

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VICTOR ALBINO DE ANDRADE

CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988

FLORIANÓPOLIS
2014

VICTOR ALBINO DE ANDRADE

CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof^ª. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori


FLORIANÓPOLIS
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

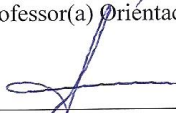
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Controle do Ato Administrativo Discrecionário na Constituição Federal de 1988**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Victor Albino de Andrade**, defendido em **11/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

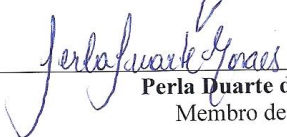
Florianópolis, 11 de Dezembro de 2014



Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Professor(a) Orientador(a)



Luis Carlos Cancellier de Olivo
Membro de Banca



Perla Duarte de Moraes
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

A minha família pelo apoio, incentivo e assistência proporcionada.

Ao meu orientador, Professor Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, pelo suporte na elaboração desse trabalho.

À Universidade Federal de Santa Catarina pela formação.

Aos meus colegas de graduação.

E a todos que direta e indiretamente fizeram parte da minha formação.

RESUMO

Este trabalho procura analisar a possibilidade de o Poder Judiciário invalidar um ato administrativo discricionário que, apesar de respeitar a legalidade em sentido estrito, acaba atentando contra valores positivados na Constituição Federal. Segundo a doutrina mais clássica, tal invalidação não seria possível, já que caberia ao Poder Judiciário analisar apenas o aspecto da legalidade em sentido estrito, sem fazer qualquer valoração do ato, sob pena de invasão da matéria destinada à Administração Pública. Diante da posituação de valores na Constituição Federal de 1988, parte da doutrina já entende que a legalidade deve ser vista não sob um aspecto estrito, em conformidade apenas com a lei, mas deve levar em conta a legalidade em sentido amplo, ou seja, levar em conta, além da lei, os princípios e garantias positivados no ordenamento. Esse entendimento, no entanto, não se utiliza da teoria do garantismo como base teórica. Assim, o presente trabalho busca analisar o problema tentando demonstrar como seria o controle de legalidade em um Estado Constitucional de Direito pautado na teoria do garantismo, utilizando-se principalmente dos conceitos de vigência, validade e eficácia de uma norma propostos por essa teoria.

Palavras-chave: Controle do ato administrativo. Legalidade estrita. Legalidade ampla. Valores. Garantismo. Estado Constitucional de Direito. Vigência, validade e eficácia.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2 ASPECTOS GERAIS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	10
2.1 ATOS ADMINISTRATIVOS NA TEORIA DO FATO JURÍDICO.....	10
2.1.1 Fatos jurídicos.....	10
2.1.2 Espécies de fatos jurídicos.....	11
2.1.3. Ato administrativo como ato jurídico.....	13
2.2. FATOS ADMINISTRATIVOS.....	14
2.3. ATOS DA ADMINISTRAÇÃO.....	15
2.4. CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO.....	17
2.5 – ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	20
2.5.1 Presunção de legitimidade e veracidade.....	21
2.5.2 (auto)executoriedade.....	23
2.5.2.1. Autoexecutoriedade e exigibilidade.....	26
2.5.3. Imperatividade.....	27
2.6.3. Tipicidade.....	28
2.6. ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	28
2.6.1. Competência.....	30
2.6.2. Objeto.....	32
2.6.3. Forma.....	33
2.6.4. Motivo.....	34
2.6.5. Finalidade.....	36
2.6.6. Elementos do ato administrativo segundo Bandeira de Mello.....	37
2.6.6.1. Elementos em espécies do ato administrativo.....	38
3 ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO E SEU CONTROLE.....	40
3.1. DISCRICIONARIEDADE E ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.....	40

3.1.1. Conceito de discricionariedade.....	40
3.1.2. Poder discricionário?	42
3.1.3. Ato administrativo vinculado e discricionário.	43
3.1.4. Elementos do ato administrativo segundo a vinculação ou discricião.	45
3.1.5. Mérito do ato administrativo discricionário.	49
3.2. CONTROLE CLÁSSICO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.	51
3.2.1. Fundamento do controle da administração.....	51
3.2.2. Controle Judicial.....	53
3.2.2.1. Evolução do controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário.....	53
3.2.2.2. Controle judicial do ato administrativo, segundo a concepção clássica.....	55
3.2.2.2.1. Controle do mérito do ato administrativo discricionário.....	56
3.2.2.2.2. Controle da legalidade do ato.	57
a) Vício de Competência.	58
b) Vícios no objeto.	59
c) Vício de forma.....	59
d) Vício de motivo.....	60
e) Vício de finalidade.	61
4 CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	63
4.1. CRISE DO POSITIVISMO, SURGIMENTO DE NOVAS TEORIAS E ASCENSÃO DO GARANTISMO.	63
4.2. CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO MODERNO.	68
4.3. GARANTISMO.	71
4.3.1. Aspectos gerais do garantismo.	71
4.3.2. Garantismo como vigência e validade.....	74
4.3.2.1. Vigência, validade e eficácia no modelo antigo de Estado.	74
4.3.2.2. Vigência, validade e eficácia no modelo garantista.	76
4.3.3. Positivismo Crítico.	78

4.4. CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO NA PERSPECTIVA GARANTISTA.	80
4.4.1. Necessidade de um direito administrativo garantista.	80
4.3.2. Garantias presente em um direito administrativo constitucionalizado.	81
4.3.3. Controle do ato administrativo discricionário sob uma proposta Garantista.	83
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	89
REFERÊNCIAS	92

1. INTRODUÇÃO

Segundo a teoria clássica, pautada na separação de poderes, o ato administrativo discricionário somente poderia ser submetido ao controle pelo Poder Judiciário para analisar os seus aspectos legais, não podendo de qualquer forma haver valoração quanto ao mérito do ato. Essa legalidade, no entanto, como se verá no presente trabalho, é uma legalidade estrita, ou seja, com base apenas na lei.

Tal entendimento é fruto de um Estado legislativo e de um direito positivista em que não caberia ao Poder Judiciário fazer qualquer juízo de valor acerca da norma. A norma, se fosse posta seguindo os procedimentos determinado em norma superior, seria válida e deveria ser aplicada, independentemente se atentasse contra outros valores. Tratava-se da separação total entre direito e moral ensinada pelo positivismo.

No entanto, conforme será visto, com o surgimento do Estado Constitucional de Direito, o positivismo foi revisto. Isso porque essa nova forma de Estado colocou a pessoa no centro do ordenamento jurídico, acima do próprio Estado. Fez isso incorporando valores dentro do próprio direito positivo e atribuindo maior força às Constituições. Agora, Direito e moral passaram a se relacionar novamente.

Assim, diante desse novo paradigma do direito, o presente trabalho buscará analisar até que ponto pode o Poder Judiciário intervir em atos administrativos discricionários que, apesar de respeitar a legalidade em sentido estrito, acaba por atentar contra valores positivados na Constituição.

Para isso, buscar-se-á demonstrar uma nova forma de se analisar o controle do ato administrativo levando em conta a incorporação de valores nas constituições, utilizando-se da teoria do garantismo proposta por Ferrajoli, mormente dos novos conceitos de vigência, validade e eficácia criados como técnicas para que uma norma inferior respeite os valores positivados em uma norma superior. Além disso, utilizando-se-á a obra “discricionariade administrativa no Estado Constitucional de Direito”¹ de Luiz Henrique Urquhart Cademartori que procura aplicar a teoria do garantismo no controle da discricionariade administrativa.

No segundo capítulo do trabalho, analisar-se-á os aspectos gerais dos atos

1 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Discricionariade administrativa. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007

administrativos, demonstrando as peculiaridades desse instituto.

Em um primeiro momento, classificar-se-á os atos administrativos dentro da teoria do fato jurídico. Após, buscar-se-á analisar o que é fato da administração e atos da administração para poder distingui-los daquilo o que estritamente se pode considerar ato administrativo.

Visto o que não é um ato administrativo, entrar-se-á propriamente na análise do instituto, tentando demonstrar, primeiramente, as dificuldades de se conceituar o ato administrativo. Depois, verificar-se-ão os atributos do ato administrativo e, por fim, cada um dos seus elementos.

No terceiro capítulo, passar-se-á para a análise específica do ato administrativo discricionário de seu controle judicial segundo a concepção clássica.

Para tanto, em um primeiro momento, observar-se-á o conceito de discricionariedade, depois questionar-se-á se a discricionariedade é um poder da administração. Visto isso, observar-se-á o efeito da discricionariedade no ato administrativo, analisando a diferença entre ato administrativo vinculado e discricionário. Por fim, todos os elementos do ato administrativo serão analisados novamente, dessa vez, para se observar quais deles são sempre vinculados e quais deles podem ser discricionários. Após, analisar-se-á o que é o mérito do ato administrativo discricionário.

Visto isso, passar-se-á, ainda no terceiro capítulo, a analisar o controle do ato discricionário. Nesse ponto, primeiramente, demonstrar-se-á a importância do controle da administração, para somente depois entrar na análise do controle judicial. Nessa parte, far-se-á uma breve evolução do controle judicial nos Estados Modernos. Após, observar-se-á o controle do ato administrativo discricionário na concepção clássica, analisando o controle do mérito e de legalidade.

Por fim, no quarto capítulo, será analisada a crise do sistema clássico embasador do controle do ato administrativo, qual seja, do positivismo jurídico. Após, observar-se-á como a doutrina moderna vem tratando a questão. Depois, o garantismo será analisado nos seus aspectos gerais. Visto isso, analisar-se-á os conceitos de vigência, validade e eficácia na concepção do garantismo e, por fim, utilizar-se-á desses conceitos para demonstrar uma forma de controle do ato administrativo embasado nessa teoria.

O método de abordagem para a execução do presente trabalho será o dedutivo e terá como técnica de pesquisa a pesquisa bibliográfica. Será utilizada a jurisprudência exemplificativamente.

2 ASPECTOS GERAIS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

2.1 ATOS ADMINISTRATIVOS NA TEORIA DO FATO JURÍDICO.

2.1.1 Fatos jurídicos.

Antes de entrar propriamente na análise do ato administrativo, faz-se necessária sua localização dentro da teoria dos fatos jurídicos, tendo em vista que o ato administrativo, conforme será visto, nada mais é do que uma espécie de ato jurídico.

A todo momento ocorrem fatos. Nos dizeres de Caio Mário, fatos nada mais são do que “uma eventualidade de qualquer espécie”².

Há determinados fatos que não possuem qualquer importância para o direito. Caio Mário cita como exemplo a chuva. Trata-se de um fato, a princípio, irrelevante para o direito, apesar de algumas vezes possuir relevância jurídica. O autor ainda cita fatos praticados pelos seres humanos que, a princípio, também são juridicamente irrelevantes, como o fato de se alimentar e se vestir, entre outros.³

No entanto, há fatos que o direito considera importante e acaba lhe atribuindo alguma consequência jurídica. Esses são os chamados fatos jurídicos. Daí Caio Mário afirmar:

Quando o fato percute no campo do direito, qualquer que seja a sua origem, é que toma o conteúdo e a denominação de fato jurídico, definido por Savigny na forma usualmente registrada e frequentemente repetida nos tratados e compêndios: fato jurídico é o acontecimento em virtude do qual começam ou terminam os direitos subjetivos⁴.

Assim, o autor conclui que “fatos jurídicos são os acontecimentos em virtude dos quais começam, se modificam ou se extinguem as relações jurídicas”⁵.

Silvio Venosa, por sua vez, conceitua os fatos jurídicos como “todos os acontecimentos, eventos que, de forma direta ou indireta, acarretam efeito jurídico”⁶. O autor diz que até mesmo a chuva pode ser um fato jurídico se a lei determinar alguma consequência jurídica a ela, como por exemplo a perda de uma propriedade por conta sua destruição.

Do que foi exposto até então, pode-se concluir que, para existir um fato jurídico, é

2 PEREIRA. Caio Mário, *Instituições de direito civil, volume 1: Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 381

3 PEREIRA. Caio Mário, *Instituições de direito civil, volume 1: Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 381

4 PEREIRA. Caio Mário, *Instituições de direito civil, volume 1: Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 384

5 PEREIRA. Caio Mário, *Instituições de direito civil, volume 1: Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 382

6 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 339

necessário o preenchimento de dois requisitos. O primeiro deles é, obviamente, a existência de um fato e o segundo requisito é a atribuição pelo ordenamento de algum efeito jurídico a esse fato existente. Nas palavras de Caio Mário:

Ontologicamente considerado, o fato jurídico se biparte em dois fatores constitutivos: de um lado, um fato, ou seja, uma eventualidade de qualquer espécie, que se erige em causa atuante sobre a relação jurídica, quer gerando-a, quer modificando-a, quer extinguindo-a; de outro lado, uma declaração do ordenamento jurídico, atributiva de efeito àquele acontecimento. Sem esta última, o fato não gera a relação jurídica nem tampouco o direito subjetivo; sem o acontecimento, a declaração da lei permanece em estado de mera potencialidade. A conjugação de ambos, eventualidade e preceito legal, é que compõe o fato jurídico (Oertmann)⁷.

A consequência da existência de um fato jurídico é o surgimento, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica.

2.1.2 Espécies de fatos jurídicos.

Fato jurídico é um gênero do qual decorrem diversas espécies. Daí surgem diversas classificações na doutrina.

Carlos Roberto Gonçalves propõe a seguinte divisão dos fatos jurídicos: a) fatos naturais ou fatos jurídicos *strito sensu*; e b) fatos humanos ou atos jurídicos *lato sensu*. Os fatos naturais são divididos em fatos naturais ordinários e extraordinários; já os fatos humanos ou atos jurídicos em sentido amplo são divididos em lícitos e ilícitos. Por fim os atos jurídicos em sentido amplo lícitos podem ser: a) ato jurídico em sentido estrito ou meramente lícito; b) negócio jurídico ou c) ato-fato jurídico⁸.

Segundo o autor, fatos naturais seriam aqueles que “decorrem de simples manifestação da natureza”⁹. Podem ser divididos em extraordinários, que seriam aqueles que “se enquadram, em geral, na categoria do fortuito e da força maior”¹⁰, e ordinários, que seriam as demais manifestações da natureza¹¹.

Os atos jurídicos *lato sensu*, segundo o autor, são “ações humanas que criam, modificam, transferem ou extinguem direitos”. Podem ser divididos em ilícitos, que são

7 PEREIRA, Caio Mário, *Instituições de direito civil, volume 1: Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 382

8 GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 315/317

9 GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 315

10 GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 315

11 GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 315

aqueles praticados “em desacordo com o prescrito no ordenamento jurídico” e que, “em vez de criar direito, criam deveres, obrigações”, ou podem ser lícitos, que são aqueles “praticados em conformidade com o ordenamento jurídico”¹².

Os atos jurídicos *lato sensu* lícito, por sua vez, são divididos em negócio jurídico, ato jurídico em sentido estrito e ato-fato jurídico.

O ato-fato jurídico é aquele ato praticado sem qualquer manifestação de vontade do agente, mas que a lei acaba por lhe atribuir algum efeito. Silvio Venoso sobre o ato-fato jurídico afirma que é irrelevante para o direito a intenção da pessoa na prática do ato: o que se leva em conta, realmente, é o efeito que resulta desse ato, o qual pode ter repercussão jurídica, inclusive podendo ocasionar prejuízos a terceiros¹³.

Carlos Roberto Gonçalves cita como exemplo de ato-fato jurídico o agente que encontra um tesouro por acaso. Nesse caso, o agente não possuía a intenção de adquirir parte do bem, no entanto, o art. 1.264 do Código Civil determina, como efeito jurídico desse fato, a aquisição de metade do tesouro, independentemente da intenção do agente¹⁴.

Negócio jurídico “é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico”¹⁵.

Por fim, há o ato jurídico *stricto sensu*. Aqui, há um efeito jurídico predeterminado na lei; a manifestação de vontade apenas faz com que esses efeitos predeterminados surjam. Não há qualquer opção de escolha acerca dos efeitos jurídicos¹⁶.

Pode-se diferenciar os atos jurídicos *stricto sensu* dos negócios jurídicos da seguinte forma: “Os “negócios jurídicos” são, portanto, declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente; os 'atos jurídicos stricto sensu' são manifestações de vontade, obedientes à lei, porém geradoras de efeitos que nascem da própria lei”¹⁷.

12 GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 316

13 VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 340

14 GONÇALVES, C.R., *op. cit.*, p. 317

15 REALE, Miguel apud GONÇALVES, C.R., *op. cit.*, p. 318

16 GONÇALVES, C. R., *op. cit.*, p. 316

17 PEREIRA. Caio Mário, *Instituições de direito civil, volume 1: Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 398

2.1.3. Ato administrativo como ato jurídico.

Dentre as espécies de fato jurídico, o ato administrativo nada mais é do que um ato jurídico *stritu sensu* com algumas peculiaridades. Daí Celso Antônio Bandeira de Mello dizer que “O ato administrativo é um ato jurídico, pois se trata de uma declaração que produz efeitos jurídicos. É uma espécie de ato jurídico marcado por características que o individualizam no conjunto dos atos jurídicos”¹⁸.

Sobre essas características que individualizam o ato administrativo dos demais atos jurídicos, o autor argumenta que “o que particulariza o ato administrativo e justifica que se formule conceito que o isole entre os demais atos jurídicos, é a circunstância de que ele tem peculiaridades (a) no que concerne às *condições de sua válida produção* (b) no que atina à *eficácia que lhe é própria*”¹⁹.

Já José dos Santos Carvalho Filho argumenta que o ato administrativo se enquadra como ato jurídico, já que a vontade será emitida pelo agente administrativo, no entanto não é negócio jurídico, porque a manifestação de vontade decorre da lei, independentemente da vontade do agente em atingir a finalidade do ato²⁰.

Por fim, interessante trazer à tona a lição de Carvalho Filho.

Nada obstante, é preciso considerar que a Administração Pública, conquanto muito mais voltada à edição de atos jurídicos, qualificados como atos administrativos, também pode praticar negócios jurídicos, conforme sucede, por exemplo, quando celebra contratos com particulares. A razão é simples: aqui o objeto contratual será realmente o alvitado pelas partes²¹.

Assim, observa-se que o fato de o ato administrativo ser uma espécie do gênero ato administrativo não impede com que a administração pratique outros atos jurídicos, como o negócio jurídico.

18 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 317

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 317

20 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 100

21 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 100

2.2. FATOS ADMINISTRATIVOS.

A doutrina do direito administrativo ainda criou outras formas de classificação de fatos que ocorrem no cotidiano da administração. Além da teoria do fato jurídico, o direito administrativo traz o que chama de fato da administração.

O fato administrativo é, segundo Meirelles, “toda realização material da Administração em cumprimento de alguma decisão administrativa, tal como a construção de uma ponte, a instalação de um serviço público, etc.”²².

Já Themístocles Brandão Cavalcanti afirma que “fato administrativo é uma ocorrência na esfera administrativa, que não pressupõe a manifestação da vontade, antes constitui um acontecimento verificado sem essa participação, pelo menos imediata”²³.

Carvalho Filho ressalta que essa classificação não leva em consideração, como ocorre com os fatos jurídicos, os efeitos jurídicos dos fatos. Nessa classificação, analisa-se apenas a atividade material dos acontecimentos relevantes para a administração. Nas palavras do próprio autor,

A ideia de fato administrativo não tem correlação com tal conceito, pois que não leva em consideração a produção de efeitos jurídicos, mas, ao revés, tem o sentido de atividade material no exercício da função administrativa, que visa a efeitos de ordem prática para a Administração²⁴.

O autor, então, conclui que a noção de fato administrativo é mais ampla do que a de fato jurídico, tendo em vista que, além de abarcar esse último, abarca, ainda, situações que não possuem qualquer efeito no mundo jurídico, mas que são simples atividades materiais²⁵.

O fato administrativo, via de regra, decorre de um ato administrativo, ou seja, a atividade material é causada por uma determinação contida em um ato administrativo. Segundo Meirelles, “o que convém fixar é que o *ato administrativo* não se confunde com o *fato administrativo* se bem que estejam intimamente relacionados, por ser esta consequência daquele. O fato administrativo resulta sempre do ato administrativo que o determina”²⁶.

Carvalho Filho, por sua vez, com base em lição de Seabra Fagundes, não entende que o fato da administração seja sempre decorrente de um ato administrativo. O autor afirma que essa é a regra geral, mas que o fato administrativo pode decorrer de outros meios. Diz o autor

22 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, p. 160

23 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 43

24 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98

25 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98

26 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, p. 98

que o fato administrativo pode decorrer de uma ação da administração que não seja um ato administrativo e, além disso, pode decorrer até mesmo de um evento da natureza. Nas palavras do autor:

Observa com precisão SEABRA FAGUNDES que o fundamento do fato administrativo, como operação material, é, como regra, o ato administrativo. Manifestada a vontade administrativa através deste, surge como consequência a ocorrência daquele. Entretanto, o fato administrativo não se consuma sempre em virtude de algum ato administrativo. Às vezes, decorre de uma conduta administrativa, ou seja, de uma ação da Administração, não formalizada em ato administrativo.²⁷

Mais adiante o autor continua afirmando que até mesmo fenômenos naturais, quando causam alguma repercussão na esfera da Administração, são fatos administrativos. É o exemplo de um raio que destrói algum bem público ou uma enchente que torna inutilizável algum aparelho do serviço público²⁸.

Carvalho Filho, então, cria uma classificação para os fatos administrativos. Segundo o autor, existem fatos administrativos voluntários e naturais. Os fatos administrativos voluntários podem ocorrer de duas maneiras: a) em decorrência do ato administrativo, quando se formaliza a providência determinada pelo ato ou b) pela conduta administrativa, que refletem as demais condutas da administração. Quando aos fatos administrativos naturais são aqueles decorrentes de algum fenômeno da natureza²⁹.

2.3. ATOS DA ADMINISTRAÇÃO.

A doutrina administrativista ressalta ainda que nem todos os atos praticados pela administração são atos administrativos. Há determinados atos que, apesar de terem sido realizados pela administração pública, não possuem os elementos e atributos dos atos administrativos que serão vistos mais adiante. Esses atos são chamados pela doutrina de “atos da administração”.

Nesse sentido, Bandeira de Mello argumenta que “convém, inicialmente, ressaltar que não se devem confundir atos da Administração com atos administrativos, como alerta Oswaldo Aranha Bandeira de Mello”³⁰. O autor diz que a administração pratica vários “atos

27 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98

28 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98

29 CARVALHO FILHO, J. S., *op. cit.*, p. 98

30 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 383

que não interessa considerar como atos administrativos”³¹. Em seguida faz uma lista desses atos.

O primeiro ato praticado pela administração são os que o autor chama de “atos regidos pelo Direito Privado”³².

