de abril de 2015. **STF**. Brasília, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961>. Acesso em: 25 set. 2022.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CUNHA, Rubem Dário Peregrino. **A juridicização da discricionariedade administrativa**. Salvador: Vercia, 2005.
- DALLARI, Adilson Abreu. **Controle do desvio do poder**. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. e LIMA, Liana Maria Tabora (coords.). O abuso de poder do estado na atualidade. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2006, p. 1-20.
- ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Lei complementar nº 10.098, de 03 de fevereiro de 1994. Dispõe sobre o estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul. **DOE** nº 24, de 04 de fevereiro de 1994. Porto Alegre, RS. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/replegis/arquivos/10.098.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2022.
- FAGUNDES, M. Seabra. **Conceito de mérito no direito administrativo**. **Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica de cinquenta anos – 1945-1995**. Rio de Janeiro: Renovar, p.189-203, 1991.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 68
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos**. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v.222, p.97-116, out./dez. 2000.
- FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. **Atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980.
- FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FURTADO, Lucas Furtado. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GORDILLO, Agustin. **Princípios gerais de direito público**. Tradução de: Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRAU, Eros Roberto. **Poder discricionário**. Revista de Direito Público. São Paulo, v.93, p. 41-46, jan./mar. 1990.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MEDAUAR, Odete. **Poder discricionário da administração**. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 610, p. 38-45, ago-1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Inteiro Teor nº 2º grau. **Jusbrasil**. Minas Gerais, MG, [s.l.]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tce-mg/649372473/inteiro-teor-649372675>. Acesso em: 25 set. 2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 13. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PONDÉ, Lafayette. **Controle dos atos da administração pública**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, vol. 212, p. 41-47, abr./jun. 1998.

PONTES FILHO, Valmir. **Controle jurisdicional dos atos administrativos**. Revista de Direito Público. São Paulo, v.55-56, p.183-192, jul./dez. 1980.

QUIERÓ, Afonso Rodrigues. **A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 6, p. 41-78, out. 1946.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SESIN, Domingo Juan. Acesso a La jurisdicción y tutela judicial efectiva. In: SALOMONI, Jorge Luis (org). **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales**: jerarquía, impacto y derechos humanos. Buenos Aires, Ad Hoc, 2006, p. 57-119.

STF. Aplicação das Súmulas no STF. **Súmula 346**. Sessão Plenária, 13 dez. 1963, Brasília, DF. Disponível em:
[https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1576#:~:text=%22A%20administra%C3%A7%C3%A3o%20pode%20anular%20seus,judicial%22%20\(S%C3%BAmula%20473](https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1576#:~:text=%22A%20administra%C3%A7%C3%A3o%20pode%20anular%20seus,judicial%22%20(S%C3%BAmula%20473). Acesso em: 01 nov. 2022.

TOURINHO, Rita. **A discricionariade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, vol. 237, p. 317- 326, jul./set. 2004.

TÁCITO, Caio. **Controle judicial da administração pública na nova constituição**. Revista de Direito Público. São Paulo, v.91, p. 28-36, jul./set. 1989.