Quando pratica tais atos, segundo Meirelles, a administração “se nivela ao particular, abrindo mão de sua *supremacia de poder*, desnecessária para aquele negócio jurídico. É o que ocorre, p. ex., quando emite um cheque ou assina uma escritura de compra e venda ou de doação, sujeitando-se em tudo às normas do Direito Privado”³³. Já Di Pietro chama tais atos de “atos de direito privado” e cita como exemplos a “doação, permuta, compra e venda, locação”³⁴.

Assim, observa-se que, ao praticar esses atos, a Administração acaba por deixar de lado sua superioridade presente nos atos administrativos. É por conta disso que Bandeira de Mello afirma que “uma vez que seu conteúdo não é regido pelo Direito Administrativo e que não é acompanhado pela força jurídica inerente aos atos administrativos, reputamos mais adequado excluí-los de tal categoria”³⁵.

Por fim, em relação aos atos de direito privado, Meirelles ressalta que apesar de a administração se nivelar ao particular, o Poder Público não fica livre das exigências administrativas impostas para a realização do negócio, como a autorização legislativa, avaliação, licitação. O único privilégio que resta para a administração é que as ações referentes a esse negócio devem ser propostas no juízo privativo da Administração interessada³⁶.

O segundo ato da administração arrolado por Bandeira de Mello são os atos materiais. Segundo o autor, “por não serem sequer atos jurídicos, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos. Estes comportamentos puramente materiais da Administração denominam-se 'atos administrativos'”³⁷. Assim, o autor considera os fatos administrativos como atos da administração. Da mesma forma, Di Pietro arrola como atos da administração “os atos materiais da Administração, que não contêm manifestação de vontade, mas que

31 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 383

32 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 383

33 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, p. 166

34 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 199

35 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 383

36 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, p. 166

37 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 384

envolvem apenas execução, como a demolição de uma casa, a apreensão de mercadoria, a realização de um serviço”³⁸.

O terceiro tipo de atos da administração arrolados por Bandeira de Mello são os atos políticos ou de governo. Justifica seu posicionamento “por corresponderem ao exercício de função puramente política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina é peculiar”³⁹.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

[...] entendemos que tais atos estão fora das linhas dos atos da Administração. Estes emanam sempre da lei; são diretamente subjacentes a esta. Aqueles alcançam maior liberdade de ação, e resultam de normas constitucionais. O caráter governamental sobreleva ao administrativo.⁴⁰

Assim, observa-se que o autor coaduna com o mesmo entendimento de Bandeira de Mello de que os atos políticos não são considerados atos administrativos.

2.4. CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO.

Antes de demonstrar um conceito de ato administrativo, faz-se necessário afirmar que há grande divergência doutrinária na conceituação do instituto. Isso porque o ato administrativo não possui qualquer dispositivo legal que o conceitue, ou seja, o conceito é mera criação doutrinária. Disso é que decorre a divergência: cada autor formula o seu próprio conceito. Daí Bandeira de Mello afirmar que “entre nós, como em geral ocorre nos vários países, não há definição legal de ato administrativo. Sendo assim, não é de estranhar que os autores divirjam ao conceituá-lo”⁴¹.

Tal dificuldade de conceituar o instituto é demonstrada por Di Pietro que, antes de conceituar o ato administrativo, faz um panorama dos critérios utilizados pela doutrina para a conceituação do ato administrativo.

Segundo a autora, “merecem realce os critérios subjetivos e objetivos, o primeiro levando em consideração o órgão que pratica o ato e, o segundo, o tipo de atividade exercida”⁴².

Consoante o critério subjetivo de conceituação, todos os atos emanados por órgãos

38 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 200

39 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, p. 384

40 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 99

41 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 375

42 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 202

administrativos serão considerados atos administrativos. Esse critério, no entanto, acaba por considerar atos administrativos os “atos da administração” e acaba por excluir os atos praticados pelos poderes judiciário e legislativo.⁴³

Esse critério é muito criticado pela teoria moderna. Di Pietro o critica por “deixar fora do conceito de ato administrativo os atos praticados pelo Legislativo e Judiciário e sujeitos a idêntico regime jurídico que os emanados dos órgãos administrativos, só pelo fato de não emanarem destes”⁴⁴.

Quanto ao critério objetivo, segundo Di Pietro, “ato administrativo é somente aquele praticado no exercício concreto da função administrativa, seja ele editado pelos órgãos administrativos ou pelos órgãos judiciais e legislativos”⁴⁵.

Di Pietro argumenta que a função administrativa apresenta três características essenciais:

é parcial, concreta e subordinada. É parcial no sentido de que o órgão que a exerce é parte nas relações jurídicas que decide, distinguindo-se, sob esse aspecto, da função jurisdicional; é concreta, porque aplica a lei aos casos concretos, faltando-lhe a característica de generalidade e abstração própria da lei; é subordinada, porque está sujeita a controle jurisdicional⁴⁶

Assim, o que a autora conclui do conceito objetivo é que ele acaba por excluir dos atos administrativos os atos normativos da administração pública, já que estes produzem efeitos gerais e abstratos, o que vai contra o conceito objetivo, uma vez que a função administrativa deve produzir efeitos concretos.

A conclusão é que a doutrina moderna, apesar de preferir o conceito objetivo, por conta dessa exclusão dos atos normativos, acaba por utilizar o conceito objetivo com algumas modificações, de modo que Di Pietro acaba os chamando de critérios mistos⁴⁷.

A autora demonstra alguns desses critérios:

Para alguns, é a presença da potestade pública que caracteriza o ato administrativo; seriam dessa natureza apenas os atos que a Administração Pública pratica com prerrogativas próprias do Poder Público. Para outros, é o regime jurídico administrativo que caracteriza o ato administrativo e o diferencia do ato de direito privado da Administração; assim, tanto o ato individual, como o normativo, estando sujeitos a regimes idênticos, podem ser considerados atos administrativos. Há, ainda, aqueles que só consideram atos administrativos os que contêm uma declaração de vontade que produz efeitos jurídicos; isto exclui os atos que contêm declaração de opinião (parecer) e de conhecimento (certidão).⁴⁸

Assim, observada a dificuldade em conceituar ato administrativo, cabe trazer alguns

43 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 202

44 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 202

45 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 202

46 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 202

47 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 203

48 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 203

dos conceitos da melhor doutrina.

Segundo Bandeira de Mello, o ato administrativo é a

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.⁴⁹

Desse conceito, o autor retira algumas características do ato administrativo. A primeira dessas características é que o ato administrativo é uma “declaração jurídica, ou seja, de manifestação que produz efeitos de direito, como sejam: certificar, criar, extinguir, transferir, declarar, ou de qualquer modo modificar direitos ou obrigações”⁵⁰.

A segunda característica demonstrada pelo autor em seu conceito é que o ato administrativo “provém do Estado, ou de quem esteja investido em prerrogativas estatais”⁵¹.

O conceito do autor demonstra que o ato administrativo “é exercido no uso de prerrogativas públicas”. Assim, o ato administrativo é praticado por “autoridade sob a regência do Direito Público. Nisso se aparta dos atos de Direito Privado”⁵².

O autor ainda ressalta que o ato administrativo “consiste em providência jurídica complementares da lei ou excepcionalmente da própria Constituição, sendo aí estritamente vinculadas, a título de lhes dar cumprimento”. Bandeira de Mello ainda completa afirmando que “com isto diferencia-se o ato administrativo da lei”⁵³.

Por fim, do conceito, Bandeira de Mello retira a última característica: o ato administrativo “sujeita-se a exame de legitimidade por órgão jurisdicional”. O autor argumenta que essa característica demonstra que o ato administrativo “não possui definitividade perante o Direito”⁵⁴.

Carvalho Filho conceitua o ato administrativo como “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”⁵⁵.

49 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 383

50 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 385

51 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 385

52 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 385

53 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 386

54 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 386

55 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.

Já Meirelles utiliza o ato jurídico para conceituar o ato administrativo. Nas palavras do autor, “podemos conceituar o ato administrativo com os mesmos elementos fornecidos pela Teoria Geral do Direito, acrescentando-se, apenas, a finalidade pública que é própria da espécie e distinta do gênero ato jurídico, como acentuam os administrativistas mais autorizados.”⁵⁶

Diante disso, para o autor, “ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar; transferir, modificar; extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”.⁵⁷

Odete Medauar, por sua vez, conceitua o instituto como “[...] um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade.”⁵⁸

2.5 – ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.

Meirelles afirma que “os atos administrativos, como emanção do Poder Público, trazem em si certos *atributos* que os distinguem dos atos jurídicos privados e lhes emprestam características próprias e condições peculiares de atuação”⁵⁹.

Bandeira de Mello, por sua vez, lembra que a administração pública, por realizar atividades visando sempre o bem da coletividade, possui uma disciplina peculiar. Essa disciplina consiste, segundo o autor, em atribuir determinados ônus a administração e, por outro lado, confere determinadas prerrogativas à administração.⁶⁰

Mais adiante o autor argumenta “que tanto as limitações que a tolhem quanto os favores que a adornam não visam senão a conformá-la e habilitá-la ao rigoroso alcance de seus fins”⁶¹.

Cabe ressaltar que, por ser o atributo do ato administrativo decorrência dos fins coletivos a que ele visa, tal fim acaba se tornando uma condição para que o ato tenha a

101

56 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, p. 159

57 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, p. 159

58 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 134

59 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, p. 159

60 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 417

61 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 417

prerrogativa, ou seja, somente terão os atributos dos atos administrativos aqueles atos praticados com o escopo de atender aos fins da coletividade.⁶²

Assim, observa-se que os atos praticados pela administração que não possuem como fim o interesse da coletividade, não possuem os atributos, as prerrogativas do ato administrativo. Tratam-se de atos da administração.

A doutrina não é unânime no rol de atributos do ato administrativo.

Bandeira de Mello entende que os atributos do ato são: a) Presunção de legitimidade; b) imperatividade; c) exigibilidade e d) executoriedade⁶³. Já Meirelles arrola como atributos do ato a presunção de legitimidade e veracidade; imperatividade e autoexecutoriedade⁶⁴. Di Pietro, por sua vez, traz como atributos do ato administrativo a presunção de veracidade, a imperatividade, executoriedade e a autoexecutoriedade⁶⁵. Carvalho Filho, por sua vez, chama os atributos do ato administrativo de característica do ato e argumenta que essas características seriam a imperatividade, presunção de legitimidade e a autoexecutoriedade⁶⁶.

Diante da divergência, cabe a análise dos atributos mais recorrentes na doutrina.

2.5.1 Presunção de legitimidade e veracidade.

Segundo Bandeira de Mello, a presunção de legitimidade “é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conforme ao Direito, até prova em contrário”⁶⁷. Segundo Meirelles, “essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração (art. 37 da CF), que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental”⁶⁸.

Embora geralmente a presunção de legitimidade e presunção de veracidade sejam utilizadas como sinônimos, não o são. A presunção de legitimidade é a presunção de que o ato foi prolatado em conformidade com a lei; já a presunção de veracidade, seria a presunção de que os fatos alegados pela administração são verdadeiros. Assim, em suma, enquanto a presunção de legitimidade diz respeito a lei, a presunção de veracidade diz respeito aos

62 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 418

63 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 419

64 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, p. 168/173

65 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 206

66 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 121/124

67 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 419

68 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, p. 168

fatos⁶⁹.

Esse atributo está presente em todos os atos da administração pública, tendo alcance inclusive nos atos de direito privado praticados pela administração. Trata-se de prerrogativa do Poder Público e está presente em todos os seus atos, seja qual for sua natureza⁷⁰.

O fundamento desse atributo

Reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do Poder Público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger. Desse modo, inconcebível seria admitir que não tivessem a aura de legitimidade, permitindo-se que a todo momento sofressem algum entrave oposto por pessoas de interesses contrários. Por esse motivo é que se há de supor que presumivelmente estão em conformidade com a lei⁷¹.

Além desses fundamentos, a doutrina ainda traz outros, como:

1. o procedimento e as formalidades que precedem a sua edição, os quais constituem garantia de observância da lei;
2. o fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que a autoridade que pratica o ato o faz com o consentimento de todos;
3. a necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos, já que eles têm por fim atender ao interesse público, predominante sobre o particular;
4. o controle a que se sujeita o ato, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado, sempre com a finalidade de garantir a legalidade;
5. a sujeição da Administração ao princípio da legalidade, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados de conformidade com a lei, já que cabe ao poder público a sua tutela⁷².

Cabe ressaltar ainda que a presunção de legitimidade e veracidade atende as necessidades de celeridade e segurança nas atuações da Administração Pública. Não poderia ficar o Poder Público dependendo do resultado das impugnações dos seus atos pelos administrados para, somente após, poder agir⁷³.

Os efeitos da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo são a autoexecutoriedade, a qual admite que o ato seja imediatamente executado, e a inversão do ônus da prova, de modo que quem alegar não ser o ato legítimo deve comprovar tal afirmação. Enquanto isso não ocorrer, o ato vai produzindo seus efeitos e é considerado válido⁷⁴.

Di Pietro, por sua vez, argumenta que os efeitos da legitimidade e veracidade do ato administrativo são: a) enquanto não decretada a invalidade, produz efeitos; b) o judiciário não

69 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207

70 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 208

71 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 122

72 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207

73 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, p. 168

74 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 123

pode apreciar a validade do ato de ofício, ao contrário do que ocorre no direito privado em que o art. 168 do CC autoriza a invalidação de ofício em matérias de nulidade absoluta e c) a inversão no ônus da prova no caso de presunção de veracidade. Sobre esse último efeito, a autora afirma que não se aplica à presunção de legitimidade, tendo em vista que não há matéria de fato a ser produzida, mas sim verificação de conformidade com a lei.⁷⁵

Embora o atributo autorize a imediata execução do ato administrativo, não impede que ocorra a sustação dos efeitos por meio de recursos internos ou por ordem judicial⁷⁶.

2.5.2 (auto)executoriedade.

Primeiramente, cabe ressaltar que na doutrina há divergência em relação ao termo. Parte chama o atributo de “executoriedade” enquanto que outra chama de “autoexecutoriedade”. Bandeira de Mello, por exemplo, chama o atributo de executoriedade, já Di Pietro e Carvalho Filho utilizam a expressão autoexecutoriedade. Meirelles chega a afirmar que em nota de rodapé que

alguns autores empregam o vocábulo *executoriedade*, o que não nos parece correto, porque o prefixo 'auto' é que indica a condição de o ato ser executável pela própria Administração. *Executoriedade* não tem, pois, o mesmo significado de *autoexecutividade*, que é atributo de certos atos administrativos.⁷⁷

Nesse trabalho os termos serão tratados como sinônimos.

O particular, para que possa defender seus direitos, deve se socorrer ao poder judiciário. Este poder, após um julgamento, profere uma sentença, que será um título executivo. Somente com esse título executivo é que o particular poderá executar materialmente os seus direitos. Caso tome atitude no sentido de executar o seu direito, sem o título executivo, o particular estará cometendo o crime de exercício arbitrários das próprias razões. Já a administração pública, por conta da autoexecutoriedade, para exercer materialmente os seus atos administrativos, não precisa desse título executivo, tendo em vista que o próprio ato administrativo já possui o atributo de ser executável.⁷⁸

Bandeira de Mello elucida a diferença entre a executoriedade dos atos particulares e do ato administrativo. Segundo o autor,

É este traço que diferencia a situação do ato administrativo em relação ao ato do particular, pois este necessita de uma sentença que torne *exegível* sua pretensão

75 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 207

76 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, p. 169

77 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, p. 171

78 SPITZCOVSKY, Celso. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006, p. 107

perante outro sujeito. Uma vez proferida a sentença, caso a parte condenada não obedeça, o particular necessita de uma *execução judicial*. Ou seja: nas relações privadas, a sentença é que funciona como título *exequível* e a ordem judicial de execução é que funciona como título *executório*, enquanto no Direito Administrativo o próprio ato do Poder Público já dispõe do atributo de exigibilidade e do atributo de executoriedade que lhe é, embora nem sempre, conferido pelo sistema legal.⁷⁹

Sobre isso, interessante mencionar a lição de Carvalho Filho que, citando García de Enterría, afirma que os atos administrativos constituem títulos executivos, de modo que dispensam anuência dos tribunais. Assim, desnecessário recorrer aos tribunais buscando uma sentença que sirva como título para realização material de seus efeitos. O ato administrativo, assim, possui o valor de uma sentença do juiz, apesar de estar sujeito ao controle judicial⁸⁰.

Diante da diferenciação entre a executoriedade dos atos privados e do ato administrativo, pode-se conceituar a executoriedade como “a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu”⁸¹.

Apesar de, em regra, não se admitir a autoexecutoriedade para os atos particulares, é interessante ressaltar que tal regra comporta exceções: legítima defesa, retenção de bagagens de hóspede que não pagou as despesas, defesa da posse em caso de esbulho, entre outros. Da mesma forma que a regra não é absoluta para os particulares, não são todos os atos administrativos que possuem o atributo da autoexecutoriedade⁸².

Segundo Carvalho Filho, o atributo existe para “salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público, o que não ocorreria se a cada momento tivesse que submeter suas decisões ao crivo do judiciário”⁸³. Cabe ressaltar que “sem tal prerrogativa, o interesse público ficaria equiparado e, por vezes, preterido, em face do interesse privado, ao mesmo tempo em que a decisão do Estado seria inócua, porque inoperante”⁸⁴.

Segundo Di Pietro e Bandeira de Mello, duas são as hipóteses de atos que se revestem desse atributo: a) quando expresso em lei e b) quando se trata de medida de urgência.

Sobre o primeiro caso, Di Pietro cita como exemplo o contrato. Nesse caso, a Administração dispõe de várias medidas autoexecutórias: retenção da caução, utilização dos equipamentos e instalações do contratado, para fins de continuidade da execução do contrato, a

79 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 421

80 ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 123

81 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, p. 419

82 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 209

83 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 123

84 BRAZ, Petrônio. *Atos administrativos*. 2. ed. Leme/SP: Cronus, 2008 p. 110

encampação, entre outros. A autora ainda cita como exemplo as matérias de polícia administrativa em que a administração pode apreender mercadorias, fechar casas noturnas e cassar licença para dirigir. Todos esses atos são investidos de autoexecutoriedade⁸⁵.

Já quanto aos casos de medida de urgência, Bandeira de Mello argumenta que ocorre “quando a executoriedade é condição indispensável à eficaz garantia do interesse público confiado pela Administração; isto é, nas situações em que, se não for utilizada, haverá grave comprometimento do interesse que incumbe à Administração assegurar”⁸⁶.

Cita-se como exemplo de atos que não possuem o atributo a multa e a desapropriação⁸⁷.

Outros tipos de atos que não são dotados de autoexecutoriedade são aqueles que possuem cláusula de reserva judicial. O atributo encontra exceções na própria Constituição Federal. Cita-se como exemplo a inviolabilidade de lar, a inviolabilidade do sigilo de dados e das comunicações, a suspensão das atividades ou a dissolução compulsória de associações e o cancelamento de permissões e concessões antes de vencido o prazo⁸⁸.

Cabe ressaltar, ainda, que o atributo da autoexecutoriedade não impede com que o administrado tenha ampla defesa. Meirelles, sobre isso, afirma que a autoexecutoriedade tornou-se mais restrita por conta do art. 5^a, LV da CF, que assegura o contraditório e a ampla defesa inclusive nos procedimentos administrativos. Apesar de restringir a autoexecutoriedade, o autor reconhece, no entanto, que a Constituição Federal não banuiu o *jus imperium* da Administração Pública, de modo que a autoexecutoriedade, quando o interesse público correr perigo eminente, deve ser reconhecida, mesmo com a restrição⁸⁹.

O autor ainda afirma que

claro está, porém, que a execução de tais determinações [decorrentes do poder de polícia] deve ser precedida de notificação e acompanhada do respectivo auto circunstanciado, em que se comprove a legalidade da atuação do Poder Público e se possibilitem, *a posteriori*, as medidas judiciais que o particular reputar convenientes à defesa de seus direitos e de seu patrimônio.⁹⁰

A ampla defesa deve ser assegurada não apenas na via administrativa. Apesar de o atributo dar força executiva para os atos administrativos, nada impede que o administrado, além de demandar na via administrativa, demande no poder judiciário requerendo a suspensão

85 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 209

86 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 422

87 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, 2014, p. 124

88 SPITZCOVSKY, Celso. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006, p. 109

89 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 173

90 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 173

ou até mesmo a anulação do ato administrativo.

Di Pietro, por exemplo, afirma que apesar de a decisão executória tornar desnecessária a ida da administração a juízo, ela não afasta o controle judicial posterior, que pode ser provocado pela pessoa que foi lesada pelo ato administrativo. Nesses casos, a autora ainda recorda, incidirá a regra da responsabilidade objetiva do Estado⁹¹.

Ressalte-se que o controle do ato pode até mesmo ser prévio ao ato. Daí se afirmar que “se o particular, como antecedência, souber que a administração praticará determinado ato executório, pode conseguir no Judiciário uma liminar impedindo sua prática, desde que demonstre a potencial ilegalidade do ato que seria praticado”⁹².

2.5.2.1. Autoexecutoriedade e exigibilidade.

A autoexecutoriedade não se confunde com a exigibilidade. Di Pietro, sobre o atributo da autoexecutoriedade, leciona que

Esse atributo é chamado, pelos franceses, de *privilege d'action d'office* ou *privilege du préalable*; porém, alguns autores o desdobram em dois: a exigibilidade, que corresponde ao *privilege du préalable*, pelo qual a Administração toma decisões executórias criando obrigação para o particular sem necessitar ir preliminarmente a juízo; e a executoriedade, que corresponde ao *privilege d'action d'office* (privilégio da ação de ofício), que permite à Administração executar diretamente a sua decisão pelo uso da força.⁹³

Um dos autores que faz essa distinção é Bandeira de Mello. Segundo o autor os atributos não se confundem, “pois esta [exigibilidade] não garante, só por si, a possibilidade de coação material, de execução do ato. Assim, há atos dotados de exigibilidade mas que não possuem executoriedade”⁹⁴.

O que diferencia então os dois atributos é o meio coercitivo: enquanto na exigibilidade a Administração Pública se utiliza de meios indiretos de coerção, na executoriedade, a Administração Pública acaba valendo-se de meios coercitivos diretos⁹⁵.

Para saber o que seriam esses meios indireto de coação, pode-se utilizar da explicação de Wambier acerca da execução indireta. Essa execução, segundo o Processualista civil seria o “uso de mecanismos destinados a pressionar psicologicamente o devedor, a fim de que ele

91 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 210

92 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 467

93 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 210

94 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 419

95 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 210

mesmo satisfaça a obrigação”⁹⁶. Tal explicação também se aplica a coação indireta: seriam “a multa ou outras penalidades administrativas impostas em caso de descumprimento do ato”⁹⁷. Já a execução direta seria a própria execução material do ato pela administração pública.

Para exemplificar a exigibilidade e a diferenciar da autoexecutoriedade, menciona-se o caso em que o administrado é intimado para construir calçada em frente a sua casa. A administração, nesse caso, não pode obrigar o administrado a fazer a calçada, podendo lhe aplicar multa ou ela mesma construir e depois cobrar em juízo o valor utilizado na obra. Nesse caso, há apenas a exigibilidade do ato. No entanto, nos casos em que a administração dissolve uma passeata, interdita uma fábrica, ela mesma pratica o ato, tratando-se de autoexecutoriedade, já que ela mesma compele o administrado⁹⁸.

Bandeira de Mello resume a diferença entre a exigibilidade do ato administrativo e a sua autoexecutoriedade da seguinte maneira:

graças à exigibilidade, a Administração pode valer-se de meios indiretos que induzirão o administrado a atender ao comando imperativo. Graças à executoriedade, quando esta exista, a Administração pode ir além, isto é, pode satisfazer diretamente sua pretensão jurídica compelindo materialmente o administrado, por meios próprios e sem necessidade de ordem judicial para proceder a esta compulsão. Quer-se dizer: pela exigibilidade pode-se induzir à obediência, pela executoriedade pode-se compelir, constringer fisicamente.⁹⁹

2.5.3. Imperatividade.

A imperatividade é “o atributo pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância”¹⁰⁰. Isso quer dizer que “ao editar os seus atos, a Administração poderá impor de modo unilateral seu cumprimento aos particulares em vista dos interesses que representa”¹⁰¹.

Meirelles afirma que a imperatividade se trata da “força impositiva própria do Poder Público, e que obriga o particular ao fiel atendimento, sob pena de se sujeitar a execução forçada pela Administração (atos autoexecutórios) ou pelo Judiciário (atos não autoexecutórios)”¹⁰².

Tal atributo “decorre do que Renato Alessia chama de 'poder extroverso', que permite

96 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 2: execução*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 358

97 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 210

98 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, p. 419

99 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, p. 420

100 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 209

101 SPITZCOVSKY, Celso. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006, p. 109

102 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 171

que ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interfiram na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações”¹⁰³.

Esse poder e atributo existe justamente porque não seria cabível a administração ficar à mercê do interesse do administrado, deixando o interesse coletivo subordinado ao interesse individual; assim, a supremacia do interesse público justifica a coercibilidade dos atos administrativos.¹⁰⁴

A imperatividade trata-se de uma prerrogativa do ato administrativo, já que o ato privado não possui a capacidade de criar qualquer obrigação para terceiros sem a sua anuência¹⁰⁵

Por fim, cabe ressaltar que, segundo Bandeira de Mello, a imperatividade não se confunde com a exigibilidade, já que, em relação àquela, apenas se impõe uma obrigação, enquanto que em relação a esta é o atributo por meio do qual se impele ao atendimento da obrigação já imposta, sem qualquer necessidade de recorrer ao judiciário, para induzir o administrado a observar o ato¹⁰⁶.

2.6.3. Tipicidade.

Além desses atributos do ato administrativo, Di Pietro arrola a tipicidade. Segundo a autora, esse atributo do ato administrativo determina que só pode haver o ato se existir previsão legal. Diante disso, não pode a administração prolar atos inominados.¹⁰⁷

2.6. ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.

Elementos ou requisitos do ato administrativo nada mais são do que a “a infraestrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão”¹⁰⁸. Isso quer dizer que o ato administrativo, para o seu melhor estudo, costuma

103 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, *op. cit.*, p. 419

104 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 122

105 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 209

106 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, p. 419

107 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 210

108 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 161

ser dividido em várias partes.

A divisão do ato administrativo em requisitos ou elementos, além de facilitar seu estudo, ajuda na análise de possíveis vícios existentes em sua estrutura. Daí Bandeira de Mello afirmar que esse procedimento de decomposição seria algo como à anatomia do ato, que teria como finalidade o exame de possíveis patologias, de vício, em cada um desses elementos¹⁰⁹.

Há muita divergência doutrinária acerca do termo a ser utilizado.

Parte da doutrina, considerando os elementos do ato administrativo como condição para sua validade, entende que os elementos, em verdade, não são elementos do ato, mas sim seus requisitos¹¹⁰.

Não bastasse essa divergência, ainda há doutrina que afirma serem os elementos/requisitos do ato administrativo não somente elementos e não somente requisitos; para alguns autores, existem elementos e requisitos do ato administrativo. Tanto é assim que Carvalho Filho afirma que elemento significa algo que integra uma estrutura, fazendo parte do seu “ser” e se tratando de pressuposto de existência. Quanto ao requisito de validade, o autor diz que se trata de pressuposto de validade do ato, o que só pode ser exigido se o ato existir. Assim, o autor afirma que dentre os cinco clássicos pressupostos de validade do ato administrativo, alguns, na verdade são elementos, como a forma, e outros são requisitos de validade, como a competência¹¹¹.

A divergência doutrinária, no entanto, não se limita apenas à expressão. Ela existe também no rol de elementos/requisitos que integram o ato administrativo.

Di Pietro, por exemplo, adota o entendimento de que os elementos do ato administração são aqueles arrolados no art. 2º da Lei 4.717/65, quais sejam, competência, forma, objeto, motivo e finalidade. No entanto, a autora faz uma ressalva em relação ao elemento competência. Segundo a doutrinadora, tal elemento se trata, em verdade, de sujeito, tendo em vista que o ato além de ser prolatado por agente competente, deve esse mesmo agente ter capacidade, nos termos da lei civil¹¹².

Carvalho Filho, por sua vez, utiliza os elementos arrolados na Lei da Ação Popular. Nas palavras do autor,

Não há também unanimidade entre os estudiosos quanto aos elementos do ato

109 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 390

110 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 161

111 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 122

112 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 210

administrativo, identificados que são por diversos critérios. Preferimos, entretanto, por questão didática, repetir os elementos mencionados pelo direito positivo na lei que regula a ação popular (Lei n 4.717, de 29.6.1965, art. 2º), cuja ausência provoca a invalidação do ato.¹¹³

Assim, observa-se que Di Pietro e Carvalho Filho divergem acerca do elemento competência.

Há, ainda, autores que observando que o ato administrativo faz parte do gênero ato jurídico traça um paralelo entre os requisitos de ambos os atos, ampliando o rol dos requisitos do ato administrativo devido às suas peculiaridades.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello entende que os elementos do ato administrativo são apenas a forma e seu conteúdo. Diante da peculiaridade e da importância da maneira como o autor analisa os elementos do ato, será destinado tópico especial para se analisar essa maneira proposta pelo autor.

Fato é que a maioria da doutrina divide os requisitos ou elementos do ato administrativo em: competência, forma, objeto, finalidade, motivo. Assim, cabe agora uma análise de cada elemento do ato separadamente.

2.6.1. Competência.

O elemento/requisito competência nada mais é do que “o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções”¹¹⁴. Tal poder é atribuído a determinado agente por meio de lei. Assim, o ato administrativo somente pode ser prolatado por aquele a quem a lei atribuiu a competência para tal, sob pena de ser considerado inválido¹¹⁵.

O elemento encontra seu fundamento na necessidade de dividir os trabalhos da administração entre os seus agentes, tendo em vista a grande quantidade de tarefas que cada o Estado possui¹¹⁶.

Cabe ressaltar que a competência em questão não é aquela analisada no âmbito jurisdicional ou legislativo, trata-se, na verdade, de competência administrativa, podendo existir até mesmo no poder judiciário ou legislativos quando exercem a função administrativa

113 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 106

114 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 161

115 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 161

116 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 106

atípica¹¹⁷. Por conta disso, Carvalho Filho afirma que “na verdade, poder-se-ia qualificar esse tipo de competência como administrativa, para colocá-la em plano diverso das competências legislativa e jurisdicional”¹¹⁸.

A competência e a capacidade civil no direito privado se encontram muito ligadas. Aquela, no entanto, é um complemento dessa, ou seja, além de possuir a capacidade, o agente deverá ter a competência necessária para a prolação do ato administrativo. Assim, a competência seria um “plus” em relação à capacidade.

O Estado, como pessoa jurídica que é, possui capacidade civil. No entanto, não é qualquer agente no âmbito dessa pessoa que poderá prolar um determinado ato administrativo. Por conta disso, Carvalho Filho, com apoio da doutrina de Cretella Júnior afirma:

Capacidade, como não desconhecemos, é a idoneidade de atribuir-se a alguém a titularidade de relações jurídicas. No direito público há um plus em relação ao direito privado: naquele se exige que, além das condições normais necessárias à capacidade, atue o sujeito da vontade dentro da esfera que a lei traçou. Como o Estado possui, pessoa jurídica que é, as condições normais de capacidade, fica a necessidade de averiguar a condição específica, vale dizer, a competência administrativa de seu agente.¹¹⁹

Por conta dessa diferenciação entre capacidade e competência, Di Pietro afirma que o elemento do ato administrativo em questão é “sujeito” e não “competência”. Isso porque, para editar um ato administrativo, deve existir os dois cumulativamente. Dai a autora afirmar que “No direito administrativo não basta a capacidade; é necessário também que o sujeito tenha competência”¹²⁰.

Observa-se que ao contrário do direito privado em que a capacidade é a regra no direito público a competência é a exceção, só existindo nos casos em que há dispositivo expresso. Além disso, o autor lembra que a competência é um dever funcional do agente público, não havendo faculdade para exercer ou não sua competência¹²¹.

Para se analisar de quem é a competência para editar determinado ato, a doutrina criou critérios de distribuições da competência.

Segundo Carvalho Filho, a definição da competência administrativa é embasada em quatro critérios: em razão da matéria, da hierarquia, do lugar e do tempo.

117 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 106

118 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 106

119 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 106

120 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 212

121 GASTON, Jêze, *apud* TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 58

O critério relativo à matéria envolve a especificidade da função para sua melhor execução. Esse é o critério que preside à criação de diversos Ministérios e Secretarias Estaduais ou Municipais. Em relação à hierarquia, o critério encerra a atribuição de funções mais complexas ou de maior responsabilidade aos agentes situados em plano hierárquico mais elevado.

O critério de lugar inspira-se na necessidade de descentralização territorial das atividades administrativas. É o que sucede com as circunscrições territoriais de certos órgãos, como as delegacias regionais de algum órgão federal. Por fim, pode a norma conferir a certo órgão competência por período determinado. É o critério em razão do tempo, adotado, por exemplo, em ocasiões de calamidade pública.¹²²

Já Di Pietro, além desses quatro critérios, acrescenta mais um, qual seja, em razão do fracionamento. Conforme esse critério, a competência pode ser distribuída entre vários órgãos, quando o ato for complexo.¹²³

A competência possui algumas características. Carvalho Filho apresenta duas, quais sejam, a inderrogabilidade e a improrrogabilidade. Sobre a primeira, trata-se da impossibilidade de transferência da competência de um órgão para outra. Quanto à segunda, afirma que “se um órgão não tem competência para certa função, não poderá vir a tê-la supervenientemente, a menos que a antiga norma definidora seja alterada.”¹²⁴

Já Di Pietro traz outras características da competência. Para a autora, a primeira é que só pode decorrer de lei. A segunda característica é a inderrogabilidade. Por fim, a última característica é que a competência pode ser objeto de delegação e avocação, com a ressalva de que não se trate de competência conferida exclusivamente pela lei.¹²⁵

2.6.2. Objeto.

O ato administrativo, antes de mais nada, é um ato jurídico, conforme já demonstrado nesse trabalho. Como tal, produz efeitos jurídicos. São justamente esses efeitos jurídicos o objeto do ato administrativo.

Assim, o objeto ou o conteúdo do ato administrativo nada mais é do que a consequência jurídica imediata que determinado ato administrativo produz quando editado, ou seja, é o nascimento, extinção ou transformação de algum direito¹²⁶.

Com isso, “pode o objeto do ato administrativo consistir na aquisição, no resguardo,

122 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 108

123 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 216

124 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 108

125 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 213

126 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 215

na transferência, na modificação, na extinção ou na declaração de direitos, conforme o fim a que a vontade se preordena”¹²⁷.

Parte da doutrina distingue objeto e o conteúdo do ato administrativo. Dyrlei da Cunha Júnior afirma que o Objeto é a coisa ou relação jurídica sobre que o ato administrativo recairá. O autor dá como exemplo o ato que declara um imóvel de utilidade pública, para fins de desapropriação. Nesse caso o objeto, segundo o autor, é o imóvel. Outro exemplo que o autor traz é a demissão do servidor público em que o objeto desse ato é a relação funcional¹²⁸.

Mais adiante, o autor afirma:

Não obstante respeitáveis posições em contrário, conteúdo não é sinônimo de objeto. Conteúdo é o próprio ato em essência, sendo sua disposição jurídica. Assim, na desapropriação de imóvel, o objeto é o próprio imóvel e o conteúdo a própria desapropriação.

Ademais, o objeto está fora do ato, enquanto o conteúdo é interno ao ato. O conteúdo é aquilo que o ato dispõe. Isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. O conteúdo dispõe sobre alguma coisa, sendo esta – aqui sim – o próprio objeto do ato¹²⁹.

Celso Antônio Bandeira de Mello, conforme se analisará em tópico separado, é um dos respeitados autores que entendem que conteúdo e objeto do ato não se confundem.

2.6.3. Forma.

A forma “é o meio pelo qual se exterioriza a vontade. A vontade, tomada de modo isolado, reside na mente como elemento de caráter meramente psíquico, interno. Quando se projeta, é necessário que o faça através da forma”¹³⁰.

Segundo Di Pietro, a forma pode ser conceituada de duas formas, a depender da concepção utilizada. Segundo uma concepção restrita, considera-se a forma a exteriorização do ato, ou seja, a forma como o ato se exterioriza. Já segundo uma concepção ampla, a forma é não apenas a exteriorização da vontade, como também todas as formalidades que devem ser observadas no processo de formação da vontade da administração¹³¹.

O que se conclui é que a forma em sentido amplo nada mais é do que um procedimento. Meirelles, sobre a diferença entre forma do ato e procedimento administrativo

¹²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 110

¹²⁸ CUNHA JÚNIOR, Dyrlei da. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 124

¹²⁹ CUNHA JÚNIOR, Dyrlei da. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 124

¹³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 111

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 216

explica que

a forma é o revestimento material do ato; o procedimento é o conjunto de operações exigidas para sua perfeição. Assim, para uma concorrência há um procedimento que se inicia com o edital e se finda com a adjudicação da obra ou do serviço; e há um ato adjudicatório que se concretiza, afinal, pela forma estabelecida em lei. O procedimento é dinâmico; a forma é estática.

O elemento “forma” encontra seu fundamento no interesse público, ou seja, os atos administrativos devem seguir formas mais rigorosas, já que o elemento, em verdade, é uma garantia para os cidadãos, uma forma de fiscalização. Assim, a forma no direito público é mais rigorosa do que no direito privado¹³².

Apesar de o ato administrativo ter como regra-geral a forma escrita, admite-se atos editados de outras maneiras. Dependendo da situação, o direito administrativo admite que o agente público emita atos orais: é o caso de instruções momentâneas de superior a inferior hierárquico, é o caso de determinações policiais em situações emergenciais e é o caso de sinal de trânsito.¹³³

Essa forma, distinta da escrita, no entanto, só ocorre quando houver urgência, transitoriedade da manifestação da vontade da administração ou quando o assunto é de pequena relevância para a administração¹³⁴.

A motivação do ato administrativo é muito ligada com a forma. Para alguns autores como Di Pietro, a motivação integra a própria forma do ato administrativo. Nas palavras da autora, “integra o conceito de forma a motivação do ato administrativo, ou seja, a exposição dos fatos e do direito que serviram de fundamento para a prática do ato; a sua ausência impede a verificação de legitimidade do ato”¹³⁵.

2.6.4. Motivo.

Motivo nada mais é do que “o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo.” No que tange ao pressuposto de fato, é o conjunto de circunstâncias que levam a administração o determinado ato. Já em relação aos pressupostos de direito, é o pressuposto legal em que o ato administrativo se baseia¹³⁶.

O motivo não se confunde com o móvel. Esse é uma representação subjetiva do

132 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 216

133 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 163

134 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 163

135 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 218

136 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 219

agente, ou seja, é, em verdade, a intenção do agente que editou o ato administrativo. Já o motivo é a realidade objetivo e externa ao ato administrativo.

A vontade do agente público é irrelevante. O único ponto a ser analisada é o motivo em si que levou o agente a praticar o ato, não importando a sua intenção ao editar o ato. A intenção do agente, só é relevante nos atos discricionários.¹³⁷

Para Bandeira de Mello, o motivo é apenas “o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato.”¹³⁸.

Do conceito do autor, observa-se que não abarca os pressupostos de direito. Tanto é assim que o autor diferencia os motivos do ato e o motivo legal. “Enquanto que este último é a previsão abstrata de uma situação fática, empírica, o motivo do ato é a própria situação material, empírica, que efetivamente serviu de suporte real e objetivo para a prática do ato”.¹³⁹

O motivo, é interessante observar, não se confunde com a motivação. A “motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram”¹⁴⁰. Para alguns doutrinadores, como já visto ao tratar do elemento forma, a motivação do ato administrativo faz parte do elemento forma, não se confundindo com a motivação.

A doutrina ainda discute sobre a necessidade de motivação. Parte dela entende que a motivação somente é necessária nos casos de atos vinculados, já que, nesses casos, o agente público deve demonstrar que os motivos que deram causa ao seu ato são realmente aqueles previstos na lei. Outra parte da doutrina entende que o ato deve ser motivado apenas nos casos de atos discricionários, já que esse seria a maneira pela qual se poderia fiscalizar o agente. Outra parte da doutrina entende que todos os atos devem ser motivados¹⁴¹.

137 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 399

138 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 397

139 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 398

140 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 219

141 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 220

2.6.5. Finalidade.

A finalidade pode ser conceituada como “o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato”¹⁴².

Bandeira de Mello cita Enterría: “os poderes administrativos não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade; são poderes funcionais, outorgados pelo ordenamento em vista de um fim específico, com o quê aparta-se do mesmo obscurece sua fonte de legitimidade”¹⁴³.

Não se pode confundir a finalidade do ato administrativo com o seu motivo ou mesmo com o seu objeto. Os motivos do ato precedem a ele e são os pressupostos de fato e de direito que levam o administrador a prática do ato. A finalidade do ato, por sua vez, é algo que a administração pretende buscar com a prática do ato. Aqui também precede o próprio ato administrativo. Por fim, o objeto do ato é o resultado que o ato causa com sua prática, o que ele faz em si¹⁴⁴.

Di Pietro diferencia os elementos da seguinte forma:

Enquanto o objeto é o efeito jurídico imediato que o ato produz (aquisição, transformação ou extinção de direitos), a finalidade é o efeito mediato.

Distingue-se do motivo, porque este antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. Já a finalidade sucede à prática do ato, porque corresponde a algo que a Administração quer alcançar com a sua edição.

Tanto motivo como finalidade contribuem para a formação da vontade da Administração: diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade).¹⁴⁵

Para ilustrar a diferença, pode-se citar o caso da dissolução de uma passeata em que ocorre tumulto. O motivo do ato de dissolução é o tumulto, o seu objeto é a própria dissolução e a finalidade é a proteção da ordem pública. Já no caso de uma fábrica poluente, o motivo de seu fechamento é a efetiva poluição, o objeto é o fechamento da fábrica e a finalidade é a proteção da salubridade pública¹⁴⁶.

A finalidade do ato administrativo ser analisada em dois sentidos. Pode-se dizer que há a finalidade em sentido amplo e a finalidade em sentido estrito. A finalidade em sentido amplo é a busca pelo interesse público, pela finalidade pública. Já a finalidade em sentido estrito é

142 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 218

143 ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón., *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 406

144 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. rev. ampl. ref. e atual. Niterói: Impetus, 2012, p. 282

145 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 219

146 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. rev. ampl. ref. e atual. Niterói: Impetus, 2012, p. 282

finalidade que cada ato deve produzir quando editado, conforme determina a lei.¹⁴⁷

Sobre a finalidade em sentido estrito, ou específica, que dizer que “para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei”¹⁴⁸.

O que se conclui com a finalidade específica é que “não se pode buscar através de um dado ato a proteção de bem jurídico cuja satisfação deveria ser, em face da lei, obtida por outro tipo ou categoria de ato”¹⁴⁹.

Assim, “se o agente tem competência para remover um funcionário e possui também competência para suspendê-lo, não pode removê-lo com a finalidade de puni-lo, pois o ato de remoção não tem finalidade punitiva”. Nesse caso, “se quiser punir, deverá valer-se de um ato previsto no sistema legal como punitivo”¹⁵⁰.

2.6.6. Elementos do ato administrativo segundo Bandeira de Mello.

Bandeira de Mello propõe uma maneira peculiar de análise dos elementos do ato administrativo. Faz-se necessário um estudo da maneira como o autor analisa os elementos do ato, tendo em vista sua importância.

Segundo o Bandeira de Mello, elementos são partes integrantes de algo. Assim, ao analisar os elementos do ato administrativo, o autor observa que muitos daqueles elementos arrolados pela doutrina não podem ser considerados como tal, já que, em verdade, são exteriores ao ato. Com isso, o autor sistematiza os “elementos” dos atos administrativos de outra forma.

Há, então, apenas dois componentes do ato administrativo que são realmente seus elementos, já que internos ao ato: o conteúdo e a forma.

Os demais componentes do ato são externos a ele, de modo que não podem ser considerados elementos. Então, Bandeira de Mello os chama de pressupostos, os quais são divididos em pressupostos de existência e pressupostos de validade do ato.

Os pressupostos de existência são o objeto e a pertinência do ato; já os pressupostos de validade são: 1) pressuposto subjetivo (sujeito); 2) pressupostos objetivo (motivo e requisitos procedimentais); 3) pressupostos teleológico (finalidade); 4) pressuposto lógico (causa); e 5)

147 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 219

148 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 210

149 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 405

150 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 406

pressupostos formalísticos (formalização).

Sem os elementos do ato, não há qualquer ato, seja ele administrativo ou não. Caso ausente alguns dos pressupostos de existência do ato, faltarão o pressuposto para o surgimento de um ato qualquer ou faltarão o pressuposto para qualificar o ato como administrativo. Por fim, se faltar algum dos pressupostos de validade, o ato administrativo será inválido.¹⁵¹

Diante disso, considerando que muitos dos elementos e pressupostos do ato administrativo já foram vistos, cabe agora apenas a análise daqueles componentes do ato presentes na classificação de Bandeira de Mello e que não se encontram presentes na classificação da doutrina.

2.6.6.1. Elementos em espécies do ato administrativo.

Segundo Bandeira de Mello, os elementos do ato são conteúdo e a forma. Os dois elementos já foram analisados nesse trabalho. A única ressalva que se faz é que o autor utiliza o termo conteúdo para designar o que a maioria da doutrina chama de objeto do ato administrativo. Bandeira de Mello o faz por considerar que o conteúdo dispõe sobre algo. Esse algo sobre o qual o conteúdo dispõe é que o autor considera como objeto.¹⁵²

Quando aos pressupostos de existência, quais sejam, objeto e pertinência a função administrativa, é necessário fazer maiores ponderações.

O objeto, na visão de Bandeira de Mello, é “aquilo sobre que o ato dispõe”¹⁵³.

Sobre a diferenciação do objeto e o conteúdo, o autor afirma que “não pode haver ato sem que exista algo a que ele esteja reportado. É certo que, se o conteúdo do ato fala sobre algo, é porque este algo constitui-se em realidade que com ele não se confunde e, de outro lado, que o objeto não é um elemento do ato, pois não o integra”¹⁵⁴.

Quanto à pertinência à função administrativa, considera que o ato administrativo só existe quando for imputável ao Estado, quando do exercício da sua função administrativa. Caso haja qualquer ato sem essa qualidade, será um ato jurídico, mas não se pode dizer que

151 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 392/393

152 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 394

153 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 395

154 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 396

existe, nesse caso, um ato administrativo¹⁵⁵.

No que tange aos pressupostos de validade do ato administrativo, além do sujeito, motivo e finalidade, que já foram analisados aqui, o autor ainda traz os requisitos procedimentais, a causa e a formalização.

Os requisitos procedimentais “são os atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato. Consistem em outros atos jurídicos, produzidos pela própria Administração ou por um particular, sem os quais um certo ato não pode ser praticado”. Exemplo de requisito procedimental é o ato de nomeação de funcionário público. Nesse caso, é necessário, antes da nomeação, diversos outros atos, como, por exemplo, o concurso público.¹⁵⁶

A causa do ato administrativo é a congruência entre o motivo do ato e o seu conteúdo. Assim, quando o agente pratica um ato com conteúdo que não possui congruência com o motivo, esse ato será inválido¹⁵⁷. Nas palavras do autor: “Através da causa vai-se examinar se os motivos em que se calçou o agente, ainda que não previstos em lei, guardam nexos lógicos de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, de direito, cumpre atender”¹⁵⁸.

Por fim, o pressuposto formalístico é a “específica maneira pela qual o ato deve ser externado”¹⁵⁹. Esses pressupostos não se confundem com o elemento forma. Segundo Bandeira de Mello, “enquanto a forma significa exteriorização, formalização significa o modo específico, o modo próprio desta exteriorização”. O autor ainda diferencia forma e formalização alegando que esta “é um modo específico de apresentação da forma, ou seja, uma dada solenização requerida para o ato”¹⁶⁰.

155 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 396

156 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 404

157 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 408

158 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 409

159 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 411

160 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 394

3 ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO E SEU CONTROLE.

No segundo capítulo desse trabalho, abordou-se os aspectos gerais dos atos administrativos, trouxe-se informações aplicáveis a todos eles. Analisou-se a posição do ato administrativo na teoria do fato jurídico, bem como demonstrou-se a dificuldade de formular seu conceito. Posteriormente, buscou-se demonstrar os diversos atributos que os diferenciam dos demais atos jurídicos. Por fim, analisou-se um a um seus elementos.

Nesse terceiro capítulo, buscar-se-á analisar um tipo de ato específico, qual seja, o ato administrativo discricionário. Para tanto, primeiramente será analisada a discricionariedade administrativa e depois a maneira como ela atua nos atos administrativos, demonstrando quais são os elementos possivelmente discricionários e analisando o mérito administrativo.

Após analisado o ato administrativo discricionário, será analisada a maneira como o poder judiciário faz o seu controle, segundo uma concepção clássica.

3.1. DISCRICIONARIEDADE E ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

3.1.1. Conceito de discricionariedade.

A discricionariedade “é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de egerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público.”¹⁶¹

Fiorini, citado por Meirelles, diz que

a discricionariedade é a faculdade que adquire a Administração para assegurar em forma eficaz os meios realizadores do fim a que se propõe o Poder Público. [...] é, então, a ferramenta jurídica que a ciência do Direito entrega ao administrador para que realize a gestão dos interesses sociais respondendo às necessidades de cada momento¹⁶².

A maneira como o administrador exerce essa discricionariedade é por meio da análise da conveniência e oportunidade da situação. Com base nessa ponderação é que se irá decidir qual a opção a ser tomada. Esse juízo de conveniência e oportunidade é o que se chama de mérito. Tal assunto será abordado em tópico mais adiante.

A discricionariedade encontra seu fundamento na complexidade dos problemas que a administração enfrenta, bem como na grande variedade deles. Para esses problemas o Poder

161 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 51

162 FIORINI, Bartomé A *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 179

Público deve encontrar soluções, sendo que a lei, por mais ampla que seja, não consegue prever e solucionar todos esses casos.¹⁶³

Bandeira de Mello justifica a discricionariedade da seguinte maneira:

Deveras, a regra de Direito, como é óbvio, pretende sempre e sempre a medida capaz de atender excelentemente ao interesse público. Ora, dadas a multiplicidade e variedade de situações fáticas passíveis de ocorrerem – as quais serão distintas entre si pelas circunstâncias que as envolvem e pela coloração que tenham –, é preciso que o agente possa, em consideração à fisionomia própria de cada qual, proceder à eleição da medida idônea para atingir de modo perfeito o objetivo da regra aplicanda.

O autor ainda continua:

Se a lei todas as vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizaria sempre a solução, tornando-a invariável mesmo perante situações que precisariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança, justamente porque a realidade do mundo empírico é polifacética e comporta inúmeras variantes. Donde, em muitos casos, uma predefinição normativa *estaque* levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis.¹⁶⁴

Mais adiante em sua obra ainda arrola outros argumentos trazidos pela doutrina para justificar a discricionariedade administrativa.

O primeiro argumento é o de que a administração pública possui posição mais favorável para decidir qual a melhor maneira para se alcançar a finalidade no caso concreto.

O segundo argumento seria a impossibilidade material de o legislador prever todos as situações empíricas na lei. Sobre esse argumento já foi mencionado anteriormente.

Bandeira de Mello ainda traz o argumento do Professor Queiró, o qual é embasado na inviabilidade jurídica do legislador determinar como se atua em cada situação. Isso porque, segundo o professor, o poder legislativo acabaria por deixar de lado a abstração da lei e entraria em situações próprias do poder executivo.

Por fim, cita o mesmo professor, arrolando uma última justificativa: a impossibilidade lógica de obstar a discricionariedade. Segundo o autor, por vezes, a lei não consegue formular a todo momento delimitações rigorosas, objetivas; muitas vezes traz indeterminação.¹⁶⁵

163 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 179

164 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 970

165 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 970

3.1.2. Poder discricionário?

A administração pública possui como escopo atender ao interesse público, ao interesse coletivo. Para atingir essas finalidades, o ordenamento jurídico acaba por lhe atribuir certas prerrogativas as quais não são atribuídas aos particulares. Essas prerrogativas são o que a doutrina chama de poderes da administração. Assim, ao mesmo tempo em que o regime do direito público possui sujeições que não se estende ao particular, possui as referidas prerrogativas.

Assim, pode-se afirmar que

Quando se estuda o regime-jurídico administrativo a que se submete o Poder Público, verifica-se que os dois aspectos fundamentais que o caracterizam são resumidos nos vocábulos prerrogativa e sujeições. As prerrogativas são privilégios concedidos à Administração para oferecer-lhe meios, a fim de assegurar o exercício de suas atividades, enquanto que a sujeição representa limites opostos à atuação administrativa em benefício dos direitos dos cidadãos¹⁶⁶.

Esses poderes atribuídos à administração nada mais são que instrumentos para que ela possa atingir a sua finalidade. Por conta disso, pode-se dizer que são “verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas”¹⁶⁷

Sobre os poderes Marinella afirma:

surgem como instrumentos ou mecanismos por meio dos quais o Poder Público deve perseguir esse interesse. São servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Portanto, é possível conceituá-los como um conjunto de prerrogativas ou de competências de direito público, conferidas à Administração, com o objetivo de permitir a aplicação da supremacia do interesse público e a realização do bem comum.¹⁶⁸

Vários são os poderes da administração pública, no entanto, para os fins desse trabalho, cabe a análise do poder vinculado e do poder discricionário apenas.

O poder vinculado “é aquele que o Direito – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização”¹⁶⁹.

Já o poder discricionário, é “o que o Direito concede à Administração, de modo explícito, para a prática de atos administrativos com liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”¹⁷⁰.

Há, no entanto, muita discussão na doutrina se os poderes vinculados e discricionários

166 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. rev. ampl. ref. e atual. Niterói: Impetus, 2012, p. 209

167 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 124

168 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. rev. ampl. ref. e atual. Niterói: Impetus, 2012, p. 124

169 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 125

170 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 126

são realmente poderes.

A discussão surge porque parte da doutrina afirma que não existe um poder totalmente vinculado ou discricionário. Desse modo, ao se analisar o “poder” vinculado ou discricionário, em verdade, estaria apenas analisando duas classificações de ato administrativo.¹⁷¹

Há entendimento no sentido de que seria considerado poder apenas o discricionário. Isso porque não há qualquer prerrogativa para a administração quando atua de maneira vinculada. Muito pelo contrário, o que há nessas situações é a aplicação da legalidade, impondo sujeição do administrador a lei. Daí dizer que há Poder discricionário e atividade vinculada.

Sobre isso Carvalho Filho afirma que, apesar da existência de doutrina autorizada afirmando a existência de poder vinculado, a atuação vinculada não se trata, propriamente, de um poder outorgado ao administrador. Não se lhe confere qualquer prerrogativa de direito público. O autor afirma que, ao contrário, a atuação vinculada reflete uma imposição ao administrador, obrigando-o a atuar conforme determina a lei. Trata-se, em verdade, mais de restrição do que poder. Já em relação ao poder discricionário, o autor entende que nesse caso sim o administrado possui prerrogativa de decidir qual a conduta mais adequada para satisfazer o interesse público¹⁷².

No entanto, por conta da divergência existente, ao se analisar o poder discricionário, apenas se referirá a discricionariedade administrativa.

3.1.3. Ato administrativo vinculado e discricionário.

Conforme já visto nesse trabalho, uma das maneiras de a administração se manifestar é por meio dos atos administrativos. Cabe agora analisar o reflexo da discricionariedade nos atos administrativos.

Levando em conta o critério o grau de liberdade da Administração em sua prática, costuma-se classificar o ato em ato discricionários e atos vinculados.¹⁷³

Os atos vinculados são aqueles atos administrativos que a administração “pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível

171 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. rev. ampl. ref. e atual. Niterói: Impetus, 2012, p. 211

172 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53

173 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 424

comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos”¹⁷⁴. Nesses atos, então, “o agente limita-se a reproduzir os elementos da lei que os compõe, sem qualquer avaliação sobre a conveniência e a oportunidade da conduta”¹⁷⁵. Segundo Gasparini, nesses atos, “A lei prescreve, em princípio, se, quando e como deve agir ou decidir”¹⁷⁶.

Os atos administrativos discricionários, decorrentes do poder discricionário, são aqueles atos “que a Administração pratica dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo. Exemplo: autorização de porte de arma”¹⁷⁷.

Cabe ressaltar que,

para o cometimento de um ato discricionário, indispensável é que o Direito, nos lineamentos gerais, ou a legislação administrativa confira explícita ou implicitamente tal poder ao administrador e lhe assinale os limites de sua liberdade de opção na escolha dos critérios postos à sua disposição para a prática do ato.¹⁷⁸

Sua existência decorre do fato de que “conquanto se afigure como a situação, é impossível ao legislador catalogar todos os atos que a Administração possa realizar ou todas as minúcias que a atividade administrativa exige”¹⁷⁹

Além desses dois tipos de atos, pequena parte da doutrina acrescenta mais um tipo de ato a essa classificação, qual seja, os atos arbitrários.¹⁸⁰

A arbitrariedade não se confunde com a discricionariedade. Isso porque na discricionariedade, apesar da maior liberdade de atuação do administrador, ela ocorre “dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é a ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido”¹⁸¹.

Observa-se então que a discricionariedade nunca é absoluta, sempre há limitação à atuação. Ela é sempre “relativa e parcial”.

Caio Tácito afirma que, segundo a doutrina (vale lembrar que o autor escreveu sua obra em 1975, de modo que se referia a doutrina dessa época), a competência vinculada seria

174 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 424

175 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53

176 GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 97

177 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 424

178 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 179/180

179 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Dialética, 2014, p. 677

180 CRETELLA JÚNIOR apud PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários*. Campinas: Servanda, 2010, p. 56

181 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 127

o oposto da competência discricionária. A discricionariedade e a vinculação seriam conceitos incompatíveis que se repeliriam.

No entanto, o autor observa que, na prática, são raros esses “modelos extremos e categóricos”. Assim, conclui o autor que não existe ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário. O que existe, em verdade, é predominância da parte livre ou da parte subordinada a lei do ato administrativo.

Assim, o autor critica a doutrina antiga já na época, que considerava o ato administrativo como um todo indivisível e diante disso classificar o ato como vinculado ou discricionário. O autor afirma então que a vinculação e a discricionariedade se manifesta em cada um dos elementos do ato.¹⁸²

Por fim, o autor conclui: “não se pode mais falar em *ato discricionário*, como um todo orgânico; mas em *aspectos discricionários* relacionados a determinados elementos, como os motivos ou o objeto”¹⁸³.

Cumprido, então, a análise de cada um dos elementos do ato administrativo para demonstração de quais são sempre vinculados e em quais se admite a discricionariedade.

3.1.4. Elementos do ato administrativo segundo a vinculação ou discricionariedade.

O ato administrativo, como visto, para fins de análise de suas patologias, são desmembrados em elementos. Esses elementos, segundo maior parte da doutrina, são a competência, forma, sujeito, objeto e motivo. Bandeira de Mello, possui, como visto no capítulo dois desse trabalho, forma diferente de analisar os elementos.

Nos atos discricionários, observa-se a utilidade do desmembramento do ato. Aqui cabe a análise da vinculação ou discricionariedade de cada um dos elementos do ato.

Para analisar quais os elementos discricionários e vinculados do ato, Caio Tácito faz uma revisão do processo de criação dos atos administrativos.

Segundo o autor, a primeira etapa na criação do ato é a competência específica. O autor afirma que cada agente público recebe uma competência específica para determinados atos. Ninguém recebe uma competência genérica ou universal. Essa competência específica é atribuída a alguém sempre por meio da lei¹⁸⁴.

O autor afirma, então, que “a regra de competência não é um produto voluntário, mas

182 TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 65

183 TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 65

184 TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 66

um princípio estatutário. Não é uma criação subjetiva do administrador mas um critério objetivo da lei. Não é, em suma, um requisito discricionário, mas um elemento vinculado”¹⁸⁵.

Sobre o elemento, Di Pietro afirma que “com relação ao sujeito, o ato é sempre vinculado; só pode praticá-lo aquele a quem a lei conferiu competência.”¹⁸⁶.

Seguindo no processo de criação do ato administrativo, Caio Tácito observa que “a autoridade administrativa não atua no vácuo, não atua arbitrariamente”. O autor, então, observa que para a autoridade atuar deve existir um pressuposto de fato ou de direito que fazem com que ela atue. Esse ponto nada mais é do que o motivo do ato administrativo.

Sobre esse elemento, o autor divide em dois para analisar a vinculação ou discricção: a) a existência dos motivos e b) valor desses motivos.¹⁸⁷

O autor, então, afirma que quanto à existência do motivo o agente está vinculado, tendo em vista que a “sua observação imperfeita provocará um erro de fato ou de direito, sujeito ao controle de legalidade”. Já quanto à valoração desse motivo, segundo o autor, há a discricionariiedade ao administrador¹⁸⁸.

Sobre os motivos, Di Pietro afirma que eles podem ser tanto vinculados quanto discricionário.

Será vinculado quando a lei, “ao descrevê-lo, utilizar noções precisas, vocábulos unissignificativos, conceitos matemáticos, que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva”. Como exemplo, a autora menciona a aposentadoria compulsória: quando o agente completar 70 anos, esse fato vincula a administração a aposentá-lo¹⁸⁹.

No entanto, segundo a autora, os motivos poderão ser discricionários em duas situações:

1. a lei não o definir, deixando-o ao inteiro critério da Administração; é o que ocorre na exoneração ex officio do funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão (exoneração ad nutum); não há qualquer motivo previsto na lei para justificar a prática do ato;
2. a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa; é o que ocorre quando a lei manda punir o servidor que praticar "falta grave" ou "procedimento irregular", sem definir em que consistem; ou quando a lei prevê o tombamento de bem que tenha valor artístico ou cultural, também sem estabelecer critérios objetivos que permitam o enquadramento do bem nesses conceitos.¹⁹⁰

185 TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 66

186 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 223

187 TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 65

188 TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 67

189 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 224

190 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 224

Após o agente competente se deparar com o motivo e o valorar, a autoridade se manifestará por meio do objeto do ato administrativo. É justamente nesse ponto, segundo Caio Tácito, que se encontra o elemento do ato com maior discricionariedade¹⁹¹. Assim, “não existindo norma legal que vincule obrigatoriamente a autoridade a praticar determinado ato, ou a se abster de praticá-lo, pertence, livremente à administração a faculdade de decidir, segundo sua convicção da oportunidade, da justiça, da conveniência ou da necessidade do ato administrativo”¹⁹².

Di Pietro afirma que, levando em conta o objeto do ato administrativo, ele será discricionário quando a lei atribuir à administração mera faculdade de agir. Assim, se a Administração, diante de um motivo for obrigada a agir, sua atuação será vinculada, no entanto, se a lei der à administração a faculdade de agir, o ato será discricionário.

Como exemplo a autora afirma que “isso se verifica nos casos em que, comprovando um ilícito administrativo, a autoridade competente é obrigada a aplicar a penalidade prevista em lei, sob pena de incorrer ela mesma no crime de condescendência criminosa.”

Mais adiante continua a autora:

Em outras hipóteses, a lei deixa que a Administração decida, segundo critérios puramente administrativos, se pratica ou não determinado ato. Assim é que, realizada uma licitação, é possível à autoridade optar por celebrar ou não o contrato segundo razões de interesse público devidamente justificado.¹⁹³

Outra possibilidade de o objeto do ato ser discricionário é quando a lei apresentar mais de uma opção a ser escolhido pela administração. Como exemplo de ato discricionário por possuir dois ou mais efeitos jurídicos (objetos), a autora cita lei com previsão de duas ou mais penalidades para punir determinada infração¹⁹⁴.

Levando em conta o número de objetos previsto, o ato será vinculado quando a lei estabelecer apenas um objeto. A autora cita como exemplo lei que determina apenas uma única punição ao funcionário público; neste caso, o ato administrativo será vinculado ao único objeto.¹⁹⁵

Caio Tácito, continuando a análise do processo de criação do ato administrativo, argumenta que ao escolher o objeto do ato, o administrador deve levar em conta a finalidade que a lei determina. Afirma:

191 TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 67

192 TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 67

193 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 75

194 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 74

195 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 74

Na escolha do objeto não se limita o agente a apreciar os antecedentes do ato, ou seja, os fatores objetivos que requisitam a ação administrativa. Ele determina o seu procedimento, levando em conta, especialmente, o alcance da competência, os fins públicos que justificam a sua interferência. Ele age *em relação* aos motivos para realizar os *fins legais*.

Diante disso, conclui o autor:

Se, como vimos, esses fins não podem ser senão aqueles determinados em lei para o caso específico, se não é lícito ao agente substituí-lo ainda que por outro fim público, é evidente que a finalidade do ato representa uma limitação à discricionariedade, um dique à expansão dos critérios oportunistas na determinação do objeto. A finalidade é, em última análise, um elemento sempre vinculado, que não comporta apreciação discricionária.¹⁹⁶

Di Pietro, por sua vez, considera que nem sempre a finalidade é elemento vinculado do ato. Isso porque, segundo a autora, existe a finalidade em sentido amplo e em sentido estrito. Em relação a esta, a atuação sempre será vinculada ao que a lei determinou, no entanto, em relação à finalidade em sentido amplo, a autora entende que se trata de elemento discricionário, uma vez que a lei se refere a ela utilizando noções vagas e imprecisas.¹⁹⁷

Por fim, quanto a forma, segundo Caio Tácito, o administrador estará obrigado a obedecer os requisitos formais presentes na lei¹⁹⁸.

Di Pietro entende que o elemento forma pode ser tanto vinculado como discricionário. Segundo a autora, em geral, a forma do ato administrativo é vinculada, já que a lei a define previamente. No entanto, eventualmente, a lei prevê mais de uma forma possível de realização do ato administrativo. Exemplo dado pela autora é o contrato que poder ser celebrado, em algumas hipóteses, por meio de ordem de serviço, nota de empenho, carta de autorização. A ciência de determinado ato ainda pode ser, quando a lei permitir, por meio de publicação ou notificação, existindo discricionariedade quanto à forma¹⁹⁹.

Apesar das divergências sobre a vinculação e a discricionário de alguns elementos, fato é que a maioria da doutrina entende que, nos atos vinculados, a lei vincula todos seus elementos. Já nos atos discricionários são vinculados a competência, forma, finalidade, enquanto que o motivo e o objeto são discricionários. Observa-se a lição de Marinella:

A vinculação ou a discricionariedade dos elementos do ato administrativo dependem do tipo de ato. Para os atos vinculados, todos os seus elementos são vinculados, tendo em vista que, para a prática desse ato, o administrador não tem liberdade, ou seja, preenchidos os requisitos legais, ele é obrigado a praticar o ato. Portanto, a competência, a forma, o motivo, o objeto e a finalidade são elementos vinculados. Nos atos discricionários, encontram-se elementos vinculados como é o caso do sujeito competente, da forma e da finalidade. Esses elementos estão definidos em lei

196 TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 67

197 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 79/80

198 TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 67

199 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 224

e, em regra, o administrador não pode modificá-los, não tendo opção de escolha. Todavia, nesses atos, o motivo e o objeto são discricionários. É na análise desses elementos que o administrador deve avaliar a conveniência e oportunidade, realizando um juízo de valor, sem desprezar os limites previstos na lei.

Meirelles, por sua vez, afirma:

Por aí se vê que a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à *competência*, à *forma*, e à *finalidade* do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado. Com efeito, o administrador, mesmo para a prática de um ato discricionário, deverá ter *competência legal* para praticá-lo; deverá obedecer à *forma legal* para a sua realização; e deverá atender à *finalidade legal* de todo ato administrativo, que é o interesse público.²⁰⁰

Caso o ato não observe os limites da lei, deixará de ser discricionário e passará a ser um ato arbitrário.

3.1.5. Mérito do ato administrativo discricionário.

Como visto no tópico anterior, quando se analisou o processo de criação do ato administrativo discricionário, o administrador competente ao se deparar com um motivo faz uma valoração dele. Após isso, faz outra valoração acerca do objeto do ato para atingir o seu fim vinculado.

Diante disso, Caio Tácito afirma que “o poder discricionário é a faculdade concedida à administração de apreciar o valor dos motivos e determinar o objeto do ato administrativo, quando não o preestabeleça a regra de direito positivo”²⁰¹.

O que se tem nesse caso é o mérito do ato administrativo. Nas palavras de Meirelles o mérito do ato administrativo “consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”²⁰².

Assim, observa-se que o mérito não se confunde com o motivo e o objeto do ato administrativo. Parte da doutrina chega a afirmar que o mérito do ato administrativo não integra o ato administrativo²⁰³ e mesmo a parte da doutrina que o integra na configuração do ato administrativo entende que o mérito não se encontra no mesmo plano dos elementos essenciais do ato administrativo²⁰⁴. São portanto institutos distintos.

O ato discricionário, o motivo e o objeto dão ao administrador opções de escolha, o

200 MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 6. ed. rev. ampl. ref. e atual. Niterói: Impetus, 2012, p. 284

201 TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 68

202 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 165

203 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 161

204 CRETELLA JÚNIOR, José. *Do ato administrativo*. 2. ed. rev., aum., atual. São Paulo: José Bushatsky, p. 77

mérito é justamente a valoração que o administrador faz sobre esses dois elementos discricionários. Daí Marinella afirmar sobre os atos discricionários que “nesses atos, o motivo e o objeto são discricionários. É na análise desses elementos que o administrador deve avaliar a conveniência e a oportunidade, realizando um juízo de valor, sem desrespeitar os limites previstos na lei”²⁰⁵.

Segundo Cretella Júnior, “na prática, *in concreto*, o mérito apresta-se como a *ponderação pessoal da autoridade administrativa* sobre determinados fatos, que a levam a decidir num sentido ou noutro e, até mesmo, a nada decidir”²⁰⁶.

A maneira como a administração faz essa avaliação é por meio de juízo de oportunidade e conveniência. Diante disso, “pode-se, então, considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário”²⁰⁷. A conveniência “indica em que condições vai se conduzir o agente”, já a oportunidade “diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida”²⁰⁸.

Com isso,

assim como diante de obra artística variam os juízos apreciativos, em torno do *critério estético*, assim como uma visita pode ser classificada de oportuna ou inoportuna, assim como uma atitude pode ser tida como conveniente ou inconveniente, sem que tais enquadramentos se prendam a moldes fixos, predeterminados, assim também o administrador, na edição do ato administrativo tem de travar consigo mesmo o seguinte diálogo: é legal minha decisão? Sou obrigado a tomá-la?²⁰⁹

O mérito é inerente aos atos discricionários. Em relação aos atos vinculados, não há mérito, uma vez que o juízo de oportunidade e conveniência sobre os objetos e motivos já foi analisado antes mesmo do surgimento da lei, pelo próprio poder legislativo ao criar a lei. Di Pietro cita Seabra Fagundes:

para o autor, no caso dos atos vinculados, a Administração “já encontra esgotado o conteúdo político (mérito) do processo de realização da vontade estatal. A medida assim tomada já foi objeto de análise e de solução optativa anteriores pelo legislador. O administrador apenas torna efetiva a solução pré-assentada”²¹⁰

Cretella Júnior, no entanto, entende que “mesmo nos atos administrativos vinculados,

205 MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 6. ed. rev. ampl. ref. e atual. Niterói: Impetus, 2012, p. 211

206 CRETELLA JÚNIOR, José. *Do ato administrativo*. 2. ed. rev., aum., atual. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 74

207 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 125

208 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 51

209 CRETELLA JÚNIOR, José. *Do ato administrativo*. 2. ed. rev., aum., atual. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 76

210 FAGUNDES, Seabra., *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 132

existe uma parcela de merecimento, se bem que, *in potentia*, não utilizável pela autoridade, por ser absolvida pelos demais fatores determinantes da edição do ato”.

Para ilustrar seu pensamento, o autor cita um exemplo de funcionário promovido por antiguidade. Esse ato, mesmo sendo vinculado, possui mérito, já que o funcionário pode possuir qualidade que não o faça merecedor da promoção, bem como o momento da promoção pode ser inoportuno, mas o administrador não poderá levar em conta²¹¹.

3.2. CONTROLE CLÁSSICO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

3.2.1. Fundamento do controle da administração.

A Administração é gerida por pessoas e, por conta disso, está passível de erros. Somado a isso, existe o fato de que o Estado é mantido pela coletividade, na maioria das vezes por tributos. Assim, deve existir a possibilidade de seu controle e fiscalização

Além disso, cabe ressaltar que o controle da administração é consequência do próprio surgimento da república, que nada mais é do que a “coisa de todos”. Por ser coisa pública, o seu controle é de fundamental importância.

Marinella, sobre isso, argumenta que “sendo assim, parece lógico o seguinte raciocínio: se o Estado é coisa de todos, isso significa que sua administração deve ser sempre controlada e fiscalizada evitando assim imperfeições, falhas e abuso por parte de seus administradores”²¹².

O principal fundamento para o controle da administração é impedir, em suma, as lesões causadas pela administração contra os administrados. Daí a lição de Seabra Fagundes:

A finalidade essencial e característica do controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública. Esta, como órgão ativo do Estado, tem freqüentes oportunidades de contato com o indivíduo, nas quais lhe pode violar os direitos, por abuso ou erro na aplicação da lei. Tal sistema de controle é o meio prático de contê-la na ordem jurídica, de modo a assegurar ao indivíduo o pleno exercício dos seus direitos²¹³.

O controle, então, é importante por conta da possibilidade de erros da administração. Esses erros podem ser involuntários, ou seja, cometidos pela falta de conhecimento do direito,

211 CRETELLA JÚNIOR, José. *Do ato administrativo*. 2. ed. rev., aum., atual. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 78

212 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. rev. ampl. ref. e atual. Niterói: Impetus, 2012, p. 1011

213 FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Frense, 1967, p. 114

ou então podem ser em virtude de influências políticas²¹⁴.

Sobre essa última forma de erros, de violações dos direitos do administrado, pode-se dizer que “o controle jurisdicional vem pôr os direitos do administrado a salvo dessas incursões, incompatíveis com o caráter, que tem o Estado, de entidade essencialmente jurídica, nascida com o direito e para realizá-lo”²¹⁵.

O controle da administração é útil não apenas para o administrado, como também o é para a administração. Sobre isso Seabra Fagundes argumenta que se o funcionário comete algum abuso no exercício de sua função lesando direito de terceiros, o Estado possui o interesse de recompor a normalidade jurídica. Realizando o controle penal de seus funcionários, o Estado acaba se prevenindo contra encargos de reparação civil e ainda mantém seu prestígio moral com o selecionamento de seus funcionários. Assim o controle da administração se reflete no funcionamento dos serviços administrativos²¹⁶.

Diante da necessidade de revisão e fiscalização do Estado, criou-se mecanismos para que se pudesse efetuar uma melhor fiscalização da coisa pública. Esses mecanismos de controle foram de duas grandes espécies: o controle político e o controle administrativo.

O controle político é aquele exercido com base na teoria da separação dos poderes de Montesquieu e possui como base o equilíbrio entre os três poderes²¹⁷. Esse controle se encontra delimitado na própria Constituição Federal e se trata de um sistema de freio e contrapesos, em que um poder acaba por inibir o crescimento do outro, de modo a se alcançar um equilíbrio entre eles.²¹⁸

Exemplo de controle político é a deliberação executiva no processo de criação da lei. Trata-se de um caso em que o Poder Executivo acaba controlando o Poder Legislativo. Outros exemplos são a possibilidade de o Poder Legislativo destituir o Presidente de República por meio de processo de *impeachment*, bem como a competência do Poder Executivo de nomear membros da Cúpula do Poder Judiciário²¹⁹.

Por fim, ainda se conclui que, no controle político, o foco são as instituições políticas e que esse tipo de controle é objeto de estudo do direito constitucional²²⁰.

214 FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 114

215 FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 114

216 FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 113

217 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. rev. ampl. ref. e atual. Niterói: Impetus, 2012, p. 1013

218 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 951

219 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. rev. ampl. ref. e atual. Niterói: Impetus, 2012, p. 1013

220 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.

O controle administrativo, por sua vez, é aquele em que “se pretende alvejar os órgãos incumbidos de exercer uma das funções do Estado – a função administrativa. Enquanto o controle político se relaciona com as instituições políticas, o controle administrativo é direcionado às instituições administrativas”²²¹

Como exemplos de controle desse tipo, cita-se “a fiscalização financeira e o controle finalístico das pessoas jurídicas da Administração Direita e Indireta, a análise de legalidade e conveniência ou oportunidade dos atos administrativos, além de outros”²²².

O controle administrativo pode ocorrer pelo Poder Legislativo, pelo próprio Poder Executivo ou pelo Poder Judiciário.

É em relação a essa última forma de controle que o trabalho se aterá.

3.2.2. Controle Judicial.

A administração pública, ao exercer sua função, por vezes, acaba por lesar direitos dos administrados. Ao sofrer alguma lesão ilegal pela administração, o administrado possui o direito de recorrer ao poder judiciário para ter seu direito reparado.

Quando isso ocorre, deve-se recordar que a Constituição Federal possui dispositivo que torna princípio em nosso Direito o fato de que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV). Assim, nem a lei pode excepcionar esse princípio²²³.

Assim, praticada uma lesão pela administração pública, cabe ao administrado buscar o poder judiciário visando a invalidação do ato administrativo.

3.2.2.1. Evolução do controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

A submissão do Estado à lei surgiu nos Estados Modernos. Estes, por sua vez, surgiram após a queda do prestígio que a Igreja possuía na Idade Média. Nos estados modernos o poder ficou concentrado nas mãos dos príncipes. Foi então que surgiu as

952

221 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 952

222 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. rev. ampl. ref. e atual. Niterói: Impetus, 2012, p. 1014

223 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 967

monarquias absolutistas.²²⁴

O primeiro período dos Estados absolutistas foi aquele chamado de Estado de Polícia. Nesse tipo de Estado, “o direito do rei para administrar era quase ilimitado, até porque não existia uma divisão de poderes autônomos para separar as funções estatais, estando todas elas, e a própria ideia de Estado, fundidas na pessoa do monarca”²²⁵.

Nesse Estado, existiam diversos princípios consuetudinários que legitimavam a atuação do rei. Entre eles cita-se a) *regis voluntas suprema* (a vontade do rei é a lei suprema); b) *quod principi placuit legis habet* (aquilo que agrada o rei tem força de lei) e c) *the king do not wrong* (o rei nunca erra)²²⁶.

Outra característica do Estado de Polícia é que os súditos ficavam totalmente submetidos ao príncipe, de modo que não possuíam qualquer medida judicial contra ele.²²⁷

O que se pode concluir, então, é que, nessa época, a administração pública não estava vinculada a qualquer norma, a não ser as normas editadas pelo próprio monarca²²⁸.

Durante esse primeiro momento dos Estados modernos, o movimento iluminista ingressou em uma fase preocupada mais com os direitos dos súditos²²⁹.

Nesse momento, a ideia de tudo se fazer em prol do Estado foi substituída pela ideia de liberalismo. Passou-se a existir maior preocupação com as liberdades dos cidadãos²³⁰.

Sobre esse período, DI PIETRO afirma

Substituiu-se a ideia da vontade do rei como fonte de todo o Direito pela ideia da lei como resultante da vontade geral. Adotando-se o princípio da separação de poderes, tirou-se do Poder Executivo a capacidade de ditar leis gerais, já que estas constituem expressão da vontade geral representada pelo Parlamento; ao Executivo compete apenas editar atos singulares previamente disciplinados em lei.²³¹

Justamente nesse momento que surge o princípio da legalidade.

Esse princípio surge de duas ideias. A primeira é a vontade geral de Rosseau, segundo a qual o único poder legítimo é aquele que resulta da vontade geral do povo, sendo essa

224 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 5

225 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 37

226 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 37

227 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6

228 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6

229 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 41

230 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 41

231 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 9

vontade manifestada pela lei. A segunda ideia é a tripartição de poderes de Montesquieu, que coloca o Poder Legislativo em primazia em relação aos demais poderes.²³²

Com o princípio da legalidade somado com os princípios da igualdade e separação dos poderes surge, então, o Estado de Direito²³³. Junto com o Estado de Direito, surge o controle judicial da administração pública, ou seja, o controle judicial dos atos praticados pelo poder público:

O Estado de Direito pode ser analisado também por dois momentos: a) Estado Liberal e b) Estado Social de Direito.

No estado liberal, o princípio da legalidade possuía um sentido muito mais restrito do que a legalidade como é entendida atualmente. Isso porque, ainda que o Estado de Polícia estivesse ultrapassado, a legalidade no Estado Liberal buscava conciliar ambos os tipos de estados, deixando margem discricionária a administração²³⁴.

Por conta disso, segundo DI PIETRO, “como resquício do período anterior, das monarquias absolutas, continuou-se a reconhecer à Administração Pública uma esfera de atuação livre de vinculação à lei e livre de qualquer controle judicial”. Assim, a autora conclui que “a discricionariedade era vista como um tipo de atividade administrativa que não admitia controle judicial”²³⁵.

É justamente dessa forma que a doutrina clássica observa o controle do ato administrativo.

3.2.2.2. Controle judicial do ato administrativo, segundo a concepção clássica.

Conforme visto anteriormente, o ato administrativo discricionário é analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito, sendo a legalidade a conformidade do ato com a lei e o mérito a valoração feita pelo administrador sobre os elementos motivo e objeto, nos quais a lei concedeu opções a serem escolhidas pelo agente público.

Os atos vinculados são analisados apenas em relação a sua legalidade, já os atos administrativos discricionários são analisados sob os dois aspectos: a legalidade e o seu

232 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 9

233 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 43

234 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14

235 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14

mérito²³⁶.

Sobre o controle do ato discricionário, diz-se que “sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (oportunidade e conveniência)”²³⁷.

Assim, considerando que o objeto desse trabalho é o controle do ato discricionário, serão analisados o controle sobre a legalidade e sobre o mérito.

3.2.2.2.1. Controle do mérito do ato administrativo discricionário.

O controle do mérito “é todo aquele que visa à comprovação da eficiência, do resultado, da conveniência ou oportunidade do ato controlado”²³⁸.

Segundo a doutrina, o controle do mérito pode ser feito somente pela própria administração pública, ou seja, é vedado ao Poder Judiciário fazer qualquer apreciação do mérito. Segundo palavras de Carvalho Filho, “o controle do mérito é *privativo da Administração Pública* e, logicamente, não se submete à sindicabilidade no Poder Judiciário”²³⁹.

A impossibilidade de controle do mérito do ato discricionário é embasada em diversos argumentos pela doutrina. O principal fundamento é o fato de o mérito ser matéria concedida pela lei ao administrador, de modo que, caso o Poder Judiciário fizesse o controle estaria invadindo a competência do Poder Executivo. Sobre isso afirma Carvalho Filho:

Já tivemos a oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, esta-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente à sua competência. Além do mais, a invasão de atribuições é vedada na Constituição em face do sistema da tripartição dos poderes (art. 2º)²⁴⁰

No mesmo sentido a lição de Seabra Fagundes:

O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nêle penetrando, 'faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes'. Os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estrando ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional²⁴¹

236 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 226

237 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 828

238 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 744

239 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 957

240 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.1033

241 FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 150

Sobre o assunto, o autor ainda comenta que, caso houvesse um controle no mérito do ato administrativo, exorbitaria ultrapassando a apreciação jurídica, que é reservada ao Poder Judiciário, para entrar em terreno da discricionariedade que é próprio dos órgãos executivos²⁴².

Além do argumento de que o Poder Judiciário estaria invadindo âmbito destinado ao Poder Executivo, a doutrina mais clássica ainda ressalta o fato de o juiz não possuir formação para avaliar o mérito, já que não é administrador.

Caio Tácito afirma que “o próprio equilíbrio jurídico exige que o juiz e o administrador se coloquem em seus pólos respectivos, exercendo a função típica a que se acham habilitados, não somente pela graduação da competência, como mesmo pela formação profissional”. Mais adiante o autor completa:

O administrador dotado de experiência prática e maior capacidade de adaptação aos fatos decidirá com mais plasticidade os problemas administrativos. Não cabe ao juiz, mesmo perante erros e desacertos, substituir a ação executiva pelo arbítrio da toga. A ditadura judicial será tão nociva quanto o descrédito da administração.²⁴³

Assim, observa-se que o mérito não pode ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário. A única forma de controle do mérito, então, seria pela própria administração, por meio da revogação, ou pelo Poder Legislativo, mas nunca pelo judiciário.

3.2.2.2.2. Controle da legalidade do ato.

O controle da legalidade “é o que objetiva verificar unicamente a conformidade do ato ou do procedimento administrativo com as normas legais que o regem”²⁴⁴.

Considerando que “a inobservância do princípio da legalidade, [...], acarreta a nulidade do ato, podendo o vício ser perquirido dentre outras formas, por meio da ação popular (art. 2º, c e parágrafo único, c, da Lei 4.717/1965)”, nada mais há do que a análise se o agente público agiu em conformidade com o princípio da legalidade²⁴⁵.

Esse controle pode ser efetuado por qualquer um dos três poderes: Poder Judiciário, Legislativo, ou pela própria Administração Pública. A diferença é que o controle da legalidade pode ser efetuado pela Administração Pública de ofício, enquanto que pelo Poder Legislativo

242 FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 150

243 TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 64

244 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 744

245 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 126

só pode ocorrer nos casos previstos na Constituição e pelo Poder Judiciário somente pode ocorrer por meio de ações adequadas²⁴⁶.

No caso dos atos administrativos discricionários, o Poder Judiciário deve analisar se os elementos vinculados estão conforme a lei²⁴⁷, bem como averiguar se o agente público realmente agiu dentro da discricionariedade estabelecida pela lei, ou seja, analisar se lei realmente deu opções ao administrador para que ele pudesse fazer um juízo de valor²⁴⁸.

Nas palavras de Di Pietro,

a rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.²⁴⁹

A legalidade, ao longo do tempo, ampliou-se e passou a atingir âmbitos antes considerados de mérito. Essa ampliação surge com teorias como desvio de poder, teoria dos motivos determinantes, entre outras²⁵⁰.

O Poder Judiciário para averiguar a legalidade do ato administrativo deve fazer análise de cada um dos seus elementos, observando se está em conformidade com a lei.

a) Vício de Competência.

Sobre os vícios no elemento competência, Seabra Fagundes²⁵¹ divide em dois tipos: a) usurpação de função da função pública e b) abuso de função.

Segundo o autor, há usurpação da função pública quando o ato é editado por pessoa que nunca foi investido no cargo, ou se investida o foi em desacordo com a forma legal.

No caso do abuso de função, segundo o autor, o agente está investido no cargo público, mas acaba exorbitando as funções que lhe são atribuídas. Esse vício pode ocorrer de duas maneiras: absoluta ou relativa. É absoluta quando o agente invade atribuições de outro órgão funcional e relativa quando a exorbitância do agente ocorre em órgão que possui aquela atribuição.

246 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 744

247 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 54

248 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 228

249 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 229

250 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014., p. 226

251 FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 69

Naquele caso, o ato deverá ser invalidado sempre pelo Poder Judiciário, neste o ato pode ser mera irregularidade ou invalidado, dependendo do caso concreto.

b) Vícios no objeto.

O objeto do ato administrativo deve ser lícito, possível, certo e moral²⁵². Bandeira de Mello ressalta que não basta que o objeto seja lícito, ele deve estar previsto em lei por conta do princípio da legalidade administrativa. Nas palavras do autor,

registre-se que, para a lisura do ato no que concerne a este aspecto, não basta a verificação de que o ato, por seu conteúdo, não contrarie a lei. É preciso mais: cumpre que seja permitido (ou imposto, conforme o caso) pela lei. É que o princípio da legalidade no Direito Administrativo, consoante já se viu ao tratar do regime jurídico administrativo e dos princípios constitucionais que o informam no Direito brasileiro, exige não apenas relação de não-contradição com a lei, mas demanda relação de subsunção, isto é, de conformidade com a lei.²⁵³

Além desses requisitos, acrescenta-se mais dois tipos de atos que devem ser invalidados por conta de seu objeto: a) ato praticado com conteúdo não previsto em lei e b) ato praticado com objeto diferente daquele que a lei prevê para aquela situação²⁵⁴.

Caso não atenda um desses requisitos, o ato administrativo deve ser invalidado.

Como exemplo desse vício, pode-se citar o caso de funcionário público que é demitido por falta, no entanto a lei só atribuía a possibilidade de suspender o funcionário nesse caso.²⁵⁵

c) Vício de forma.

Até mesmo nos procedimentos administrativos, caso não se observe a formalidade necessária, o ato será invalidado:

Constantemente, a lei impõe que certos atos sejam precedidos de uma série formal de atividades (é o caso da licitação, por exemplo). O ato administrativo é o ponto em que culmina a sequência de atos prévios. Por ter essa natureza, estará sua validade comprometida se não for observado todo o procedimento, todo o iter que a lei contemplou, observância essa, aliás, que decorre do princípio do devido processo legal, consagrado em todo sistema jurídico moderno.²⁵⁶

252 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 216

253 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 394

254 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 454

255 FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 78

256 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 113

A forma, no entanto, não é pressuposto totalmente rígido. Por vezes, um ato com vício em sua forma dá causa apenas a mera irregularidade, que pode ser sanada pela administração. Por conta disso, ao se analisar o elemento, tem-se que levar em conta a razoabilidade. Seria um exagero anular o ato administrativo porque o agente que o editou chamou-o de “portaria”, enquanto que a lei determina que fosse denominada de “ordem de serviço”. Nesse caso, o erro não interferiu no conteúdo do ato administrativo²⁵⁷.

d) Vício de motivo.

Os vícios de motivo do ato administrativo podem ser observados no art. 2º, parágrafo único, da Lei 4.717/65. Diz o referido parágrafo:

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

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

Assim, observa-se que o vício de motivo pode ser de dois tipos: a) quando da inexistência do motivo ou b) quando o motivo do ato é ilegítimo ou juridicamente inadequado.

Sobre a inexistência dos motivos, melhor seria dizer fato inexistente. Sobre esse tipo de vício, pode-se dizer que “Nesses casos, a norma prevê: somente quando o fato “x”, deve-se praticar o ato “y”. Se o ato “y” é praticado sem que tenha ocorrido o fato “x”, o ato é viciado por inexistência material do motivo”²⁵⁸.

Já quanto ao vício por conta de motivos ilegítimos, os motivos existem, no entanto, são utilizados de maneira equivocada para embasar um ato administrativo que juridicamente pressupõe outros motivos. É o caso da existência de um motivo “x” para embasar o ato “y”, no entanto, a administração, diante de um fato “z” edita o ato “y”, por conta do enquadramento equivocado do fato “z”²⁵⁹.

Em suma, a diferença entre o primeiro tipo de vício e o segundo

é que, na anterior, não havia fato algum, ao passo que falamos em motivo ilegítimo, incongruente, impertinente ou juridicamente inadequado quando existe um fato, mas

257 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 113

258 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011, p. 452

259 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011, p. 453

tal fato não enquadra corretamente na norma que determina ou autoriza a prática do ato. A administração pratica o ato, ou porque analisou erroneamente o fato, ou porque interpretou erroneamente a discricção hipotética do motivo constante da norma²⁶⁰.

Assim, caso o motivo do ato administrativo seja falso ou caso ele, em verdade, não exista, o ato será inválido. É justamente esse o teor da teoria dos fatos determinantes. Segundo Di Pietro,

Ainda relacionada com o motivo, há a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros²⁶¹.

Carvalho Filho sobre a teoria afirma:

o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade. E não se afigura estranho que se chegue a essa conclusão: se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato.²⁶²

A teoria é de fundamental importância nos casos de atos administrativos discricionários em que não se exige motivação. Apesar de não se exigir motivação do ato, caso o agente público o faça e, posteriormente, constatar-se que os motivos presentes na motivação do ato são falsos ou inexistente, o ato será inválido²⁶³.

e) Vício de finalidade.

Caso algum ato seja editado observando-se finalidade diversa do interesse público ou da finalidade específica determinada na lei, há o que se chama de desvio de poder ou desvio de finalidade.

O desvio de poder é o mau uso da competência que é dada ao agente público. Ocorre quando ele procura fins que não poderiam ser buscados, ou quando os fins podem ser buscados, deveriam ser por outros meios²⁶⁴.

Nas palavras de Cretella Júnior, “desvio de poder é o uso indevido que a autoridade

260ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011, p. 453

261DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 220

262CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 118

263CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 118

264MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 406

administrativa competente faz do poder discricionário que lhe é conferido, para atingir finalidade diversa daquela que a lei explícita ou implicitamente preceituara”²⁶⁵.

Pode o desvio de finalidade ocorrer de duas maneiras: a) quando o agente busca finalidade alheia ao interesse público ou b) quando o agente, mesmo buscando o fim público, utiliza o ato de categoria distinta daquele fim específico.

No primeiro caso, tem-se como exemplo “um superior que remove um funcionário para local afastado sem nenhum fundamento de fato que requeresse o ato, mas apenas para prejudicá-lo em razão de sua inimizade por ele”.

Já no segundo caso, é o caso da remoção do agente para fins de punição. Nesse caso, a remoção, que não possui fins punitivos, foi usada para tal, acarretando em um desvio de finalidade.

Por fim, cabe ressaltar que o desvio de finalidade prescinde de má-fé do agente. Basta que haja o mau uso da competência para caracterizar o vício. Trata-se portanto de uma análise objetivo²⁶⁶.

265CRETELLA JR., José. O “Desvio de Poder” na Administração Pública. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, p. 31

266MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 407

4 CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Conforme se observou no capítulo anterior, o controle do ato administrativo discricionário, segundo a doutrina mais clássica, é embasado na legalidade em sentido estrito, ou seja, na legalidade com base única e exclusivamente na lei, não havendo a possibilidade de o Poder Judiciário fazer qualquer juízo de valor.

O que se buscará nesse capítulo é demonstrar que o ato administrativo não pode ser controlado com base apenas na legalidade estrita; deve, em verdade, respeitar a legalidade em sentido amplo, ou seja, uma legalidade substancial, que abarque as normas, valores e princípios.

Isso porque, conforme se observará, a Constituição Federal incorporou uma série de direitos fundamentais e garantias que devem ser observados em todos os âmbitos do ordenamento jurídico, inclusive nos atos administrativos discricionários. Caso o ato administrativo, mesmo sendo discricionário, viole alguma dessas garantias ou direitos fundamentais, pode o poder judiciário anulá-lo. Em suma, dependendo do caso concreto, até mesmo os motivos e objetos do ato administrativo estarão vinculados aos direitos fundamentais.

Para embasar tais ideias, será utilizada a teoria do garantismo. Por conta disso, será necessária, após argumentar sobre a crise do positivismo, uma explicação acerca de referida teoria, para, logo em seguida, analisar o controle dos atos administrativos com base nela.

Após essa análise da teoria, demonstrar-se-á como deve ser tratado o ato administrativo e seu controle sob a perspectiva dessa teoria.

4.1. CRISE DO POSITIVISMO, SURGIMENTO DE NOVAS TEORIAS E ASCENSÃO DO GARANTISMO.

Ao longo da história do direito, diversas teorias surgiram com o escopo de criar a melhor forma de aplicação do direito. Uma dessas teorias foi o positivismo jurídico.

O positivismo possuía como finalidade a criação de uma teoria que buscasse um critério científico para o direito.

Para atingir sua finalidade, a primeira medida que deveria ser tomada era retirar tudo que não fosse do direito do âmbito dessa ciência, ou seja, o objeto da ciência do direito seria

exclusivamente o direito, devendo qualquer instituto alheio a ele ser excluído. Sobre esse novo princípio metodológico, afirma Kelsen:

Quando designa a si próprio como 'pura' teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isto quer dizer que ela pretende liberar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.²⁶⁷

Além desse novo princípio metodológico, outra transformação se fazia necessária para a criação de uma ciência pura do direito. Assim como as demais ciências da época, a teoria pura do direito deveria analisar o seu objeto como ele realmente é e não como ele deveria ser: a ciência do direito seria pautada pela ausência de valoração na análise de seu objeto. O direito como dever-ser seria questão a ser analisada na política do direito. Sobre isso, o próprio criador do positivismo pondera:

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É a ciência jurídica e não política do Direito.²⁶⁸

Chama a atenção, com isso, a absoluta separação entre os fatos e os valores, a total avaloratividade do direito, da mesma forma que ocorre com as demais ciências. Consequência disso é que, na teoria pura do direito, não caberia ao jurista fazer qualquer ponderação acerca, por exemplo, da justiça da norma; caberia a ele apenas aplicá-la se fosse válida. Diante disso, Norberto Bobbio afirma:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão desses últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato²⁶⁹.

Ainda segundo o mesmo autor, ciência consiste na descrição avalorativa da realidade. O método positivista, então, seria aquele adequado para se fazer uma ciência jurídica ou uma teoria do direito. Caso não fosse adotado o positivismo, o que se observaria seria filosofia ou ideologia do direito, mas não a sua ciência.

Como a ciência consiste na descrição avaliatória da realidade, o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência jurídica ou teoria do direito. Se não for adotado, não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito.²⁷⁰

267KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 1

268KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 1

269BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135.

270 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 138

A total ausência de valores no direito acabou por acarretar consequências graves, que puderam ser observadas nos estados totalitários e, principalmente, na segunda guerra mundial.

Por vezes, o ordenamento jurídico avalorativo concedia ao Estado poderes para praticar atos totalmente injustos, que, no entanto, não poderiam ser revistos pelo Direito, já que não lhe caberia fazer juízo de valor acerca da norma.

As normas superiores se limitavam apenas a conceder o poder. Assim, nesses ordenamentos poderiam ocorrer de normas totalmente injusta serem consideradas válidas. Exemplo disso seria a admissão de uma lei que conferisse ao soberano o poder sobre a vida ou a morte. Da mesma forma, eram validas as normas acerca dos tribunais especiais para a defesa do estado que foram criados pelo facismo na Itália²⁷¹.

Assim, o que se pode perceber, é que, com a segunda guerra, ocorreu a decadência do positivismo. Daí Barroso afirmar sobre o positivismo que “sua decadência é emblematicamente associada à derrota do facismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que provocaram a barbárie sob a proteção da legalidade”²⁷².

Nas palavras de Gustavo Binbenojm,

De fato, quando se pensava ter-se alcançado o mais elevado grau de desenvolvimento da civilização ocidental, a lei, expressão da vontade geral cujo conteúdo independe de maiores questionamentos, foi capaz de legitimar as práticas nazi-facistas, que criaram talvez a maior cicatriz da história do século passado. A constatação de que a lei é insuficiente para trazer justiça e liberdade fez com que ela perdesse a aura de superioridade moral que havia incorporado com a Revolução Francesa²⁷³.

Passou-se a observar que o direito envolve várias outras questões que não podem ser resolvidas apenas com a lei aplicada matematicamente²⁷⁴.

Diante desses pensamentos, pode-se afirmar que

Era o triste fim do positivismo como única forma de compreensão do universo jurídico. A criatura voltou-se contra o criador. A lei que antes garantia segurança agora justificava uma das maiores barbáries da humanidade. Algo estava errado. Era chegada a hora de concluir o inevitável: o direito não cabe na lei²⁷⁵.

A ciência do direito, então, passou a aceitar que o ordenamento jurídico não poderia ficar totalmente desvinculado da moral e a solução encontrada para isso foi a positivação de

271 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do direito penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 330.

272 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248

273 BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 129

274 KNOPFHOLZ, Alexandre. *A crise do positivismo na pós-modernidade*. *R. Jurídica*, Curitiba, n. 24, Temática n. 8, p. 27-57, 2010-1

275 KNOPFHOLZ, Alexandre. *A crise do positivismo na pós-modernidade*. *R. Jurídica*, Curitiba, n. 24, Temática n. 8, p. 27-57, 2010-1

determinados valores nas Constituições. Essa positivação dos valores fez surgir o que ficou conhecido como Direitos Fundamentais. Com isso, os valores passaram, agora, a integrar o direito positivo. Ferrajoli argumenta sobre esse fato:

Todos esses princípios, afirmados pelas doutrinas jusnaturalistas do século XVII e XVIII na forma de direito ou direitos naturais, foram consagrados nas modernas Constituições na forma de princípios normativos fundamentais que contêm limitações ou imperativos negativos – ou também positivos, como os expressados pelos chamados “direitos sociais” ou “materiais” (ao trabalho, à saúde, à subsistência, à educação etc.), acrescentados nas Constituições desse século -, cujos destinatários são os legisladores e os demais poderes públicos²⁷⁶.

O que se percebe, então, é que o direito e a moral passaram a se relacionar novamente, deixando de lado o entendimento positivista de total separação entre eles; desaparece a dicotomia direito e moral. A moral, então, passa a fazer parte do direito. Assim conclui Ferrajoli:

O resultado desse processo de positivação do direito natural tem sido uma aproximação entre a legitimação interna ou dever ser jurídico e a legitimação externa ou dever ser extrajurídico, quer dizer, a sua juridificação por meio da interiorização no direito positivo de muitos dos velhos critérios e valores substanciais de legitimação externa, que foram expressados pelas doutrinas iluministas do direito natural²⁷⁷.

Barroso, por sua vez explica que

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes do pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo [...].

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma *terceira via* entre as concepções positivistas e jusnaturalistas: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente. Se é inegável a articulação complementar entre eles, a tese de separação, que é central ao positivismo e que dominou o pensamento jurídico por muitas décadas, rende tributo a uma hipocrisia²⁷⁸.

Se é unânime entre os doutrinadores que o direito e os valores passaram a ter contato novamente, não é unânime a maneira como esse diálogo é travado. Com a incorporação de direitos naturais nas Constituições, diversas teorias surgiram para explicar esse novo paradigma de direito.

276 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do direito penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 328

277 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do direito penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 328

278 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247/248

Assim, o “constitucionalismo”, como é chamado por Ferrajoli essa nova forma de ver o direito, passou a ser dividido em duas formas distintas.

A primeira delas defende a superação do positivismo jurídico por uma nova teoria; já a segunda defende não a superação do positivismo, mas sim a sua complementação com base nesse novo paradigma. Essa segunda forma de constitucionalismo seria a teoria do Garantismo, proposta por Luigi Ferrajoli.

O autor demonstra esses pensamentos da seguinte forma:

Para além desta característica comum, porém, o constitucionalismo pode ser concebido de duas maneiras opostas. De um lado, ele pode ser entendido como a superação – em sentido tendencialmente jusnaturalista – do positivismo jurídico; ou, de outro, como o seu completamento. A primeira concepção, etiquetada como “neoconstitucionalista”, é certamente a mais difundida. A finalidade desta intervenção é sustentar, ao contrário, uma concepção juspositivista do constitucionalismo, que aqui chamarei “garantista”.²⁷⁹

Sobre a primeira forma, as teorias que se utilizam dela consideram que, segundo Ferrajoli, desaparece a distinção proposta pelo positivismo entre direito e moral, entre a validade e justiça. A moral, para essas teorias, passaria a integrar o direito. Além disso, as normas constitucionais não mais seriam regras, mas sim princípios que podem ser ponderados e balanceado, já que se encontram em constante conflito. Como consequência disso, ressalte-se que a argumentação ganha força na aplicação do direito²⁸⁰.

Assim, Ferrajoli conclui sobre o neoconstitucionalismo:

Este constitucionalismo, de nítida matriz anglo-saxã, caracteriza-se então, como disse Prieto Sanchís, por dois elementos: o ataque ao positivismo jurídico e a tese da separação entre direito e moral; e o ativismo judicial promovido pela tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas sim princípios, objetos de ponderação e de imediata argumentação jurídica, sem a necessidade de *interpositio legislatoris*.²⁸¹

Já na segunda forma, o constitucionalismo pode ser visto não como uma superação do positivismo jurídico, mas sim como sua complementação dele. Ferrajoli chama o garantismo, então, de “constitucionalismo rígido”, que completa o positivismo jurídico, tendo em vista que o próprio direito positivo optou por positivar no seu “ser” parte do “dever-ser”, ou seja, optou por positivar os valores, pelos motivos já mencionados anteriormente ao descrever a crise do positivismo.

O garantismo, como se verá adiante, acaba por manter premissas do positivismo e por

279 FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. In: Anais do [Recurso eletrônico] IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst. - Curitiba, PR: ABDConst., 2011., disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>> acesso em: 19 de outubro de 2014.

280 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do direito penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 96

281 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do direito penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 98

redefinir a teoria do direito, já que a teoria positivista não se encontra apto a explicar o direito com cargas valorativas dentro de si.

Tal teoria será explicada com mais propriedade nas próximas seções desse capítulo e será por meio dela que se reanalisará o controle do ato administrativo discricionário.

4.2. CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO MODERNO.

O controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário, conforme já mencionado no capítulo 3 dessa monografia, é um controle de legalidade. Segundo a doutrina mais clássica trata-se de legalidade em sentido estrito. Dessa forma, cabe ao poder judiciário analisar o ato administrativo apenas com base na lei estrita.

No entanto, a concepção de legalidade, como é vista pela doutrina mais clássica, foi revista. Isso porque a Constituição Federal de 1988 incorporou uma série de princípios e garantias que visam a proteção dos administrados e, por conta disso, devem ser observados em todos os âmbitos do direito, inclusive no controle do ato administrativo discricionário. Daí se afirmar que “a atividade discricionária do Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais”²⁸².

Não pode, então, a legalidade se limitar apenas a lei, mas deve levar em consideração as leis, os princípios, as garantias, etc., ou seja, o ordenamento jurídico como um todo. O controle de legalidade do ato administrativo, então, deve ser um controle com base em uma legalidade substancial ou em sentido amplo.

Nesse sentido, Maria Sylvia Di Pietro argumenta:

Além da parte introdutória da Constituição, onde se afirmam os seus princípios fundamentais, em vários outros dispositivos se revela a preocupação com determinados valores a serem observados no desempenho da função estatal e, dentro desta, da função administrativa a cargo da Administração Pública. Esta já não está mais submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça.

Mais adiante a autora conclui:

Todos esses valores são dirigidos ao legislador, ao magistrado e ao administrador público. A lei que os contrarie será inconstitucional. Eles atuam como limites à discricionariedade administrativa, os quais, se ultrapassados, configuram ato ilícito da Administração, passível de revisão pelo Poder Judiciário. A discricionariedade administrativa – como poder jurídico que é – não é limitada só pela lei, em sentido formal, mas pela ideia de justiça, com todos os valores que lhe são inerentes,

282 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 169

declarados a partir do preâmbulo da Constituição.²⁸³

Juarez Freitas vai mais longe, alegando que “a Constituição, bem interpretada, é que administra. Para que se concretize essa ideia-chave, o catálogo de princípios fundamentais do Direito Administrativo demanda uma reconfiguração do controle das relações administrativas.”²⁸⁴

Mais adiante, o mesmo autor critica o antigo formalismo do controle da legalidade estrita da administração pública e propõe uma nova forma de analisar o controle sobre a administração. Segundo o autor,

O controle tradicional, primordialmente legalista, mostrou-se desatento e oneroso. Desatento porque, preso às questiúnculas formais, deixou de ver (ou não quis ver) as finalidades constitucionais e sindicar as consequências, bem como não ofereceu alternativas a erros crônicos de tomada de decisão. Oneroso, porque obcecado por vigilância extensiva, despida de foco. Por isso, a atividade controladora, nas diversas modalidades – controles interno, externo, judicial e social –, deve ser *reorientada para prioridade e direitos fundamentais*. Somente assim as condutas administrativas guardarão conformidade e adequação valorativa com a Constituição, sem que a recomendável tolerância se confunda com a abominável condescendência²⁸⁵.

Assim, conclui o autor que é imprescindível adotar-se uma nova forma de pensar o controle dos atos administrativos. Essa nova forma deveria levar em consideração os princípios e direitos fundamentais²⁸⁶.

Outro autor que também aborda o tema é Luiz Nunes Pegoraro. Para ele, os princípios “refletem um posicionamento ideológico do Estado e da Nação perante os diversos valores da humanidade. Assim, a Administração está vinculada a eles, mesmo nas hipóteses de atuação discricionária”²⁸⁷.

Diante dessa nova forma de ver a legalidade, atualmente, já se tem forte o entendimento de que um ato administrativo, ainda que discricionário, pode sofrer o controle do poder judiciário se afrontar a legalidade *lato senso*, ou seja, se afronta garantias e princípios constitucionais, como a razoabilidade, a proporcionalidade, a moralidade, eficiência, etc. Daí a lição de Luiz Nunes Pegoraro:

[...] devemos ressaltar que os princípios e normas da Constituição é que dão vigor à lei e, conseqüentemente, a todo ato público, que deve guardar correlação direta com os mandamentos constitucionais, sob pena de invalidação. Ao diminuir o efeito da

283 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionabilidade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 38

284 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 134

285 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 134

286 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 134

287 PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários*. Campinas: Servanda, 2010, p. 114

lei, sendo ela responsável pelo poder discricionário da Administração Pública, não resta dúvida de que também é deferido o controle jurisdicional de atos de forma ampla²⁸⁸.

Por conta disso, segundo o autor, os limites entre os Poderes que impedia a devida e constitucional fiscalização do Poder Judiciário foi superado. A evolução da Teoria Geral da Constituição passou a ter efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, incluindo o direito administrativo²⁸⁹.

Cabe ressaltar, ainda, que a possibilidade de o Poder Judiciário analisar os atos administrativos discricionários não significa a invasão de um poder sobre o outro, nem mesmo a anulação dos poderes administrativos. Isso porque é função do Poder Judiciário fazer valer a Constituição, de modo que não pode admitir que um ato, legal em sentido estrito, seja considerado válido, mesmo afrontando valores positivados na Constituição, como, por exemplo, a moralidade²⁹⁰. Diante disso, após analisar o controle clássico do ato administrativo, Luiz Nunes Pegararo cita Enterría:

Bem por isso, assevera Enterría (1995, p. 46) que o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa não significa anulação dos poderes administrativos. O que não se pode pretender, à evidência, é que ao exercer faculdades discricionárias, possa ela se colocar ao abrigo do controle da principiologia constitucional, que deve ser levada a efeito, até suas últimas consequências, pelo Poder Judiciário que, ao agir assim, estará apenas e tão somente cumprindo sua missão constitucional.²⁹¹

Observa-se, então, que atualmente a doutrina possuiu vários autores com o entendimento de que é possível o controle do ato administrativo discricionário com base nos valores das Constituições.

A própria jurisprudência, apesar de ainda possuir muitos julgados decidindo pela total impossibilidade de controle do ato discricionário, já vem apresentando alguns julgados no sentido da possibilidade, conforme pode-se observar a seguir:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557 DO CPC. APLICABILIDADE. ALEGADA OFENSA AO ART. 2º DA CF. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. APRECIÇÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Matéria pacificada nesta Corte possibilita ao relator julgá-la monocraticamente, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil e da jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal. 2. A apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário tido por ilegal e abusivo não ofende o Princípio da Separação dos Poderes. Precedentes. 3. É

288 PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários*. Campinas: Servanda, 2010, p. 115

289 PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários*. Campinas: Servanda, 2010, p. 126

290 PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários*. Campinas: Servanda, 2010, p. 125

291 PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários*. Campinas: Servanda, 2010, p. 115

incabível o Recurso Extraordinário nos casos em que se impõe o reexame do quadro fático-probatório para apreciar a apontada ofensa à Constituição Federal. Incidência da Súmula STF 279. 4. Agravo regimental improvido. (AI nº 777.502/RS-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 25/10/10)

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido (STJ - REsp: 429570 GO 2002/0046110-8, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 11/11/2003, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 22.03.2004 p. 277 RMP vol. 25 p. 453 RSTJ vol. 187 p. 219)

Essa nova forma de controle do ato administrativo que surgiu após a Constituição Federal de 1988, apesar de ser um avanço em relação à antiga legalidade, acaba não utilizando como marco teórico a teoria do garantismo. O presente trabalho possui como escopo analisar o controle do ato administrativo sob a perspectiva da teoria do garantismo.

4.3. GARANTISMO.

4.3.1. Aspectos gerais do garantismo.

Antes de mais nada, cabe ressaltar que a premissa maior da teoria do garantismo é a centralidade da pessoa humana. Assim, é em nome da pessoa que o poder deve se constituir e é em prol dela que ele deve servir²⁹².

Disso decorre que o Estado é instrumento para se atingir esse fim e não valor em si mesmo. Por conta disso é que se justifica a sua existência²⁹³.

No entanto, o que se tem observado, na prática, é que esses Estados prometem garantias aos direitos fundamentais dos cidadãos, mas não cumprem com essas promessas, o que acaba por gerar um paradoxo. Tal fato, extremamente evidente na seara penal, acaba por gerar o que Ferrajoli, criador da teoria, chama de “crise de legitimidade que assola os hodiernos sistemas penais”. Sobre essa crise discorre o autor:

292 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 91

293 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 91/92

Em grande parte, tais fundamentos foram construídos – com o nascimento do Estado moderno como um “Estado de direito” – pelo pensamento jurídico iluminista, que os identificou como uma série complexa de vínculos e de garantias estabelecidas para a tutela do cidadão contra o arbítrio punitivo. Ainda que incorporados a todas as constituições evoluídas, estes vínculos são largamente violados pelas leis ordinárias, e mais ainda pelas práticas nada liberais por elas alimentadas.²⁹⁴

Segundo Cademartori,

Ferrajoli observa que o Estado de Direito atual apresenta – a despeito de sua formulação normativa tendencialmente garantista – certas inclinações neo-absolutistas, as quais se evidenciam por meio de práticas antigarantistas embasadas em normatividade de emergência e de exceção oriunda de interesses setoriais da sociedade, o que vem a enfraquecer o modelo de Estado de Direito entendido como artifício político a serviço de todo o corpo social²⁹⁵.

O que o autor faz, então, é justamente criar uma teoria para que tal paradoxo deixe de existir. Isso porque, segundo o autor, a divergência entre a normatividade em nível constitucional e a sua não aplicação nos níveis inferiores acaba tornando a norma superior simples referência, com função de mistificação ideológica²⁹⁶.

Diante disso, Ferrajoli cria um modelo ideal de Estado que deveria ser buscado por todos os Estados de Direito reais, sob pena de ocorrerem as suas deslegitimações perante os cidadãos. Assim, todos os Estados deveriam ter como finalidade a ser perseguida certos valores como a dignidade, a paz, liberdade plena e a igualdade substancial²⁹⁷.

Esse Estado idealizado por Ferrajoli seria o Estado Constitucional de Direito.

Ferrajoli, sobre a crise dos Estados Legislativos, mencionada no item 4.1 desse trabalho, afirma que

acabou por questionar a capacidade dos mesmos para regular adequadamente a vida social e política, supondo assim a definitiva superação do Estado legislativo de Direito enquanto modelo de ordenação social e a necessidade de restaurar a eficácia do direito como limite do poder²⁹⁸.

Assim, diante da falta de respeito a valores essenciais ao ordenamento, surgiu a necessidade de aumentar o nível de juridicidade superior e vinculante. O resultado disso foi a atribuição de caráter normativos às Constituições, a fim de que todos os Poderes fiquem vinculados aos valores do ordenamento, tanto em sua atuação quanto na produção normativa. Dessa forma, a lei inferior ficaria totalmente vinculada a norma superior, inclusive aos seus

294 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do direito penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 15

295 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 92

296 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do direito penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 785

297 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 91/92

298 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 17

valores²⁹⁹.

Com isso, o princípio da legalidade deveria ser reanalisado. Agora não mais estaria o poder público vinculado apenas à lei, mas a todo o direito³⁰⁰.

Sobre o período de surgimento de Estado ideal, o Estado Constitucional de Direito, afirma Cademartori:

Destarte, a passagem do Estado legislativo ao constitucional pressupõe o caráter normativo das Constituições, as quais passam a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível, em linha de princípio, para todos os poderes do Estado. As normas constitucionais são vinculantes – de modo tal que resta assim superada definitivamente a imagem fraca da juridicidade constitucional característica do período liberal – e estarão situadas acima dos poderes do Estado e fora do campo de ação e conflito políticos. Desta forma, os poderes do Estado não podem dispor do sentido e conteúdo das normas constitucionais – pelo menos em condições de normatividade – e, precisamente por isso, do próprio Direito enquanto realidade constituída.³⁰¹

Em suma, esse Estado idealizado por Ferrajoli seria um Estado não apenas regulamentado pelas leis, mas um Estado que surge com as Constituições que deveriam ser analisadas em um plano formal e em um plano substancial.

No primeiro plano, estaria orientado pelo princípio da legalidade, segundo o qual todos os poderes estariam vinculados a leis gerais e abstratas, sendo que o controle dessa vinculação seria feito por juízes independentes.

No plano substancial, estaria esse Estado vinculados às garantias dos direitos fundamentais dos Cidadãos, ou seja, estaria vinculado à vedação de lesão às liberdades do cidadão e estaria obrigado a satisfazer os direitos sociais³⁰².

O garantismo, diante dessa forma de estado ideal, designa uma “teoria jurídica da 'validade' e da 'efetividade’”³⁰³. A reanálise dos conceitos de validade e vigência das normas, que antes eram analisados sob a premissa de avaloratividade do direito, é necessária a fim de que se possa haver maior efetividade na garantia dos direitos do cidadão.

Considerando que esses novos conceitos de vigência, validade e eficácia são fundamentais para o controle do ato administrativo sob a perspectiva garantista, analisar-se-á mais atentamente os conceitos.

299 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 18

300 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 18

301 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 18

302 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do direito penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 790

303 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do direito penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 786

4.3.2. Garantismo como vigência e validade.

4.3.2.1. Vigência, validade e eficácia no modelo antigo de Estado.

O que se observa da teoria do garantismo é que ela busca um novo modo de estado, conforme já analisado anteriormente. Busca-se um estado garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos. Diante dessa nova forma de ver o Estado, faz-se necessário também uma nova forma de analisar a teoria do direito, o que Ferrajoli chama de um “positivismo crítico”. Assim, como se verá, o garantismo passa a reconceituar a vigência, validade e eficácia das normas, sob a ótica de um novo estado de direito, o estado garantista.

Antes de analisar a vigência, validade e eficácia da norma sob o ponto de vista de Ferrajoli, faz-se necessário, no entanto, analisar primeiramente os conceitos sob a ótica antiga. Cabe ressaltar que os referidos conceitos, conforme argumenta Cademartori³⁰⁴, nunca foram unânimes na teoria do direito. Por conta disso, interessante trazer os conceitos dos principais autores.

Para Kelsen, validade e eficácia, apesar de serem muito ligadas, não se confundem.

Norma válida, para Kelsen, é aquela norma que foi criada de acordo com a formalidade estabelecida por uma norma superior. Já a eficácia de uma norma, é a sua aplicação no mundo dos fatos.³⁰⁵

Diante disso, conclui Sérgio Cademartori que, na visão de Kelsen, “a validade é a existência específica (no mundo do dever-ser) da norma, enquanto que a eficácia é a sua ação no mundo do ser (isto é, o fato objetivo e comprovável de sua observância e aplicação”³⁰⁶.

Assim, para o autor positivista, a eficácia seria uma condição para a manutenção da validade da norma: a norma somente seria válida se fosse criada em conformidade com os aspectos formais de uma norma superior e se fosse realmente aplicada. Diante disso conclui Cademartori:

De fato, a validade, na teoria kelseniana, difere da eficácia, mas não é alheia à mesma, dado que a eficácia deve ser acrescentada à criação para que o Direito, originalmente válido tão só em virtude do ato da sua criação na medida em que este

304 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 54

305 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 54

306 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 54

seja regulado por uma norma superior, não perca a sua validade³⁰⁷.

No entanto, é de se ressaltar que a eficácia de uma norma não é condição que por si torna uma norma inválida. O que ocorre é que uma norma, por ser ineficaz, acaba perdendo a sua validade. Tal fato pode ser observado em uma norma que é totalmente válida, tendo em vista que posta em conformidade com o que determina as normas superiores e é aplicada, mas que com o passar do tempo deixa de ser aplicada pelos administrados: essa norma acaba por perder a sua validade. Assim, conclui Cademartori:

De qualquer sorte, dizer que as normas são válidas é dizer que elas foram criadas de acordo com procedimentos estabelecidos em normas superiores, por órgãos previstos nas mesmas normas superiores e em harmonia com as mesmas, não tendo sido revogadas. Se uma norma não é eficaz (não se aplica nunca), deixará de ser válida, mas, em todo caso, sempre se poderá dizer que durante um período de tempo ela existiu³⁰⁸.

Diante de toda essa explicação, Cademartori conclui que no modelo proposto por Kelsen:

- 1) a validade é independente da eficácia não se confundindo com esta, mas sendo esta a condição daquela;
- 2) a eficácia é condição de validade, no sentido de que sem eficácia a norma deve entender-se como tendo perdido a validade (o fenômeno da desuetude);
- 3) a eficácia sustenta indiretamente a validade da norma, dado que somente pode postular-se validade de uma norma isolada quando ela pertencer a um ordenamento que, este sim, deve ser eficaz e obedecido³⁰⁹.

Outro autor positivista de grande importância que analisa a validade e eficácia de uma norma, é Norberto Bobbio. Para o autor, a validade de uma norma está limitada por aspectos materiais e formais de produção.

Em relação aos limites formais, uma norma, para ser válida, deve respeitar as regras de procedimento e competência estabelecidas em uma norma superior. Mas isso não é suficiente para sua validade. Além disso, a norma deve respeitar o conteúdo da norma superior, ou seja, deve respeitar materialmente a norma constitucional. Não pode, dessa forma, a lei inferior desrespeitar direitos e garantias superiores.

Caso algum desses dois limites não sejam observados, a norma será considerada ilegítima e será retirada do sistema. Esse é um entendimento que muito se aproxima do garantismo.³¹⁰

307 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 56

308 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 58

309 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 63

310 BOBBIO, Norberto., *apud* CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. Campinas: Millennium, 2006., p. 81

Já a eficácia, para Bobbio, “diz respeito tanto ao seu cumprimento pelos destinatários quanto à sua aplicação pelas autoridades em caso de violação³¹¹.”

Diante disso, Cademartori argumenta que “para o mestre italiano, esses dois critérios de avaliação de normas são independentes, sendo as possíveis reduções de um a outras verdadeiras confusões cometidas pelos juristas”. Nesse ponto, Bobbio critica os autores realistas que dizem que confundem validade com eficácia³¹².

Existem vários outros autores que formularam conceitos acerca da validade e eficácia das normas. No entanto, tais conceitos não são mais aptos a explicar o ordenamento contemporâneo, já que deixam de fazer uma separação importante: a diferença entre vigência e validade de uma norma. Essa diferença é de extrema importância para o ordenamento moderno.³¹³

4.2.3.2. Vigência, validade e eficácia no modelo garantista.

Com as já mencionadas incorporações de valores nos ordenamentos jurídicos, os conceitos de validade e eficácia clássicos passaram a não mais serem aptos a explicarem o direito. Isso porque os valores que não faziam parte do direito positivo, agora passaram a o integrar, de modo que o debate entre direito e moral, entre ser e dever-ser, passou a ser analisado tanto no âmbito externo ao ordenamento jurídico, quanto no âmbito interno. Assim é a doutrina de Ferrajoli:

[...] depois da inclusão daqueles princípios entre as normas constitucionais, também emana destas últimas, de forma que todo 'estado de direito', especialmente quando está dotado de uma Constituição rígida, é susceptível de valoração não só externa, referida a princípios naturais de justiça, senão também interna, quer dizer, referida a seus próprios princípios tal e como estão garantidos por essas regras positivas de direito naturais que são os textos constitucionais³¹⁴.

Diante disso, a teoria do garantismo não se contenta com a análise da validade e eficácia do positivismo. Como complementação que é do positivismo, o garantismo defende que se deve analisar também a vigência da norma, bem como redefinir os conceitos de a validade e a eficácia da norma. Por conta disso, afirma-se acerca do garantismo:

311 BOBBIO, Norberto., *apud* CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 81

312 BOBBIO, Norberto., *apud* CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 81

313 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 88

314 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do direito penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 793

mas, embora enquadrável no positivismo, adquire a teoria garantista contornos indiscutivelmente próprios: aqui encontramos a diferença substancial entre normas “válidas”, “vigentes” e “eficazes”, cuja confusão ou redução é típica daquilo que Ferrajoli denomina “juspositivismo dogmático”³¹⁵.

A vigência, para Ferrajoli, é a “validade apenas *formal* das normas tal qual resulta da regularidade do *ato normativo*”. Já a validade é a “validade também material das normas produzidas, quer dizer, dos seus significados ou conteúdos normativos”³¹⁶. Ou seja, vigente é a norma produzida em conformidade com os aspectos formais impostos por uma norma superior, já a norma válida é aquela que possui seu conteúdo de acordo com normas superiores. Dessa forma expõe Cademartori:

Então, para evitar tais confusões, o garantismo propõe uma redefinição das categorias tradicionais, passando a entender como *vigentes* (ou de validade meramente formal) as normas postas pelo legislador ordinário em conformidade com os procedimentos previstos em normas superiores, reservando a palavra *validade* à validade também substancial dos atos normativos inferiores³¹⁷.

Já a eficácia de uma norma, para a teoria do garantismo, seria a observação de fato de seus destinatários³¹⁸.

Na visão do próprio Ferrajoli, “uma norma existe, está vigente ou pertence ao direito positivo não só se é válida e ineficaz, quer dizer, não aplicada, senão também se é inválida e eficaz, pelo menos até que se declare sua invalidade”³¹⁹.

O que se infere disso é que as qualidades das normas são independentes. Daí Sérgio Cademartori citar como exemplo que

uma norma pode ser justa e no entanto não observada (não eficaz) e vice-versa, uma norma pode ser observada embora injusta. Sobretudo, do ponto de vista de Ferrajoli, pode acontecer que uma norma seja vigente e eficaz mesmo sendo inválida, como pode acontecer que uma norma seja válida mas nem por isso eficaz³²⁰.

Em suma, a diferença é que agora a norma que se encontra formalmente de acordo com uma norma superior é uma norma apenas vigente, ou seja, que existe. Isso, no entanto, não quer dizer que tal norma é válida, o que somente pode ser afirmado se ela, além de vigente, estiver de acordo com o conteúdo das normas superiores a ela.

315 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. Campinas: Millennium, 2006, p. 103

316 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do direito penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 330

317 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 100

318 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 102

319 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do direito penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 331

320 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 112

4.3.3. Positivismo Crítico.

A consequência dessa nova forma de analisar os conceitos de vigência, validade e eficácia é que o garantismo propõe uma teoria positivista crítica, que busca rever algumas premissas do positivismo.

Segundo Ferrajoli, esse “juspositivismo crítico”, se reflete no modo de conceber o trabalho do juiz e do jurista, pondo em questão dois dogmas do juspositivismo dogmático: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e avaliativa do jurista na observação do direito positivo vigente³²¹.

A primeira modificação proposta pelo garantismo, então, é que ele, ao contrário do positivismo clássico, traz para dentro do direito a sua valoração. Nas palavras de Sérgio Cademartori,

O segundo dogma [do positivismo] – o da avaloratividade da ciência jurídica – impõe que a crítica ao Direito vigente seja feita somente do exterior do mesmo, a partir de critérios políticos ou de justiça. Já o garantismo traz a crítica para o interior do sistema jurídico, valorando o ordenamento a partir de critérios de validade ou invalidade postos pelas normas de escalão superior³²².

Isso pode ser observado na própria forma como o jurista analisa a vigência e a validade de uma norma.

No âmbito da vigência, o jurista deve analisar apenas o “ser” do direito, ou seja, observar se a lei seguiu a formalidade como ela é, sem fazer qualquer juízo de valor se a formalidade é adequada ou não. Já no âmbito da validade, o jurista faz um juízo de valor da norma com base nos valores positivados em normas superiores, ou seja, os valores são analisados com base nas normas superior, havendo aí um juízo de “dever-ser” dentro do próprio direito.

Sobre isso, interessante a lição de Sérgio Cademartori:

Enquanto os juízos sobre a vigência ou não de normas apresentam um caráter fortemente descritivo, eis que dizem respeito a fatos concretos, tais como a promulgação daquelas por autoridades competentes e a observância do devido procedimento de edição, os juízos sobre a validade – pelo fato de pretenderem verificar processos de adequação valorativa – trazem uma acentuada carga axiológica.

Continua o autor:

321 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do direito penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 793

322 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 105

De fato, tanto as condições formais de vigência quanto as substanciais de validade encontram-se incorporadas em normas colocadas num nível superior. No entanto, enquanto as condições formais constituem requisitos de fato em cuja ausência as normas não chegam juridicamente a existir, as condições substanciais de validade – e de forma especial as da validade constitucional – consistem no respeito de valores – tais como igualdade a liberdade e as garantias dos direitos dos cidadãos -, cuja lesão produz uma antinomia, isto é, um conflito entre normas de significados incompatíveis³²³.

Ferrajoli sobre isso também argumenta:

Disto resulta que enquanto a verdade (ou a falsidade) dos juízos sobre vigor é predicável com base em simples verificações empíricas ou de fato, o mesmo não se pode dizer dos juízos sobre a validade, os quais, quando consistem na valoração da conformidade ou da deformação das normas dos valores expressos pelas suas normas superiores, não são, como escreve Bobbio, juízos de fato, mas juízos de valor, e, como tais nem verdadeiros nem falsos³²⁴.

Já a questão da fidelidade do juiz à norma é outra premissa do positivismo que o garantismo procura rever. Enquanto que para o positivismo o juiz está obrigado a aplicar a norma, no garantismo, o juiz, ao se deparar com uma norma que considera inválida, apesar de vigente, não o está. O juiz pode valorar se a norma é inválida, apesar de eficaz e vigente, não estando obrigado a aplicá-la. Percebe-se assim uma posição distinta do juiz diante da garantia dos direitos fundamentais.

Interessante também citar a doutrina de Sérgio Cademartori:

O postulado positivista da obrigação de o juiz aplicar o Direito vigente vê-se abalado nos Estados de Direito caracterizados por constituições rígidas, já que quando as leis forem vigentes, porém inválidas, não existe para o juiz a obrigação jurídica de aplicá-las. As decisões judiciais prolatadas com base numa lei meramente vigente podem ser válidas com respeito a ela, mas isso não impede que essa mesma lei seja considerada inválida. O caso de que uma lei tenha sido sempre aplicada apenas quer dizer que ela é eficaz, e não nos diz nada a respeito de sua validade³²⁵.

Há, com isso, no positivismo crítico proposto pelo garantismo, uma certa discricionariedade do poder judiciário para valorar a lei. Tal fato, segundo o garantismo, não deslegitima o Estado de direito. Dá-se o nome de “aporia” a tal fenômeno, uma vez que é uma margem opinável dada pelo Estado de direito ao poder judiciário³²⁶.

Depois da análise da teoria do garantismo, cabe agora analisar a sua aplicação no direito administrativo, mais precisamente no controle dos atos administrativos discricionários.

323 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 106

324 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do direito penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 806

325 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 105

326 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006, p. 107

4.4. CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO NA PERSPECTIVA GARANTISTA.

4.4.1. Necessidade de um direito administrativo garantista.

A teoria do garantismo gerou reflexos em várias searas do direito, principalmente na seara penal, onde a teoria foi primeiramente proposta. Cabe agora uma análise dos efeitos provocados pela teoria no direito administrativo.

A Constituição Federal de 1988 positivou uma série de valores no ordenamento jurídico. Esses valores, conforme já analisado, são os direitos fundamentais, que trouxeram a pessoa humana para o centro de todo o direito. Assim, o garantismo passou a ter como “pressuposto básico a pessoa humana como critério último de legitimação dos modernos Estados de Direito [...]”³²⁷.

Como parte do direito, a constitucionalização deveria surgir efeitos no direito administrativo. Daí se poder afirmar que “os princípios do Estado de direito (proporcionalidade, não retroatividade, confiança, segurança), e os princípios constitucionais da administração (legalidade, imparcialidade, justiça) forçam a reconstrução do direito administrativo à luz do direito constitucional”³²⁸.

No entanto, apesar da constitucionalização do direito, não houve consideráveis avanços na seara administrativa, ou seja, o fenômeno não teve força suficiente para tornar o direito administrativo um direito administrativo constitucionalizado, um direito administrativo voltado aos anseios de um Estado Constitucional de Direito, que protege o direito fundamentais.

Fato é que a dogmática administrativa, como é vista atualmente, possui déficit em relação ao direito garantista, tanto por considerar o princípio da legalidade de maneira restrita, como por atribuir privilégios para a administração, colocando-a acima do administrado.³²⁹

Assim, “o modelo de Direito Administrativo Garantista, pensado em termos de uma

327 BORTOLI, Adriano de. *Legalidade administrativa e garantia dos direitos fundamentais: a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito*. 2011. 205 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 109

328 CANOTILHO, José Joaquim Gomes *apud* MELO, Olivia Braz Vieira de. O controle jurisdicional do ato administrativo discricionário à luz do princípio da juridicidade - Página 4/5. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1179, 23 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8955>>. Acesso em: 2 nov. 2014.

329 BORTOLI, Adriano de. *Legalidade administrativa e garantia dos direitos fundamentais: a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito*. 2011. 205 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 187/189.

teoria geral do direito administrativo, ainda está por ser realizado [...]”³³⁰. Deve-se, então, buscar “um direito administrativo e um princípio da legalidade que possam ser relidos a partir do modelo normativo de democracia consagrado com o Estado Constitucional de Direito, não só formal, mas também substancial [...]”³³¹.

4.3.2. Garantias presente em um direito administrativo constitucionalizado.

Um direito administrativo garantista, que coloca como centro de todo o ordenamento a pessoa humana e que utiliza os direitos fundamentais como baliza para todas as suas ações, aos moldes de um Estado Constitucional de Direito, deve submeter a Administração Pública a dupla garantia perante seus administrados: a) deve ter plena sujeição da atividade administrativa ao direito e b) deve ter suas atividades integralmente submetida ao controle jurisdicional.³³²

A total sujeição da atividade administrativo ao direito,

é uma exigência axiológica e estrutural do Estado Constitucional de Direito e de seus princípios fundamentais, decorrente da natureza unitária da Constituição e do ordenamento jurídico, que obriga aos seus poderes e funções se desenvolverem vinculados aos seus valores e princípios, corrigindo-se ou reduzindo-se qualquer prática desviada que possa ser produzida³³³.

Os princípios representam o posicionamento ideológico do Estado. Por conta disso, a administração estará sempre vinculada eles. Não basta, então, a administração atender apenas aos critérios formais. É preciso que a atuação da administração esteja de acordo com critérios formais e materiais, ou seja, deve estar de acordo com os fins e os valores do ordenamento jurídico³³⁴.

330 BORTOLI, Adriano de. *Legalidade administrativa e garantia dos direitos fundamentais: a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito*. 2011. 205 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 111

331 BORTOLI, Adriano de. *Legalidade administrativa e garantia dos direitos fundamentais: a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito*. 2011. 205 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 107

332 BORTOLI, Adriano de. *Legalidade administrativa e garantia dos direitos fundamentais: a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito*. 2011. 205 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 113

333 PENÁ FREIRE *apud* BORTOLI, Adriano de. *Legalidade administrativa e garantia dos direitos fundamentais: a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito*. 2011. 205 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 114

334 COELHO, Paulo Magalhães da Costa *apud* CAMPOS, Diogo Fantinatti de. Controle jurisdicional do ato administrativo. Uma abordagem teórica e evolutiva. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2444, 11 mar. 2010.

Diante disso, todos os atos administrativos devem observar os valores positivados na Constituição Federal, até mesmo os atos administrativos discricionários³³⁵.

Nesse modelo de direito administrativo, a discricionariedade, que se manifesta por meio dos atos administrativos discricionários, sempre estará vinculada aos direitos fundamentais positivados na Constituição.

Daí Cademartori afirmar que sob o enfoque garantista a discricionariedade deve ser analisada em dois níveis.

O primeiro seria o nível abstrato, o qual não pode deixar de ser aceito pelo ordenamento, já que a administração não é vista mais como uma simples executora da lei detalhista; hoje, há um modelo descentralizado em que se atribui maior autonomia à administração, desde que atue nos parâmetros da lei.

O segundo nível da discricionariedade é a sua aplicação concreta. Nesse nível, caso a administração, mesmo atuando discricionariamente, atente contra direitos fundamentais dos cidadãos, o ato administrativo será levado ao Poder Judiciário, oportunidade em que esse poder poderá apreciar o ato em sua inteireza, utilizando como parâmetro para análise as garantias constitucionais e os direitos fundamentais³³⁶.

Dessa vinculação aos direitos fundamentais, decorre a garantia de que todas as atividades administrativas poderão ser analisadas pelo Poder Judiciário. Isso porque

[...] no caso da função jurisdicional, o elemento primário que a caracteriza não é a aplicação ou realização do Direito num sentido estrito. É, sim, a garantia dos direitos e dos interesses das pessoas, sendo que esta garantia se desenvolve no processo, ligando o Direito, em sentido amplo, a cada conflito ou caso concreto.³³⁷

Além disso, pode-se argumentar que

[...] a função do julgador será verificar se houve ou não lesão a algum direito na atuação administrativa. Dependendo do caso, este outorgará a tutela e restaurará a situação jurídica afetada, sem a necessidade de se desvincular do sentido político da norma, já que dele nunca deve se afastar. Precisamente nisto consistirá a sujeição primária do juiz às garantias, posto que o sentido político da norma deve pautar-se em função dos direitos fundamentais, constitucionalmente estabelecidos.³³⁸

Assim, é função do Poder Judiciário velar pelos valores positivados na Constituição

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14492>>. Acesso em: 3 nov. 2014.

335 BORTOLI, Adriano de. *Legalidade administrativa e garantia dos direitos fundamentais: a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito*. 2011. 205 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 114

336 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 182/183

337 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 149/150

338 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 150

Federal, podendo anular qualquer ato da administração que atente contra eles.

Luiz Henrique Urquhart Cademartori, então, busca fazer uma releitura da maneira como o ato administrativo é analisado. Faz essa releitura com base na teoria do garantismo. Assim, cria técnicas para que se possa efetivar o controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário sob uma perspectiva garantista. Para tanto, utiliza-se de conceitos de validade, vigência e efetividade da teoria do garantismo.

4.3.3. Controle do ato administrativo discricionário sob uma proposta Garantista.

Luiz Henrique Urquhart Cademartori, em seu livro *Discricionariedade Administrativa*, primeiramente, critica o antigo modelo de controle de legalidade, alegando que o controle clássico, aos moldes do sistema francês, e sob a ótica da legalidade estrito senso, mudou diante do surgimento do Estado Constitucional de Direito.

Para o autor, o antigo modelo de controle do ato administrativo, embasado em uma legalidade avaliativa, não se coaduna com o novo tipo de estado, uma vez que, em um estado como esse, não há qualquer âmbito livre do controle com base nas garantias constitucionais³³⁹.

O controle de legalidade deve ser com base em uma legalidade em sentido amplo, que abarque tanto as leis, quanto os princípios, já que nas modernas Constituições positivou-se valores que devem, de fato, ser observados no controle do ato administrativo.

Assim, o autor propõe um controle do ato administrativo embasado nos conceitos de vigência, validade e eficácia aos moldes da teoria do garantismo, conforme já foi analisada anteriormente nesse trabalho.

Segundo a dogmática clássica, o ato administrativo será válido quando cumprir as exigências formais do ordenamento jurídico. Nas palavras de Luiz Henrique Cademartori, “a validade se verificará quando o ato atender ao procedimento estabelecido em normas superiores, obedecendo passo a passo aos requisitos exigidos pela ordem normativa”³⁴⁰.

Sobre a eficácia do ato administrativo o autor afirma que

entende a doutrina que o ato administrativo é eficaz quando se encontra apto a produzir seus efeitos no mundo dos fatos. Ou seja, para este poder irradiar os seus efeitos específicos, não está havendo nenhuma impossibilidade ou dependência de qualquer evento posterior. Portanto, a eficácia será caracterizada pela situação atual

339 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 150

340 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 155

do ato de disponibilidade para a produção dos efeitos que lhe são próprios³⁴¹.

Por fim, sobre a vigência do ato administrativo, fazendo um resumo da doutrina administrativista, o autor diz que é o “período de permanência do ato no ordenamento jurídico, ou seja, representa a dimensão temporal do ato administrativo”³⁴².

Observa-se, então, a incompatibilidade entre a vigência, validade e eficácia da norma (no caso ato administrativo), com a concepção de vigência, validade e eficácia na concepção garantista.

Diante disso, o autor analisa cada um dos elementos do ato administrativo, observando sua adequação à norma superior, já que não pode existir antinomia entre uma norma superior e inferior. Assim, Cademartori verifica se o elemento trata de vigência, validade ou eficácia, conforme conceito da teoria do garantismo.

Nas próprias palavras do autor:

Por essa razão, tratar-se-á da adequação estrutural do ato administrativo às normas superiores, inclusive princípios, de forma logicamente integrada, considerando suas partes componentes e procedendo-se a uma divisão interna dos requisitos de vigência e de validade dos atos, de acordo com o paradigma garantista³⁴³.

Mais adiante, continua o autor dizendo que “para tanto, categorias jurídicas, tais como as da validade e vigência, também passam por uma reformulação conceitual coerente com as bases doutrinárias da teoria do garantismo, tanto no seu aspecto jurídico, como político”³⁴⁴. Essas categorias já foram analisadas nesse capítulo, quando se falou de tais conceitos e de suas diferenças na teoria do garantismo e na do positivismo.

Diante dos conceitos de vigência, validade e eficácia garantistas, completa Cademartori:

Exatamente por esta razão, entende-se que as condições formais constituem requisitos de fato, determinantes para a existência das normas (critério de vigência). De outra parte, as condições substanciais da validade e em especial, da validade constitucional, referem-se à observância de valores tais como igualdade, liberdade e demais direitos fundamentais dos cidadãos³⁴⁵.

O autor então analisa cada elemento do ato administrativo, adequando-o conforme se trata de vigência ou validade do ato. Assim, nas palavras do próprio autor,

341 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 155

342 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 155

343 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 154

344 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 155

345 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 164

Caso se queira adotar um tipo de controle considerado sob um aspecto condizente com o atual paradigma da Dogmática Jurídica, o qual, dentre outros aspectos, observa uma ideia de legalidade em sentido amplo, ou seja, regra – princípio – valor, pode-se equacionar uma sistemática garantista de apreciação judicial dos atos administrativos no seu aspecto interno, delimitando nos seus componentes estruturais os âmbitos da vigência e da validade que conformam o ato, respeitando e adequando-se também aos fatores externos³⁴⁶.

Os primeiros elementos do ato administrativo analisados pelo autor são a competência e a forma. Argumenta o autor que esses são elementos que dizem respeito a vigência do ato administrativo. Isso porque tratam-se de elementos formais do ato, ou seja, a competência e a sua forma dizem respeito à adequação procedimental do ato administrativo em relação à uma norma superior³⁴⁷.

Já o objeto do ato administrativo diz respeito à própria existência do ato. Um ato sem objeto nada mais é do que um ato inexistente para o direito. O autor argumenta que sem objeto materialmente e juridicamente possível, não há existência de qualquer ato jurídico³⁴⁸.

Quanto ao motivo do ato, segundo o autor, na maioria das vezes haverá uma valoração, já que é impossível uma aplicação automática, sem se fazer juízo de valor acerca dele. Assim, “nestes casos, o 'motivo legal' é decorrente de uma situação insuscetível de ser reduzida a uma objetividade absoluta; por exemplo, quando a lei proíbe comportamento atentatório à moral”³⁴⁹.

A mesma situação ocorre em relação finalidade do ato administrativo.

Embora, por vezes, a lei determine precisamente qual o desiderato visado, em outras situações este aspecto teleológico estará fundado em conceitos imprecisos, cuja objetivação, ao confrontá-los ao caso concreto, nem sempre é possível, principalmente se houver que considerar juízo de valor³⁵⁰.

A conclusão acerca desses dois elementos é que, por refletirem valores de uma norma superior, são elementos que analisam a validade do ato administrativo. “Sendo assim, tanto o pressuposto do motivo quanto o da finalidade deverão considerar apreciações valorativas, as quais, num sentido garantista, serão remetidos à noção de validade”³⁵¹.

O pressuposto de causa do ato administrativo, por sua vez, não pode, da mesma forma,

346 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 166

347 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, *op. cit.*, p. 166

348 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 166

349 MELLO, Celso Antônio Bandeira de., *apud* CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 167

350 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 167

351 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 167

ser dissociados de um juízo de valor. Isso porque ele é responsável conectar o conteúdo do ato e o seu motivo, de modo que possui um caráter axiológico³⁵².

Por fim, conclui o autor que

o ato administrativo será vigente quando sua forma e sujeito competente corresponderem procedimentalmente com o estatuído em normas superiores; e será válido quando o seu motivo, finalidade e causa forem axiologicamente condizentes com os direitos fundamentais³⁵³.

Assim, pode o poder judiciário invalidar um ato que esteja em desacordo com valores de normas superiores.

Questiona-se, no entanto, a legitimidade do Poder Judiciário, já que acaba por atribuir juízo final de valor acerca do ato administrativo que deveria ser matéria da Administração Pública:

Consequentemente, essa margem de decisão jurídica, que poderá até contrariar o conteúdo normativo, termina por conduzir a autoridade judiciária a um espaço irreduzível de ilegitimidade. Para melhor esclarecer este ponto, concebe-se aqui a legitimidade como uma adequação a ser observada pelo julgador, tanto da produção normativa quanto da atuação e também sujeição administrativa aos valores inscritos no ordenamento constitucional³⁵⁴.

Essa questão pode ser respondida pela “aporia” item 4.2.4 desse trabalho. A possibilidade de o Poder Judiciário “opinar” sobre essas matérias não retira a sua legitimidade.

Sobre isso, argumenta Luiz Henrique Urquhart Cademartori:

Observa-se então que o espaço de atuação do Judiciário encontra-se inserido num campo de ilegitimidade irreduzível por estar instituído como uma espécie de guardião da ‘opinião correta’ num Estado baseado no equilíbrio e respeito entre os poderes. Apesar disso, não chega a comprometer – tal oporia – de forma relevante o modelo garantista do Estado de Direito³⁵⁵.

E continua o autor: “Essa constatação é plenamente aceitável, na medida em que o sentido que deverá o órgão judiciário imprimir à norma e que determinará a sua interpretação e conseqüente solução do caso concreto também apresenta vinculação”³⁵⁶.

A vinculação da Administração à realidade constitucional, que possibilita a vigilância de seus atos pelo Poder Judiciário, não significa intervenção de um poder em outro, mas sim

352 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 168

353 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 168

354 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 171

355 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 171

356 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 171

de um meio para manter a Administração atrelada às condições estabelecidas na Constituição. É o mesmo que ocorre quando o Poder Judiciário declara uma lei inconstitucional: não está invadindo competência do Poder Legislativo, mas somente interpretando e dando eficácia à Constituição³⁵⁷.

Por fim, a abordagem garantista dos atos administrativos não se limita apenas em reanalisar o controle do ato com base nos seus elementos. Os atributos do ato administrativo também devem ser revistos, já que eles são analisados com base na premissa de prevalência do interesse público sobre o privado, o qual em uma concepção garantista é ultrapassado.

O fundamento da superação dessa premissa é a desmistificação de que o Poder Público é infalível e, além disso, o fato de que se mostrou incorreta a ideia de que a Administração é pautada pelo interesse geral, enquanto que o cidadão é pelo interesse privado. A Constituição Brasileira, consagra *writs* que partem do pressuposto de que o particular não possui apenas o interesse particular, mas também atua visando matérias de ordem pública, como a moralidade administrativa por exemplo.³⁵⁸

Nos dizeres de Cademartori, “naquilo que diz respeito à posição jurídica da Administração na sua interação com os administrados, esta deverá ser de igualdade entre as partes, eximindo-se os privilégios ou prerrogativas de tratamento diferenciado”³⁵⁹.

Assim, a presunção de legitimidade dos atos, por exemplo, não pode ser vista como o é atualmente pela doutrina. Em um direito administrativo garantista, que coloca a pessoa no centro do ordenamento, deve ser modificada essa concepção tradicional. Segundo Cademartori, dever-se-ia adotar as teses defendidas por Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernandes, que identificam o Direito Sancionador Administrativo com o Direito Processual Penal e modificam a forma de pensar esse atributo do ato administrativo.

Assim, nas palavras de Cademartori,

A partir dessa nova concepção, entende-se que essa presunção não mais implica uma transferência do ônus da prova para o administrado, pois esta será um encargo da Administração Pública. O que a presunção de legitimidade transfere é apenas o encargo de acionar ou impugnar determinada decisão para atacar a presunção de validade de que esta se beneficia. Porém, tal impugnação poderá basear-se, exatamente, na falta de justificativa ou motivação daquele ato administrativo³⁶⁰.

357 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário - Página 4/6. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 686, 22 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6756>>. Acesso em: 2 nov. 2014.

358 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Discricionariedade administrativa. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 176

359 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Discricionariedade administrativa. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 174

360 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Discricionariedade administrativa. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 175

Diante de tudo isso, conclui-se que, em um Estado Constitucional de Direito, pautado pelo garantismo, o Poder Judiciário deve fazer uma análise de todos os atos da administração, inclusive os atos discricionários, podendo anular aqueles que, em concreto, apesar de respeitarem o âmbito discricionário concedido pela lei, acabam violando direitos fundamentais do cidadão.

Em suma, o Poder Judiciário deve realizar controle da legalidade em sentido amplo e não em sentido estrito, como propõe a doutrina clássica embasada em um direito avalorativo.

Para realização desse controle, no entanto, deve o poder judiciário utilizar-se de técnicas condizentes com a teoria garantista, ou seja, utilizando os conceitos de vigência, validade e eficácia condizentes com a teoria, conforme analisado anteriormente.

Os reflexos dessa técnica são observados nos elementos do ato administrativo. Assim, o Poder Judiciário pode declarar um ato como não vigente quando existir um vício nos elementos Competência e forma. Já quando houver vício nos elementos motivo, finalidade e causa, observa-se que o Poder Judiciário fará um juízo de valor com base em normas superiores e poderá anular o ato, tendo em vista que, mesmo que discricionário, o ato administrativo sempre estará vinculado aos direitos fundamentais. Caso haja algum vício em relação ao objeto do ato, o ato administrativo será inexistente.

Mas o reflexo não se limita a vinculação dos atos discricionários aos direitos fundamentais. Um Estado garantista não pode aceitar certos atributos que colocam a administração acima do estado. Assim, a presunção de legitimidade e veracidade, por exemplo, deve ser revista, impondo o ônus probatório para a administração pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

No presente trabalho, primeiramente, analisou-se os aspectos gerais dos atos administrativos. Nesse ponto, localizou-se o instituto na teoria do fato jurídico, alocando-o entre os atos jurídicos em sentido estrito. Após, analisou-se os fatos administrativos e os atos da administração.

Visto isso, entrou-se propriamente na análise do instituto do ato administrativo. Tentou-se formular um conceito de ato administrativo, bem como se analisou cada um dos atributos e elementos/requisitos do ato administrativo.

No terceiro capítulo, por sua vez, passou-se para a análise do ato administrativo discricionário. Para tanto, buscou-se formular um conceito de discricionariedade, assim como questionar se a discricionariedade seria um poder administrativo.

Depois, analisou-se os reflexos da discricionariedade no ato administrativo, classificando os atos em vinculados e discricionários. Ficou constatado que nenhum ato é totalmente discricionário, de modo que se analisou quais são os elementos que a lei pode facultar ao administrador fazer um juízo de mérito. Por fim, analisou-se o que é o mérito do ato administrativo discricionário.

Ainda no terceiro capítulo, buscou-se demonstrar como é feito o controle do ato administrativo discricionário, segundo a doutrina mais clássica. Nesse ponto, descreveu-se a importância do controle do Estado, bem como os dois tipos de controle: político e administrativo. Em seguida, fez-se uma breve análise do controle administrativo e adentrou-se no estudo do controle da administração pelo Poder Judiciário.

Ao estudar o controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário, constatou-se que, segundo a doutrina clássica, o Poder Judiciário deveria se ater ao controle da legalidade em sentido estrito, ou seja, deveria se ater ao controle apenas dos aspectos legais do ato sem fazer qualquer juízo de valor acerca do ato.

Nesse ponto, ainda se demonstrou como é feito o controle de legalidade, analisando os vícios possíveis de ocorrer em cada um dos elementos do ato e as teorias decorrentes desses vícios. Além disso, observou-se que o controle do mérito do ato caberia apenas a administração.

No quarto capítulo, buscou-se analisar o controle administrativo diante da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que ela acabou incorporando valores no direito positivo,

adotando uma forma de Estado distinta do antigo Estado Legislativo, qual seja, o Estado Constitucional de Direito.

Para tanto, em um primeiro momento, demonstrou-se a crise do antigo modelo de estado e do positivismo jurídico, teoria jurídica condizente com esse modelo de estado. Constatou-se, então, que surge um novo paradigma do direito, no qual moral e direito passam a se relacionar novamente.

Constatou-se também que surgiram duas teorias para explicar esse novo modelo: o neoconstitucionalismo e o garantismo. Buscou-se traçar, brevemente, a diferença entre as duas teorias e demonstrar que, atualmente, a doutrina e jurisprudência já vem aplicando o neoconstitucionalismo no controle do ato administrativo.

Em seguida passou-se a analisar o controle à luz da teoria do garantismo. Para isso, fez-se uma breve explicação dos aspectos gerais dessa teoria, explicando o que seria o Estado Constitucional de Direito. Após, analisou-se os conceitos de vigência, validade e eficácia de uma norma segundo o garantismo. Com esses novos conceitos, demonstrou-se como deve ser feito o controle do ato administrativo utilizando-se a teoria do garantismo.

Assim, diante de todo o exposto nesse trabalho, chegou-se a conclusão de que:

1. Atualmente o antigo modelo de Estado Legislativo embasado em um direito positivista foi superado pelo Estado Constitucional de Direito, no qual valores foram incorporados ao direito positivo.

2. Esse Estado atual possui como centro de todo o ordenamento a pessoa humana e não mais o próprio Estado, como o era anteriormente. Diante disso, positivou-se valores nas suas constituições, originando as garantias e os direitos fundamentais. Assim, faz-se necessária uma releitura de todo o direito com base na teoria do Garantismo.

3. Essa teoria, a fim de criar técnicas para o implemento dos direitos fundamentais na prática do direito, modificou os conceitos de vigência, validade e eficácia das normas. Agora o jurista pode fazer juízo de valor acerca da norma com base em valores positivados em uma norma superior.

4. Essa nova forma de analisar o direito deveria ter reflexos no direito administrativo, mormente no controle do ato administrativo. Isso porque, em um Estado garantista, todos os atos administrativos, mesmo os discricionários, deveriam ser vinculados aos direitos fundamentais e, além disso, todos eles deveriam estar sujeitos ao controle jurisdicional.

5. Diante dessa total vinculação da atividade administrativa aos direitos fundamentais, apesar de existir, em abstrato, a discricionariedade, o ato administrativo discricionário, no caso concreto, estará sempre vinculado aos direitos fundamentais.

6. Pelo fato de o ato administrativo estar sempre vinculado aos direitos fundamentais, o controle de legalidade estrito, embasado apenas na lei, passa a ser um controle de legalidade em sentido amplo, abarcando, além da lei, princípios e valores. O controle de legalidade, então, passou a ser um controle substancial.

7. A doutrina moderna tem aplicado controle com base em princípios, mas que esse entendimento não se coaduna com a teoria do garantismo e que diante disso faz-se necessária a criação um critério para o controle com base nessa teoria.

8. Utilizando-se do método proposto por Luiz Henrique Cademartori, o controle do ato administrativo deve ser feito com base nos novos conceitos de vigência, validade e eficácia:

Segundo os aspectos garantistas, a vigência de um ato administrativo é a sua conformidade procedimental em relação ao que estabelece uma norma superior; validade do ato administrativo é a sua conformidade com os valores positivados na norma superior; e a eficácia do ato administrativo é a sua observação de fato pelos destinatários ou aplicação de fato pelos órgãos competentes.

Dessa forma, o Poder Judiciário, para fazer o controle do ato administrativo, deve analisar cada um dos elementos do ato administrativo, observando a antinomia de cada um desses elementos em relação à uma norma superior.

Se algum ato administrativo não possuir objeto, ele será inexistente. Caso conste defeito nos elementos competência ou forma, o ato terá vício em sua vigência, já que não atendeu aos aspectos formais determinado em uma norma superior. Caso haja vício no motivo, objeto ou finalidade do ato administrativo, o ato será inválido.

Nesse ponto, conclui-se que o Poder Judiciário poderá invalidar um ato administrativo discricionário em que o administrador, apesar de agir dentro da legalidade estrito senso, acaba por violar direitos fundamentais e garantias do cidadão, ao fazer o juízo de mérito do ato.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995
- BORTOLI, Adriano de. *Legalidade administrativa e garantia dos direitos fundamentais: a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito*. 2011. 205 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011
- BRAZ, Petrônio. *Atos administrativos*. 2. ed. Leme/SP: Cronus, 2008
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2006
- CAMPOS, Diogo Fantinatti de. *Controle jurisdicional do ato administrativo. Uma abordagem teórica e evolutiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2444, 11 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14492>>. Acesso em: 3 nov. 2014
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973
- CRETELLA JR., José. *O “Desvio de Poder” na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2014
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012
- _____. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014
- FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Frense, 1967
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do direito penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

- _____. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. In: Anais do [Recurso eletrônico] IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst. - Curitiba, PR: ABDConst., 2011., disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>> acesso em: 19 de outubro de 2014
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991
- KNOPFHOLZ, Alexandre. *A crise do positivismo na pós-modernidade*. R. Jurídica, Curitiba, n. 24, Temática n. 8, p. 27-57, 2010-1
- MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. rev. ampl. ref. e atual. Niterói: Impetus, 2012
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário* - Página 4/6. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 686, 22 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6756>>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010
- MELO, Olivia Braz Vieira de. *O controle jurisdicional do ato administrativo discricionário à luz do princípio da juridicidade* - Página 5/5. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1179, 23 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8955>>. Acesso em: 2 nov. 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013
- MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999
- PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários*.

Campinas: Servanda, 2010

PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil, volume 1: Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011,

SPITZCOVSKY, Celso. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975

VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 2: execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais