

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ

FRANCISCO JARBERTY DE SOUSA SANTOS

DESVIO DE PODER

Controle jurisdicional do ato administrativo discricionário através dos princípios

Teresina (PI), 15 de dezembro 2017

FRANCISCO JARBERTY DE SOUSA SANTOS

DESVIO DE PODER

Controle jurisdicional do ato administrativo discricionário através dos princípios

Trabalho de conclusão de curso,
apresentado a Universidade Estadual do
Piauí, como requisito para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof(a) Liana Chaib

Teresina
2017.

FRANCISCO JARBERTY DE SOUSA SANTOS

DESVIO DE PODER

Controle jurisdicional do ato administrativo discricionário através dos princípios

Trabalho de conclusão de curso,
apresentado a Universidade Estadual do
Piauí, como requisito para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professora Liana Chaib - Orientadora

Prof.(a) Adeilda Coelho Resende

Prof.(a) João Ricardo Imperes de Lira

Teresina (PI), 15 de dezembro de 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela oportunidade de com vida e saúde poder apresentar este trabalho. Pela minha família, por todo apoio e carinho a mim distribuído. Pelos amigos que em mim depositaram a confiança desta conquista. Agradeço também aos professores desta instituição pela contribuição acadêmica e pessoal que me deram com suas orientações e por todos que muitas vezes invisíveis aos nossos olhos indiretamente também contribuíram para que as coisas funcionassem e me proporcionassem essa oportunidade.

Dedico este trabalho a todos aqueles que possam vê-lo como uma contribuição para o desenvolvimento do Direito e de um verdadeiro senso de justiça. Dedicar também àqueles que por mais desconhecedores da lei que são, agem em nome da honestidade, ou seja, da justiça do bom caráter. Aquela sim é a rainha dos princípios.

RESUMO

O Abuso de Poder como normalmente se conhece no mundo do direito é repleto de nuances que vai ser analisado de acordo com o caso concreto. No entanto podemos estudá-lo de forma a apresentar diversos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais do que é ou não permitido, do que é ou não imoral, do que é ou não impessoal. Explanaremos aqui a cerca do abuso de poder do Estado tanto em face de integrantes da máquina administrativa estatal. Trataremos aqui da espada punitiva não judicial mais usada para afastar, mesmo que indiretamente, os contrapositores de uma ideia ou de modo de pensar e agir. É a ferramenta de conforto imediato àqueles que detêm o poder e dele podem dispor para intimidar ou até mesmo prejudicar outro membro da repartição e/ou a coletividade. É um dos desvios mais absurdos no uso do Poder Público, pois foge completamente ao fim para o qual foi estabelecido.

Palavras-chave: poder, público, abuso, direito, judicial, organismo, administrativo.

ABSTRACT

The Abuse of Power as it is usually known in the world of law is full of nuances that will be analyzed according to the concrete case. However we can study it in order to present various doctrinal and jurisprudential teachings of what is permitted or not, what is immoral or not, what is impersonal or not. We will explain here about the abuse of power of the state both in the face of members of the state administrative machine. We will deal here with the non-judicial punitive sword most used to drive away, even if indirectly, the counterpositions of an idea or way of thinking and acting. It is the immediate comfort tool for those who hold power and can dispose of it to intimidate or even harm another member of the bureau and / or collectivity. It is one of the most absurd deviations in the use of the Public Power, because it completely escapes the purpose for which it was established.

Keywords: power, public, abuse, law, judicial, agency, administrative.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	11
1.1. Dos Atos Administrativos.....	12
1.1.1. Dos elementos do ato administrativo.....	13
1.1.1.1. <i>Competência</i>	14
1.1.1.2. <i>Forma</i>	14
1.1.1.3. <i>Finalidade</i>	14
1.1.1.4. <i>Motivo</i>	15
1.1.1.5. <i>Objeto</i>	16
1.1.2. Mérito administrativo.....	16
1.1.3. Discricionariedade e vinculação.....	18
1.1.4. Atributos dos atos administrativos.....	21
1.1.4.1. <i>Presunção de legitimidade dos atos administrativos</i>	21
1.1.4.2. <i>Autoexecutoriedade</i>	21
1.1.4.3. <i>Tipicidade</i>	22
1.1.4.4. <i>Imperatividade</i>	22
2. PRINCÍPIOS QUE REGEM O ATO ADMINISTRATIVO.....	23
2.1. Princípio da legalidade e juridicidade.....	23
2.2. Princípio da impessoalidade.....	24
2.3. Princípio da publicidade.....	25
2.4. Princípio da moralidade.....	25
2.5. Princípio da eficiência.....	26
2.6. Princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público.....	27
2.7. Princípio da motivação.....	30
2.8. Princípio da razoabilidade e proporcionalidade.....	31
2.9. Teoria dos motivos determinantes.....	32
3. CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS COM	
VÍCIOS DE FINALIDADE.....	35
3.1. Desvio de finalidade.....	36
3.2. Controle jurisdicional através dos princípios.....	39
3.3. Do lastro probatório.....	43

CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47

INTRODUÇÃO

O gerenciamento da máquina estatal se mostra de longe uma complexa gama de inter-relações, entre diversas pessoas que dão nome ao Estado em seu sentido orgânico. Dentre essas diversas nuances a se pensar, temos uma forte razão para tratarmos de uma temática bastante incômoda.

As relações de poder que o Estado concede a algumas pessoas muitas vezes gera confusão pessoal daquele que o detém. O poder estatal, via de regra, deve ser utilizado para realizações das suas finalidades legais a fim de dá exequibilidade ao que se presta, diante de seu papel constitucional. No entanto, este poder, concedido pelo Estado, ao ser humano, que irá dar executoriedade as fins propostos, por diversas vezes é utilizado de forma equivocada e dilaceradora aos olhos do direito. É um desperdício de tempo, de saúde mental, de energia emocional, de ânimos, de dinheiro público até, que, quando não muito, é utilizado com propósitos meramente pessoais de autoafirmação de poder em face de outros subalternos ou de particulares em posição inferior na escala de poder concedido pelo Estado.

O desvio de finalidade evidenciado nas práticas administrativas cotidianas leva a uma crise quase que total de credibilidade do Estado perante seus administrados. Grande parte desses desvios são praticados em meio à liberdade discricionária que a lei concede ao agente público na expedição de atos administrativos que de modo dissimulado os busca fazer transparecer legítimos.

Diante dessa gama de dificuldades em reconhecer e comprovar tais vícios é que se mostra imprescindível uma intervenção jurisdicional que ataque tais desvios em sua essência, seus princípios. A legalidade e/ou juridicidade, a impessoalidade, a moralidade, a finalidade, a motivação e etc. são apenas alguns dos muitos princípios que se mostram de imediato dilacerados pelo desvio finalidade praticado.

1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O funcionamento da máquina estatal se dá de forma um tanto que complexa. São diversas rotinas seguidas cotidianamente por diversos agentes públicos, dotados de competências funcionais especificamente designadas por lei, para atenderem a certa demanda de exigências e formalidades para que o serviço público seja usufruído, enfim, pela coletividade.

Olhando atentamente, percebe-se que a concretização das demandas públicas passa por uma série de etapas, e que cada uma dessas etapas passa por um processo decisório, e cada processo decisório é realizado por um agente público munido de determinada competência para tal. Sua capacidade decisória é tida como um poder, determinado por lei, dentro da máquina estatal.

Logo se evidencia que, a depender da natureza da demanda administrativa que se necessita, tem-se a prática de um ato administrativo correspondente, sendo que o citado ato será exercido por algum agente público possuidor de determinado poder decisório ou executório dentro de determinada repartição do poder público.

No que tange aos atos administrativos em questão, eles podem aparecer transfigurados de diversas formas, e enlaçados com os variados tipos de poderes administrativos existentes dentro da máquina de funcionamento estatal.

Os poderes administrativos, por sua vez, são divididos de acordo com a natureza típica dos tipos de atos mais praticados por determinada célula do poder. Para exemplificar temos: atos de caráter regulamentar/normativo praticados, em tese, por órgãos/entes com poderes para tal; atos, de caráter disciplinar, praticados em face do poder disciplinar existente dentro de determinado órgão; atos de polícia emitidos por órgãos com poder de polícia para tal, etc.

Ainda existem duas modalidades de poderes, que para alguns doutrinadores não se trata de um poder e sim de um mero atributo dos atos emitidos por outros poderes administrativos, são aqueles o poder discricionário e o poder vinculado e com estes vão juntos seus atos, que ora serão vinculados, ora discricionários, a depender do comando legal a respeito da demanda referente ao devido ato.

Com isso se pode perceber que atos e poderes administrativos andam de mãos dadas. Não há como analisar algum destes de modo absolutamente dissociado. Sempre que se falar em atos administrativos a ideia de poderes administrativos virá à tona.

Com isso em mente nota-se também, que ao olhar para a estrutura de um órgão público, que possui estrutura vertical de competências e atribuições, percebe-se que este age de modo a emitir diversos atos na realização de seu mister e que com isso também no mesmo órgão podemos enxergar vários poderes administrativos concomitantes.

Clareando de forma didática e exemplificativa citamos um exemplo: a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), funciona como um órgão regulador/fiscalizador da estrutura da Administração Indireta que tem suas atribuições designadas por lei. Esta agência tem poder de polícia e poder regulamentar na tipicidade de suas atribuições e em face de sua importância e enorme estrutura, carrega consigo também poderes hierárquicos e poderes disciplinares para organizar e coordenar suas atividades. Logo, se observa que diante da magnitude da atividade exercida por essa, se percebe que ela, de fato, pratica diversos atos administrativos, tanto em face de particulares, como em face de seus agentes internamente.

1.1. Dos atos administrativos

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ato administrativo é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Público. Olhando para o conceito, visualiza-se diversos elementos como: manifestação de vontade; praticada pela Administração Pública ou por quem lhe faça às vezes; sob o regime de direito público, com prerrogativas em relação ao particular; submissão ao controle judicial.¹

Alguns atos administrativos são desprovidos de manifestação de vontade com natureza meramente executória, sendo esses atos conhecidos apenas como fato administrativo. A demolição de um prédio interditado, a execução de um serviço de limpeza urbana e etc., são exemplos de meros fatos administrativos.

Não se pode confundir também atos administrativos com atos da administração, onde, estes últimos, são atos praticados pela administração perante

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30ª. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 132.

particulares, sem nenhuma prerrogativa ou privilégio sobre estes no tocante ao negócio jurídico celebrado, já que não são atos regidos pelo direito público.

1.1.1. Dos elementos do ato administrativo

Existe muita divergência doutrinária sobre os elementos do ato administrativo. Alguns autores discordam da nomenclatura que deve ser utilizada, sendo que alguns chamam de elementos, outros de requisitos, outros de aspectos e outros ainda preferem tratar tais vocábulos como sinônimos. Há divergência também no que diz respeito à quais são os elementos do ato administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello², por exemplo, afirma que os elementos do ato (considerados a realidade intrínseca do ato) são o conteúdo e a forma, e os pressupostos (exteriores ao ato) são de existência – objeto e a pertinência do ato ao exercício da função administrativa – e de validade – pressuposto subjetivo (sujeito), pressupostos objetivos (motivo e requisitos procedimentais), pressuposto teleológico (finalidade), pressuposto lógico (causa) e pressuposto formalístico (formalização).

A *Lei Ordinária nº 4.717 de 29 de junho de 1965*, no entanto, conhecida como a *Lei de Ação Popular*, apresenta, em seu art. 2º, ao tratar dos atos considerados nulos, cinco elementos do ato administrativo, quais sejam: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.³

1.1.1.1. Competência

Trata-se do poder decorrente da lei conferido ao agente administrativo para o desempenho regular de suas atribuições. Somente a lei pode determinar a competência dos agentes na exata medida necessária para alcançar os fins desejados. É um elemento sempre vinculado.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 375.

³ Art. 2º da Lei de Ação Popular: São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (a) incompetência; (b) vício de forma; (c) ilegalidade do objeto; (d) inexistência dos motivos; (e) desvio de finalidade.

Salvo melhor doutrina Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ enumera as principais características do elemento: exercício obrigatório para órgãos e agentes públicos; intransferível. Vale lembrar que a delegação permitida pela lei não transfere a competência, mas sim a execução temporária do ato; imodificável pela vontade do agente; imprescritível, já que o não exercício da competência não gera a sua extinção.

A Lei 9784/99 permite a delegação e a avocação dos atos administrativos. Contudo, em face do primeiro, a lei menciona:

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I – a edição de atos de caráter normativo;

II – a decisão de recursos administrativos;

III – as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

1.1.1.2. Forma

O ato deve respeitar a forma exigida para a sua prática. É a materialização, ou seja, como o ato se apresenta no mundo real. A regra na Administração Pública é que todos os atos são formais, diferentemente do direito privado que se aplica a liberdade das formas. É um elemento sempre vinculado, de acordo com a doutrina majoritária. Todos os atos, em regra, devem ser escritos e motivados. Excepcionalmente, podem ser praticados atos administrativos através de gestos e símbolos. Ex. semáforos de trânsito, apitos de policiais, etc.

1.1.1.3. Finalidade

Segundo os ensinamentos de Di Pietro, é o resultado que a Administração deve alcançar com a prática do ato. É aquilo que se pretende com o ato administrativo. De acordo com o princípio da finalidade, a Administração Pública deve buscar sempre o interesse público e, em uma análise mais restrita, a finalidade determinada pela lei. É um elemento sempre vinculado.

Assim, o elemento pode ser considerado em seu sentido amplo (qualquer atividade que busca o interesse público) ou restrito (resultado específico de

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 376.

determinada atividade previsto na lei). O vício no elemento finalidade gera o desvio de finalidade, que é uma modalidade de abuso de poder.

Como averba Bacellar Filho, finalidade é o resultado pretendido quando se pratica o ato. No caso do ato administrativo, toda finalidade deve ser pública, ou seja, ele deve ser expedido em estrita vinculação ao fim público expresso ou implícito na lei. Caso o ato não ostente finalidade pública, deverá ser reputado como inválido, podendo o agente incorrer em desvio de poder ou desvio de finalidade, que se verifica quando o administrador pratica um ato visando a um fim diverso do previsto, explícita ou implicitamente, na regra legal de competência.⁵

1.1.1.4. Motivo

Consiste na situação de fato e de direito que gera a necessidade da Administração em praticar o ato administrativo. O pressuposto de direito é a lei que baseia o ato administrativo, ao passo que o pressuposto de fato corresponde as circunstâncias, situações, acontecimentos, que levam a Administração a praticar o ato.

Não confundir motivo e motivação. Esta, por sua vez, é a demonstração dos motivos, ou seja, é a justificativa por escrito de que os pressupostos de fato realmente existiram.

Por fim, vale lembrar que o motivo pode ser discricionário ou vinculado.

O motivo deve estar previsto na lei explícita ou implicitamente. Se explícito, à autoridade não compete escolha; deve praticar o ato de acordo com o motivo, sempre que a hipótese se verificar. Não estando o motivo evidenciado na lei, cabe ao agente, no exercício da faculdade discricionária, escolher ou indicar o motivo, devidamente justificado.⁶

Ainda vale falar da possibilidade de o motivo ser um elemento vinculado na primeira situação narrada, ou discricionário na parte final de sua conclusão.

⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 33ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 67-68.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 267.

1.1.1.5. Objeto

É a modificação fática realizada pelo ato no mundo jurídico. São as inovações trazidas pelo ato na vida de seu destinatário. Exemplos:

Ato: licença para construir;

Objeto: permitir que o interessado edifique legitimamente;

Ato: Aplicação de multa;

Objeto: efetivar uma punição.

Segundo Fernanda Marinela⁷:

É o seu resultado prático; é ato em si mesmo considerado. Representa o efeito jurídico imediato que o ato produz, o que este decide, certifica, opina, atesta. Esse elemento configura a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe a processar. Para melhor identificação desse elemento, verifiquem-se os exemplos: em uma licença para construir, o objeto é o “permitir que o interessado edifique legitimamente – o concedo a licença”; na aplicação de uma multa, o objeto é a “aplicação efetiva da penalidade”; em uma nomeação, o objeto é o “admitir o indivíduo no serviço público – atribuir um cargo a alguém”. Portanto, o objeto corresponde ao efeito jurídico imediato do ato, ou seja, o resultado prático causado em uma esfera de direitos. Representa uma consequência para o mundo fático em que vivemos e, em decorrência dele, nasce, extingue-se, transforma-se um determinado direito.

1.1.2. Mérito administrativo

A doutrina atual ainda não consolidou um significado único para mérito do ato administrativo. A principal divergência existente diz respeito à extensão que deve ser dado a tal conceito. E essa delimitação do que é mérito é muito importante para o estudo do controle judicial da atuação administrativa discricionária, pois esta poderá ser maior ou menor dependendo do entendimento que se tem de até aonde vai o mérito dentro do ato administrativo.

Segundo Celso Antônio, mérito é:

O campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dado a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.⁸

⁷ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 106.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.38.

Justen Filho, por sua vez, afirma que a expressão mérito do ato administrativo deve ser utilizada para indicar o núcleo de natureza decisória que um ato administrativo discricionário possui, produzido por uma autorização legislativa. Nesses casos, a fiscalização poderá examinar os requisitos externos de regularidade da atuação discricionária, ou seja, poderá verificar se todos os requisitos legais procedimentais foram respeitados e se o agente público atuou visando à concretização dos direitos fundamentais, com a observância dos valores democráticos. No entanto, não se admite o controle sobre o juízo de conveniência e de oportunidade, inerente à atividade administrativa discricionária.⁹

Em belíssima obra Odete Medauar afirma, ainda, que o poder discricionário tem sua sede no mérito, que é a indagação da oportunidade e conveniência do ato, zona livre em que a vontade do administrador decide sobre situações mais adequadas ao interesse público.¹⁰

Sobre o assunto, Seabra Fagundes foi um dos primeiros autores brasileiros a tratar do tema mérito do ato administrativo. Para o autor, não é possível que haja controle judicial sobre o mérito, pois se trata do sentido político do ato administrativo.¹¹ Caso o juiz penetrasse no conhecimento do mérito, estaria ultrapassando o campo de apreciação jurídica (legalidade e legitimidade) que lhe é reservado por ser o órgão responsável pela preservação da ordem legal para adentrar no terreno da gestão política (discricionariedade), que é próprio dos órgãos do Poder Executivo.¹²

Para o autor, o mérito do ato administrativo pode ser encontrado no motivo do ato administrativo (utilidade e oportunidade), em seu objeto (modo de agir) ou em ambos, simultaneamente. Atualmente já se tem uma visão um pouco ampliada

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 746.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. *Poder discricionário da administração*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 610, p. 39-45, ago-1986, p. 42.

¹¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos..., op. cit., p. 121-127.

¹² Nesse sentido, temos a ementa do MS 12629/DF, julgado pela Terceira Seção do STJ, relator o Min. FELIX FISCHER, que dispõe: "MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. ATO DE REDISTRIBUIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. I – O ato de redistribuição de servido público é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço, levando em conta a conveniência e oportunidade da transferência do servidor para as novas entidades. II – O controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, eximindo-se o Judiciário de adentrar na análise do mérito do ato impugnado. Precedentes. Segurança denegada" (grifos nossos). Vide DJU 24.09.2007, p. 244.

do mérito do ato, podendo o mérito ser encontrado, ainda que com menor frequência, também da finalidade e na forma do ato administrativo.

No entanto, Di Pietro adverte que embora seja verdade que é proibido ao Poder Judiciário controlar o mérito administrativo, ou seja, o aspecto político do ato, não é aceitável, nas palavras da autora:

Usar-se o vocábulo mérito como escudo à atuação judicial em casos que, na realidade, envolvem questões de legalidade e moralidade administrativas. É necessário colocar a discricionariedade em seus devidos limites, para impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente em matéria de mérito.¹³ Assim, pode-se dizer que: (a) o mérito constitui o núcleo da discricionariedade administrativa; (b) diz respeito à conveniência e à oportunidade da Administração Pública em praticar ou não determinado ato e, em praticando-o, na escolha de quando e como praticá-lo; (c) é preponderantemente encontrado nos elementos objeto e motivo do ato administrativo, embora possa ser, excepcionalmente, encontrado também na sua finalidade e na sua forma.

1.1.3. Discricionariedade e vinculação

Muitos doutrinadores já trabalharam com a contraposição existente entre discricionariedade e vinculação da atuação administrativa. Tal distinção será importante para o tema principal deste trabalho, principalmente no que diz respeito à extensão do controle jurisdicional da atividade administrativa.

Primeiramente, seguindo o raciocínio de Justen Filho, o princípio da legalidade pode se manifestar de duas formas: (a) a determinação constitucional da estrita legalidade, que significa a supressão da competência normativa fora do Poder Legislativo para disciplinar determinado tema, ou seja, a impossibilidade de complementação da disciplina através do Poder Executivo e (b) a existência de uma margem de atuação autônoma, concedida pela lei, ao seu aplicador, ou seja, a atribuição ao aplicador de competência para identificar os pressupostos ou determinar comandos normativos para o caso concreto.¹⁴ No primeiro caso, tem-se a competência vinculada e, no segundo, o exercício da competência discricionária.¹⁵

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30ª. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 91.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 148-149.

¹⁵ Ao tratar de competência vinculada e discricionária, JUSTEN FILHO deixa claro que a expressão competência discricionária não indica existência de discricionariedade quanto à própria competência, mas quanto ao conteúdo da atuação do sujeito. É a partir desse entendimento que utilizamos, nesse ponto do trabalho, as expressões competência vinculada e competência discricionária.

Note-se que, na discricionariedade, a lei atribui ao aplicador o encargo de produzir a solução por meio de ponderação quanto às circunstâncias, ou seja, o dever-poder de realizar a escolha.¹⁶ Na vinculação tal escolha não é possível e o agente público deve se limitar à única possibilidade de atuação que a lei lhe impõe.

Celso Antônio Bandeira de Mello acrescenta que no ato vinculado¹⁷ não existe nenhuma liberdade atribuída ao agente administrativo, pois o comportamento deste já foi previamente especificado em lei. Ou seja, nesse caso, a lei regula a conduta a ser seguida pelo agente público prevendo de antemão e em termos estritamente objetivos, aferíveis objetivamente, quais as situações de fato que ensejarão o exercício de uma dada conduta e determinando, em seguida, de modo completo, qual o comportamento único que, perante aquela situação de fato, tem que ser obrigatoriamente tomado pelo agente.¹⁸ Já no ato discricionário a lei atribuiu certa margem de liberdade à Administração Pública, no momento de sua atuação, que poderá adotar a que lhe pareça a melhor medida frente ao caso concreto. E conclui o autor:

Esta relativa liberdade, ora enseja-lhe praticar ou não praticar o ato diante daquela situação, ora outorga-lhe competência para ajuizar sobre o momento adequado para fazê-lo, ora permiti-lhe uma opção quanto à forma que revestirá o ato, ora finalmente, autoriza-o a decidir sobre a providência a ser tomada, entre pelo menos duas alternativas abertas pela norma aplicanda.¹⁹

Di Pietro, por sua vez, diz que quando há vinculação, significa que a lei não deixou opções para a Administração Pública. Nesses casos, a lei fixa que o administrador deverá agir de uma forma determinada, diante de certos requisitos.

Portanto, a autora afirma que diante de um poder vinculado, o particular possui um direito subjetivo de exigir do agente público competente a edição de determinado ato. Caso não o faça, a Administração deverá sujeitar-se à correção judicial. Há outros casos, porém, em que a lei proporciona uma margem de decisão perante o caso concreto, permitindo a escolha, pelo administrador, de uma ou outra possibilidade com base em critério de conveniência e oportunidade da

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 155.

¹⁷ Para efeitos meramente didáticos trataremos em ato vinculado como sendo aquele preponderantemente vinculado e ato discricionário aquele preponderantemente discricionário, sabendo que não há atos puramente vinculados e discricionários, como visto anteriormente.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p.16.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...* op.cit., p.17.

Administração. É por isso que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites impostos pela lei.²⁰

Freitas, ao classificar os atos administrativos de acordo com a intensidade de subordinação à legalidade estrita, dividiu-os em atos administrativos propriamente ditos e atos administrativos discricionários. O primeiro foi conceituado como sendo aqueles de mais intenso condicionamento aos requisitos previamente estabelecidos pelo ordenamento, com escassa e residual liberdade de determinação do conteúdo das disposições normativas. Já o segundo foi tido como aqueles em que o agente público tem o dever (e não faculdade) de praticar, de acordo com a conveniência e oportunidade da Administração, buscando a melhor alternativa, sem se mostrar, contudo, alheio às consequências, no caso concreto.²¹

Ainda, Odete Medauar conclui que haverá vinculação quando a Administração toma decisões cuja necessidade e conteúdo estão estipulados na lei.

Nesses casos, o administrador não tem poder algum de apreciação, suas ações têm como objeto único e como resultado obrigatório a aplicação de disposições preexistentes a um caso determinado, pois está condicionada pela conduta ditada previamente pela norma jurídica.²²

Por fim, é necessário acrescentar que não existem tipos absolutos de vinculação ou de discricionariedade. Dentro de um mesmo ato, alguns aspectos são vinculados e outros discricionários. Segundo Justen Filho, trata-se de uma questão de grau, variável em cada norma e para cada situação em que a atividade será desenvolvida.²³

Assim, pode-se concluir que, por um lado, as faculdades de um órgão administrativo são vinculadas quando há a predominância de uma norma jurídica, de forma concreta, que define a conduta que o agente público deve seguir, isto é, quando o ordenamento jurídico determina especificamente o que um órgão deve fazer num caso concreto. E, por outro lado, as faculdades do órgão serão discricionárias quando houver a outorga de certa liberdade, concedida pela norma

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30ª. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 197.

²¹ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 32.

²² MEDAUAR, Odete. *Poder discricionário da administração*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 610, p. 42-43.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 171.

jurídica, para eleger, entre uma ou outra ação, para fazer de uma ou outra maneira, ou para ter ou não certa atitude. Portanto, pode-se afirmar que a atividade administrativa deve sempre atender ao interesse público, sendo que algumas vezes isso se dará através do que determina exatamente o legislador e outras vezes se dará por meio da apreciação do órgão que dita o ato.²⁴

1.1.4. Atributos dos atos administrativos

1.1.4.1. *Presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos*

Os atos administrativos são presumidos verdadeiros e legais até que se prove o contrário. Assim, a Administração não tem o ônus de provar que seus atos são legais e a situação que gerou a necessidade de sua prática realmente existiu, cabendo ao destinatário do ato o encargo de provar que o agente administrativo agiu de forma ilegítima. Este atributo está presente em todos os atos administrativos.

A presunção de veracidade tem fundamento na rapidez e agilidade na execução dos atos administrativos. No entanto, essa presunção tem natureza relativa, uma vez que pode ser desconstituída pela prova que deve ser produzida pelo interessado prejudicado. Ou seja, há uma inversão do ônus da prova, pois o particular prejudicado que possui o dever de provar que a Administração Pública contrariou a lei ou os fatos mencionados por ela não são verdadeiros.

Como consequências temos que até a sua desconstituição, o ato continua a produzir seus efeitos normalmente e tanto a Administração como o Poder Judiciário têm legitimidade para analisar as presunções mencionadas²⁵.

1.1.4.2. *Autoexecutoriedade*

Os atos administrativos podem ser executados pela própria Administração Pública diretamente, independentemente de autorização dos outros poderes. De acordo com a doutrina majoritária, o atributo da autoexecutoriedade não está

²⁴ GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais de direito público*. Tradução de: Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 169.

²⁵ MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 35º ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 109.

presente em todos os atos administrativos, mas somente quando a lei estabelecer. Ex. Contratos administrativos (retenção da caução quando houver prejuízo na prestação do serviço pelo particular). Em casos de urgência. Ex. Demolição de um prédio que coloca em risco a vida das pessoas.²⁶

1.1.4.3. Tipicidade

É o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras previamente definidas pela lei como aptas a produzir determinados efeitos. O presente atributo é uma verdadeira garantia ao particular, que impede a Administração de agir absolutamente de forma discricionária. Para tanto, o administrador somente pode exercer sua atividade nos termos estabelecidos na lei.

Somente está presente nos atos unilaterais. Não existe tipicidade em atos bilaterais, já que não há imposição de vontade da Administração perante a outra parte. É o caso dos contratos, onde a sua realização depende de aceitação da parte contrária.²⁷

1.1.4.4. Imperatividade

Os atos administrativos são impostos a todos independentemente da vontade do destinatário. De acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, rigorosamente, imperatividade traduz a possibilidade de a administração pública, unilateralmente, criar obrigações para os administrados, ou impor-lhe restrições. Este atributo decorre do poder extroverso do Estado, cuja principal característica é de impor seus atos independentemente da concordância do particular. Basta que o ato exista no mundo jurídico para que produza imperatividade.

No entanto, o atributo somente está presente nos atos que impõem ao particular obrigação (comandos administrativos). Há imperatividade, portanto, nos atos de apreensão de alimentos, interdição de estabelecimento etc.²⁸

²⁶ MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 35º ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 109.

²⁷ MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 35º ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 111.

²⁸ MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 35º ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 113.

2. DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O ATO ADMINISTRATIVO

2.1. Princípio da legalidade ou juridicidade

O princípio da legalidade está consagrado no *art. 37, caput, da Constituição Federal Brasileira de 1988*.

Segundo os ensinamentos de Seabra Fagundes, que impulsionaram os estudos a respeito do princípio da legalidade, todas as atividades da Administração são limitadas pela subordinação à ordem jurídica. E, indo além, dizia que não bastava que tivessem sempre como fonte a lei. Era preciso que fosse exercida segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados.²⁹

No entanto, é preciso lembrar que, atualmente, o princípio da legalidade deve ser considerado no seu sentido amplo, ou seja, mais do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele necessariamente deve estar subordinado também ao Direito como um todo, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais.³⁰

Di Pietro, nesse sentido, sustenta que, no Estado de Direito, a lei possui dois sentidos: um sentido formal, pelo fato de que emana do Poder Legislativo e um sentido material, porque é responsável por realizar os valores consagrados pela Constituição Federal, sob a forma de princípios fundamentais. Assim, a atividade administrativa não está mais submetida apenas à lei, em sentido formal, mas também no sentido material, ou seja, a todos os princípios que consagram valores contidos (expressos ou implícitos) na Constituição. Eles atuam de forma a limitar a discricionariedade administrativa. Se, no exercício da atuação administrativa, forem ultrapassados, configura-se ilícito da Administração e caberá revisão do ato por parte do Poder Judiciário.³¹

De acordo com Di Pietro, existem duas ideias principais que servem de base para esse princípio: (a) de um lado, a de que o único poder legítimo é o que resulta da vontade geral do povo, manifestada pela lei; (b) de outro lado, a ideia de

²⁹ FAGUNDES, M. Seabra. *Conceito de mérito no direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica de cinquenta anos – 1945-1991. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1995, p. 115.

³⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30ª. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 32-34.

separação dos poderes, que dá primazia ao Poder Legislativo, colocando os dois outros poderes sob a égide da lei.³²

2.2. Princípio da impessoalidade

Juntamente com o princípio da legalidade, o princípio da impessoalidade está expressamente previsto no *art. 37, caput, da Constituição Federal*.

Di Pietro afirma que existem dois sentidos a serem considerados quanto ao princípio da impessoalidade. Exigir impessoalidade administrativa, segundo a autora, tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração Pública. No primeiro caso, significa que o agente público não pode agir com o objetivo de beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas, já que é sempre o interesse público que deve nortear sua atuação.³³

No segundo caso, significa que os atos administrativos não são imputáveis ao administrador (pessoa física) que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa a que está subordinado. Assim, as realizações administrativas não são do funcionário ou da autoridade, mas do órgão ou da entidade pública em nome de quem as produziu.³⁴ Neste trabalho, estudaremos o princípio da impessoalidade no primeiro sentido dado pela autora.

Como assevera Antunes Rocha, o princípio da impessoalidade proíbe o subjetivismo na Administração Pública. A objetividade que deve reinar impede que se mostre ou prevaleça à face ou a alma do administrador ou do cidadão que com ela se relacione. Não há dúvidas de que a Administração é política, mas ela não pode ser partidária, pois se destina a toda a sociedade indistintamente. Os casos mais comuns de vícios de pessoalidade na Administração Pública, segundo a autora, são: nepotismo, partidarismo e promoção pessoal.³⁵

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30ª. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 15.

³³ O princípio da impessoalidade, considerado nesse primeiro sentido, se aproxima do princípio da supremacia do interesse público, que veremos adiante.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 62.

³⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 148-149.

2.3. Princípio da publicidade

Este princípio foi inserido também no *artigo 37, caput, da Constituição Federal*, exige que haja, primeiramente, uma ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública.³⁶ Além disso, tal princípio exige também, como bem lembra Bacellar Filho, transparência na atuação dos administradores, ensejando a moralidade administrativa, também constituída como princípio constitucional da Administração Pública, e incentivando a confiança dos cidadãos no Poder Público.³⁷

Sobre isso, Freitas dispõe que, para atender ao princípio da publicidade, o agente público precisa prestar contas de todos os seus atos e zelar para que tudo seja feito com a visibilidade do sol do meio-dia, para que possa preservar sua reputação. Somente lhe é permitido que assim não o faça em casos de excepcional e estrita exigência do interesse público (exemplo: questão de segurança nacional) ou da dignidade da pessoa humana.³⁸

Antunes Rocha, por fim, defende que existem duas faces no princípio da publicidade: (a) a primeira diz respeito àquela que se dirige ao público indistintamente, já tratada anteriormente por outros autores e (b) a segunda, de exigência mais dirigida ao cidadão que possui interesse específico no ato administrativo. Nesses casos, a Administração Pública tem o dever de apresentar o conhecimento de seu conteúdo ao interessado pela forma especial da notificação.³⁹

2.4. Princípio da moralidade

O citado princípio da moralidade administrativa está consagrado no *art. 37, caput, da Constituição Federal* e como averba Bacellar Filho, incide na esfera de certeza e segurança jurídica, através da garantia da lealdade e boa-fé tanto da

³⁶ Ressalvados as hipóteses de sigilo, devidamente previstas em lei.

³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 33ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 51.

³⁸ FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 70.

³⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 248.

Administração Pública, que recepciona os pleitos, quanto do destinatário de seus atos.⁴⁰

Segundo Di Pietro:

Sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.⁴¹

Note-se que a autora apresenta o princípio da moralidade como um princípio a ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. Dessa forma, a imoralidade administrativa pode acarretar a invalidade do ato, que poderá ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.⁴²

Sustentado por Figueiredo, o princípio da moralidade irá corresponder ao conjunto de regras de conduta (comportamentais) da Administração Pública que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os *standards* comportamentais que a coletividade considera como sendo o desejável.⁴³

Antunes Rocha ainda salienta a importância desse princípio ao afirmar que o serviço público tem que atender ao que é justo e honesto para a coletividade a que se destina. O Poder Público precisa agir segundo padrões normativos de justiça e justeza, esta configurada pela autora como sendo o conjunto de valores éticos que revelam a moralidade.⁴⁴

2.5. Princípio da eficiência

O princípio da eficiência foi explicitamente inserido na *Constituição Federal de 1988*, em seu art. 37, *caput*, como princípio da Administração Pública, pela *Emenda Constitucional nº19/98*.

⁴⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 33ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30ª. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 70.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 70-71.

⁴³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 56 e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 43.

⁴⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 191.

Para Di Pietro, tal princípio apresenta dois aspectos: (a) quanto ao modo de atuação do agente público, de quem se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para que se alcance o melhor resultado e (b) quanto ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.⁴⁵

De acordo com os ensinamentos de Bacellar Filho, eficiência quer significar realizar mais e melhor com menos, ou seja, atuar para alcançar o interesse público de maneira satisfatória e com qualidade, utilizando o mínimo necessário de suporte financeiro. Tal princípio, ao ser inserido como princípio constitucional, consagrou o entendimento de que todo ato, mesmo que discricionário, deve, respeitando-se certos limites, sofrer a incidência do controle judicial, o que reforça a necessidade de otimização da atividade administrativa.⁴⁶

No mesmo diapasão, Meirelles considera que a eficiência é o dever imposto a todo agente público e que o obriga a realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. A partir desse princípio, exigem-se resultados positivos para o serviço público, que deve atender de forma satisfatória às necessidades da comunidade e de seus membros.⁴⁷

Freitas ainda completa dizendo que na relação entre discricionariedade e os princípios da eficiência (fazer de modo certo), da eficácia (fazer o que deve ser feito) e da economicidade (otimizar a atuação estatal), o agente público está obrigado a ter como meta a melhor atuação.⁴⁸

2.6. Princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público

Em palavras luminosas Celso Antônio Bandeira de Mello diz, quem desatende ao fim legal desatende à própria lei.

De acordo com o esclarecimento do douto mestre o princípio da finalidade encontra proteção constitucional no princípio da legalidade em seu *art. 37, CF/88*. Também encontramos outra reserva constitucional no *art.5º, LXIX, CF/88*, que

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30ª. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 75.

⁴⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 33ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 54-55.

⁴⁷ MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 35º ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 91-92.

⁴⁸ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 29.

prevê o mandado de segurança, cabível contra ilegalidade ou abuso de poder. O abuso do poder é, pois, a extrapolação dos limites de atuação para qual a finalidade se destine o ato.

Os limites de atuação do administrador, público enquanto gerente dos recursos públicos (materiais e humanos), devem irremediável respeito aos princípios balizadores da Administração Pública. A supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público são sem dúvidas, muito embora existam outros destes decorrentes, as engrenagens motrizes de funcionamento da máquina administrativa estatal.

Esse princípio está presente tanto no momento de elaboração da lei como no momento de sua aplicação pela Administração Pública. Como afirma Di Pietro, ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.⁴⁹

A grande relevância desse princípio está no fato de que o interesse público é que irá reger a atuação do administrador. Como lembra Di Pietro, embora as normas de direito público protejam reflexamente o interesse individual, seu objetivo primordial é atender o bem-estar coletivo, ou seja, o interesse público.⁵⁰

Esclarece Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo⁵¹, quanto ao princípio da indisponibilidade do interesse público:

Em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público (a expressão interesse público é utilizada, aqui, em sentido amplo, abrangendo todo o patrimônio público e todos os direitos e interesses, imediatos ou mediatos, do povo em geral, único titular da coisa pública) são **vedados ao administrador quaisquer atos que impliquem renúncia à direitos do Poder Público ou que injustificadamente onerem a sociedade**. Trata-se de um princípio implícito, e dele decorrem diversos princípios expressos que norteiam a atividade da Administração, como o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade, o da eficiência.(...)

É mister frisar que o princípio da indisponibilidade do interesse público está diretamente presente em toda e qualquer atuação da Administração Pública, diferentemente do que ocorre com o princípio da supremacia do interesse público, que, de forma direta, fundamenta essencialmente os atos de império do Poder Público.(...)

o princípio da indisponibilidade do interesse público tem, no direito administrativo, estreita relação com o princípio da legalidade, não sendo raro o uso dessas expressões como se fossem sinônimas. Com efeito, justamente pelo fato de **não ser a titular da coisa pública, de não ter disposição sobre a coisa pública, toda atuação da Administração deve atender ao estabelecido na lei, único instrumento hábil a**

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30ª. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 59.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 60

⁵¹ ALEXANDRINO, Marcelo e Paulo, Vicente, *Direito Administrativo*, 25ª ed; rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2017, págs. 187, 194 e 449.

determinar o que seja de interesse público. Afinal, a lei é a manifestação legítima daquele a quem pertence a coisa pública: o povo. **O administrador não pode agir contrariamente ou além da lei, pretendendo impor o seu conceito pessoal de interesse público, sob pena de inquinar seus atos de desvio de finalidade.** Deve, simplesmente, dar fiel cumprimento à lei, gerindo a coisa pública conforme o que na lei estiver determinado, ciente de que desempenha o papel de mero gestor da coisa que não é sua, mas do povo.

Em palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵², tem-se a presença do princípio da supremacia do interesse público quando a lei confere a Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, por ter o objetivo de alcançar o interesse geral que não pode ceder perante o interesse individual.

Já o princípio da indisponibilidade do interesse público configura-se quando a Administração Pública por ser mera gestora, e não titular, de bens e interesses da coletividade, não poderá praticar atos que signifiquem renúncia a direitos do Poder Público.

Como claramente expõem Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁵³:

O administrador não pode agir contrariamente ou além da lei, pretendo impor o seu conceito pessoal de interesse público, sob pena de inquinar seus atos de desvio de finalidade. Deve simplesmente, dar fiel cumprimento à lei, gerindo a coisa pública conforme o que na lei estiver determinado, ciente de que desempenha o papel de mero gestor de coisa que não é sua, mas do povo.

Ainda afirma que a Administração deve atuar em direção a atender o que está disposto na lei, único instrumento hábil estabelecer o que seja de interesse público.

Melhor explicando, o desvio de finalidade ou de poder - uma das espécies de abuso de poder - ocorrerá quando a autoridade, mesmo agindo nos limites de sua competência, pratica o ato por razões ou finalidade distintos dos determinados pela lei ou cobrados pelo interesse público, gerando um vício insanável com a obrigatória nulidade do ato.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30ª. ed. São Paulo: Forense, 2017, pág. 65.

⁵³ ALEXANDRINO, Marcelo e Paulo, Vicente, *Direito Administrativo*, 25º ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2017, pág. 187.

2.7. Princípio da motivação

No entender da professora Di Pietro, o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Apesar de ainda haver alguma discordância sobre a obrigatoriedade ou não da motivação do ato administrativo, a autora é veemente em afirmar que a sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, pois se trata de formalidade necessária para que haja o controle de legalidade dos atos administrativos.⁵⁴

Em sentido convergente, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que a exigência de motivação dos atos administrativos deve ser tida como regra geral, pois os agentes administrativos não são 'donos' da coisa pública, mas somente gestores dos interesses da coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, 'todo o poder emana do povo (...) (art. 1º, parágrafo único). Assim, segundo o autor, parece óbvio que, num Estado que se qualifica como Democrático de Direito e que tem como um de seus fundamentos a cidadania (art. 1º, inciso II), os cidadãos têm o direito de saber por que tal ato foi praticado, isto é, os fundamentos que o justificam.⁵⁵

Como bem sintetiza Freitas, a motivação é escudo do cidadão contra arbitrariedades e desvios invertebrados.⁵⁶ Nesse mesmo sentido, Adilson Dallari diz:

A discricionariedade não é nenhum cheque em branco, nem uma palavra mágica. O Poder Judiciário pode e deve julgar a licitude de atos praticados no exercício e competência discricionária, para decretar nulidades do ato praticado com desbordamento dos limites da discricionariedade (...). Se o ato praticado não for devidamente motivado, se não for precedido de motivação explícita, não haverá como se proceder a uma verificação da consistência dos motivos que ensejaram a decisão tomada. A falta de motivação é um vício autônomo, capaz de ensejar a decretação da nulidade do ato. Sem explicitação dos motivos é quase impossível o controle da discricionariedade e do desvio de poder.⁵⁷

Assim, pode-se dizer que a observância do princípio da motivação tem duas importantes serventias: (a) em primeiro lugar, ela serve como autocontrole para o

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30ª. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 73.

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 384.

⁵⁶ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48.

⁵⁷ DALLARI, Adilson Abreu. *Controle do desvio do poder*. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. e LIMA, Liana Maria Taborda (coords.). *O abuso de poder do estado na atualidade*. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2006, p. 1-20, p. 5,15.

administrador que, por meio dela, é obrigado a estudar sua decisão tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista jurídico e (b) em segundo lugar, ela serve ao cidadão, que graças à motivação, passa a ter condições de averiguar a legalidade do ato administrativo. Percebe-se, portanto, que o princípio da motivação facilita e até mesmo possibilita o controle jurisdicional da atuação administrativa, sobretudo a discricionária.⁵⁸

2.8. Princípio da razoabilidade e proporcionalidade

Existe divergência na doutrina quanto ao princípio da proporcionalidade ser um princípio independente ou somente uma faceta da razoabilidade. Para este trabalho, entendeu-se melhor considerar o segundo posicionamento, ou seja, aquele que considera a proporcionalidade como parte do princípio da razoabilidade, seguindo assim, os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Para o douto autor, a proporcionalidade integra a razoabilidade, pois através dela o que se quer verificar é se a providência tomada diante de certo evento manteve-se nos limites necessários para atender à finalidade legal ou se foi mais intensa ou extensa que o necessário. E um ato que exceder o necessário não pode ser tido como razoável.⁵⁹

Antunes Rocha sustenta que, por razoabilidade, deve-se entender a existência, na atuação administrativa, de uma razão suficiente, justa e adequada, embasada em norma jurídica e visando à satisfação de uma necessidade social específica. Deve haver justeza na aplicação da norma jurídica pela pessoa estatal.⁶⁰

A respeito da proporcionalidade, Figueiredo afirma que ela é a direta adequação das medidas tomadas pelo administrador às necessidades da Administração. No entanto, a autora lembra que só se sacrificam interesses individuais para se alcançar interesses coletivos na medida da estrita necessidade,

⁵⁸ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 55.

⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 392.

⁶⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 113.

nunca indo além do que for realmente indispensável para a satisfação do interesse público.⁶¹

Da mesma forma, Freitas defende que o princípio da proporcionalidade quer significar que o Poder Público não pode agir nem com demasia nem de forma insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos ferem o princípio supracitado.⁶²

Freitas, em brilhante obra, sintetiza todos os princípios constitucionais administrativos em apenas um direito fundamental a ser buscado: o da boa administração pública. De acordo com o autor, tal direito acarreta o dever de observar, nas relações administrativas, a totalidade dos princípios constitucionais.

Assim, Freitas conceitua tal direito como sendo aquele direito que todo administrado possui de ter uma Administração Pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.⁶³

2.9. Teoria dos motivos determinantes

De acordo com Di Pietro, a teoria dos motivos determinantes prevê que a validade do ato se vincule aos motivos indicados como seu fundamento, de modo que, se estes forem falsos ou inexistentes, implicam a sua invalidade. Ou seja, os motivos apresentados pela Administração precisam ser verdadeiros para que o ato administrativo seja válido⁶⁴, mesmo nos casos em que o motivo não era obrigatório pela lei. Por exemplo, no caso de exoneração ad nutum, para qual a lei não define o motivo, se a Administração praticar tal ato e alegar que o fez por falta de verba e depois nomear outro funcionário para o cargo, o ato deverá ser considerado nulo por vício quanto ao motivo. Para examinar esse aspecto, o Judiciário deverá

⁶¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 50.

⁶² FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 56.

⁶³ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 79, 96.

⁶⁴ Nesse sentido, temos o REsp 725537/RS, julgado pela Quinta Turma do STJ, relator FELIX FISCHER, que dispõe: (...) I – Apesar de o ato de licenciamento de militar temporário se sujeitar à discricionariedade da Administração, é possível sua anulação quando o motivo que o consubstancia está eivado de vício. A vinculação do ato discricionário às suas razões baseia-se na Teoria dos Motivos Determinantes (...). Vide DJU 01.07.2005, p. 621.

apreciar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência e sua relação com o dispositivo legal.⁶⁵

Para Meirelles, a teoria dos motivos determinantes embasa-se na consideração de que os atos administrativos ficam vinculados, quando tiverem sua prática motivada, aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Nas palavras do autor, mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados.⁶⁶

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello averba que:

De acordo com essa teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de motivos de fato falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando (...) a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.⁶⁷

Além disso, o autor ainda explica que é o exame dos motivos do ato, tanto quanto à subsistência deles, como quanto à idoneidade que possuem, um dos meios hábeis para a contenção do agente público na esfera discricionária que lhe assista. O exame da existência ou da inexistência de motivos para a prática do ato não traz grandes dificuldades. O problema está na investigação do exame da valoração dos motivos, necessário para saber se estes eram ou não idôneos para decidir o agente na escolha do ato praticado.⁶⁸

Essa dificuldade existe porque muitas vezes a discricionariedade se encontra justamente na margem de liberdade dada ao administrador para que decida se o motivo ocorrido tem ou não relevância para ensejar a providência administrativa. Nesses casos, o Judiciário só poderá corrigir a decisão tomada pelo agente se ela for notoriamente desarrazoada, contrária ao senso comum. Além

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30ª. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 196-203.

⁶⁶ MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 35º ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182.

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 386.

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 295.

disso, para se chegar a uma conclusão, o juiz deve fazer uma aprofundada investigação dos fatos e da correlação entre os motivos e o ato praticado.⁶⁹

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 296, 297.

3. DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS COM VÍCIO DE FINALIDADE

De acordo com os ensinamentos de Seabra Fagundes, a finalidade do controle judicial da atividade administrativa é a proteção do indivíduo perante a Administração Pública, que, por vezes, ao entrar em contato com os indivíduos, tem a possibilidade de lhes violar direitos, por abuso ou por erro na aplicação da lei. O controle existe, assim, para conter a atuação da Administração dentro da ordem jurídica, de modo a assegurar ao indivíduo o pleno exercício de seus direitos.⁷⁰

Di Pietro⁷¹, por sua vez, afirma que, com relação aos atos vinculados, não há restrições quanto ao controle judicial, pois todos os elementos do ato são definidos em lei e caberá, portanto, ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei. Já com relação aos atos discricionários, o controle pelo Poder Judiciário é possível, mas, nas palavras da autora, terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. Pode-se dizer que, nesses casos, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e averiguar se a Administração não extrapolou os limites da discricionariedade concedida pela norma legal.

Assim, as técnicas de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa a serem apresentadas na presente monografia são, basicamente, o controle efetuado pelos princípios constitucionais administrativos, cujo desenvolvimento na doutrina brasileira é recente, e o controle de legalidade pelos elementos do ato administrativo, através da teoria do desvio de poder (referente ao controle da finalidade) e da teoria dos motivos determinantes (referente ao motivo), que já estão mais concretizadas na realidade jurídica brasileira.

⁷⁰ FAGUNDES, M. Seabra. *Conceito de mérito no direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica de cinquenta anos – 1945-1991. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1995, p. 135-136.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30ª. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 274.

3.1. Desvio de finalidade

A atuação administrativa é exercida para a concretização do interesse público, através de um poder criado e delimitado pelo ordenamento jurídico. Para o Direito Administrativo, o poder possui um caráter meramente instrumental, na medida em que sua utilidade e sentido resumem-se em instrumento necessário para o administrador, sem o qual este não pode cumprir com o dever que lhe foi atribuído: o dever de satisfazer o interesse público.

É a partir desse entendimento que Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o administrador não dispõe de poderes-deveres, mas de deveres-poderes, que deverão ser colocados em prática em prol da coletividade.⁷²

No entanto, frequentemente, no exercício da função administrativa, perde-se essa perspectiva natural, criando deformações, que sofrem sua mais perfeita contestação pela teoria do desvio de poder, como causa de invalidade dos atos administrativos.

Entende-se por desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe deve ser própria. O agente se sofisma do fim legal, afasta-se da finalidade que a lei lhe atribuiu. É, em suma, uma transgressão da lei.⁷³ Por isso o controle jurisdicional do desvio de poder é um controle de estrita legalidade. De modo algum agride a margem de liberdade administrativa, ou seja, a discricção que a lei haja conferido ao agente.⁷⁴

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o desvio de poder pode ser entendido como um descompasso entre a lei (norma abstrata) e o ato (norma individual). Sendo a norma abstrata condição de validade da norma individual, se o ato não está de acordo com a finalidade legal, deverá ser considerado inválido.⁷⁵

⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 54.

⁷³ Nesse sentido, temos o RMS 17081/PE, julgado pela Segunda Turma do STJ, relator HUMBERTO MARTINS, que dispõe, ao decidir sobre ato administrativo que suspendeu descontos de contribuição sindical em folha de pagamento por motivos de revidação política: "(...) 2. Ocorre desvio de poder e, portanto, invalidade, quando o agente serve-se de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado (...) ato abusivo que vai de encontro ao princípio da moralidade, impessoalidade e liberdade sindical, vistos nos arts. 37 e 8º, inciso I, da Constituição Federal, bem como art. 2º, item I, da Convenção 98 da OIT, ex vi do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (...)." DJU 09.03.2007, p. 297.

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 57.

⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...*, op. cit., p. 73

Ao se realizar uma investigação jurisdicional do desvio de poder não se está invadindo o campo de discricionariedade do agente administrativo, pois tal investigação não afeta o mérito do ato. Como dito, corresponde a um estrito exame de legalidade. Não há discricção, mas ilegalidade quando o agente se desvia de um fim legal, já que é sabido que inexistente discricionariedade que possa atuar em desacordo com a finalidade legal.⁷⁶

Nas palavras de Di Pietro:

O desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei.⁷⁷

Nesses casos, o agente tanto pode ofender a lei violando-a abertamente, como pode fazê-lo de modo disfarçado, a pretexto de atender o interesse público.

Nesse mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello é veemente ao afirmar que o desvio de poder é um vício objetivo e não subjetivo, porque reside no objetivo descompasso entre a finalidade da norma (algo objetivo) e a finalidade que o ato cumpre, de direito (algo também objetivo). No entanto, para o autor, é o desvio de intenção (fator subjetivo) que ocasiona a ocorrência do descompasso aludido.⁷⁸ Para o autor, portanto, é errônea a opinião de que o desvio de poder é um vício de intenção, um vício subjetivo. Para ele, não o é. É um vício objetivo, pois resulta do objetivo desacordo entre a competência utilizada e o fim categorial dela.

Assim, para o Direito Administrativo, não importa se o agente agiu de boa ou má-fé no exercício de suas funções. O que torna um ato inválido é o seu descompasso com a norma legal, independentemente de isso ter acontecido com ou sem intenção por parte do administrador público.

Para boa compreensão do conteúdo em xequê primeiramente será atacada a caracterização do desvio de poder.

A autoridade pública que pratica determinado ato tem competência para tal atribuição, mas, ao fazê-lo, comete erro quando se afasta do fim legal para buscar finalidade distinta daquela visada pela norma que lhe concedeu o poder de agir.

⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...*, op. cit., p. 81.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30^a. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 203.

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...*, op. cit., p. 63.

Nessa discrepância objetiva entre a finalidade do ato e a finalidade inserta na competência do agente público reside o instituto do desvio de poder.

Dotado de grande importância não somente para a Administração Pública, mas para a sociedade como um todo, o desvio de poder tem uma conotação na qual o elemento *fim* é posto em relevo, destacando-se, assim, a natureza precípua do instituto que se caracteriza justamente pelo afastamento da finalidade legal.

Cada ato tem uma finalidade em vista da qual a lei o concebeu. Por isso, por via dele somente pode-se buscar a finalidade que lhe é correspondente, segundo a norma legal.

O fim de todo ato administrativo, discricionário ou não, é o interesse público, ou seja, o fim almejado do ato administrativo é assegurar a ordem da Administração, que restaria comprometida se o fim fosse privado ou particular.

Com efeito, não é lícito à Administração Pública, desviar-se dos fins do ato administrativo, que se concretiza quando esta pratica ato de sua competência objetivando-se fim distinto do legalmente considerado como próprio da sua atribuição.

Caberia aqui analisar a intenção do agente público, com vistas a verificar se houve conformidade com o interesse geral ou, inversamente, se se prendeu a razões menores, pessoais e, ainda se, em praticando o ato no interesse geral, o realiza em atenção a razões estranhas à finalidade por que lhe foi outorgada a competência para praticá-lo.

Neste ponto se consta, que o desvio de poder não se limita às situações em que o agente age com má-fé. Via de regra, pode-se caracterizá-lo geralmente quando a intenção do agente encontra-se viciada, mas, pode haver desvio sem que haja má-fé.

Comumente, de fato, o desvio de finalidade se caracteriza pela existência do mencionado vício de intenção revestido pelo desejo de satisfação de vontade pessoal. Contudo, o ato da mesma forma encontra-se eivado de desvio de finalidade sempre que manter relação inadequada com a finalidade em vista da qual poderia ser praticado.⁷⁹

Em virtude da própria natureza do instituto, o campo da incidência do desvio de finalidade reside justamente nos atos administrativos discricionários praticados

⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 35.

pelo agente público, uma vez que neste lhe é possibilitado o poder de escolha dentre as opções delimitadas pela lei e quando tal escolha não atende aos motivos inerentes à essência da norma, incorre o agente em desvio de poder.⁸⁰

Após caracterização do desvio de poder, segue-se as suas modalidades.

Ocorre desvio de poder quando a competência para agir atribuída ao agente público é utilizada para alcançar finalidade alheia àquela para a qual ela foi instituída. Essa distorção de finalidade, segundo a doutrina, pode ocorrer nas seguintes modalidades: quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público; quando o agente público busca uma finalidade, ainda que de interesse público, porém, não é aquela específica da competência utilizada, isto é, não é o fim pré-determinado pela lei que dá validade ao ato administrativo e, por fim, quando o agente busca uma finalidade, seja alheia ao interesse público ou à categoria deste que o ato se revestiu, por meio de omissão.

Na primeira situação, o agente visando o interesse particular próprio ou de terceiro, ou seja, finalidade alheia ao interesse público pratica ato aparentemente legal sob o pretexto de alcançar o interesse da coletividade. Exemplificando, é o caso, de 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 antipatia ou inimizade por ele.⁸¹

A segunda situação ocorre quando o agente público, mesmo que visasse atender um objetivo interesse público, vale-se de categoria diversa da autorizada em lei para a prática daquele ato, revestindo-se assim seu ato de patente vício, uma vez que à Administração Pública só é lícito fazer o que a lei lhe permite por meio dos atos que esta lhe atribui a competência para editar. Na mesma linha do exemplo anteriormente citado, ocorre em situação na qual o agente remove um funcionário do local onde esteja lotado, que merecia uma punição disciplinar, para uma localidade mais afastada com o objetivo de castigá-lo. Sem perder de vista que a remoção é um instituto utilizado para preenchimento de vácuos na lotação não se prestando sua utilização ser feita a título de punição.⁸²

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30ª. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 249.

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30ª. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 254.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30ª. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 256.

Já a última modalidade ocorre quando a autoridade administrativa competente, contrariando o interesse público, simplesmente mantém-se inerte frente à pretensão do administrado. Em outras palavras, ocorre quando a Administração Pública recusa-se a manifestar, seja pelo deferimento ou indeferimento, acerca do pleiteado pelo particular. É o chamado desvio de poder por omissão. Ao omitir-se, o Poder Público age em desconformidade com a finalidade pretendida pela norma legal e a inobservância dessa finalidade, por sua vez, caracteriza ato arbitrário e configura desvio de poder.

3.2. Controle jurisdicional através dos princípios

Segundo Marçal Justen Filho, toda liberdade atribuída ao agente público precisa ser exercida de forma a haver sempre compatibilidade com os princípios jurídicos fundamentais. Para o autor, é preciso impregnar a atividade administrativa com o espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos princípios e valores ali consagrados. A supremacia da Constituição deve constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa.⁸³

Freitas acrescenta que:

Toda discricionariedade, exercida legitimamente, encontra-se, sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais, acima das regras concretizadoras. Nessa ordem de ideias, quando o administrador público age de modo inteiramente livre, já deixou de sê-lo. Tornou-se arbitrário. Quer dizer, a liberdade apenas se legitima ao fazer aquilo que os princípios constitucionais, entrelaçadamente, determinam.⁸⁴

Freitas afirma, ainda, que o maior engano está em supor que a vinculação se dá exclusivamente em relação ao princípio da legalidade estrita, quando é claro que deve ser mais abrangente, ou seja, o ato administrativo deve estar subordinado à totalidade dos princípios, sendo este, nas palavras do autor, um ideal irrecusável de que deve cuidar o estudioso e o aplicador do Direito Administrativo. O administrador jamais possui liberdade legítima e lícita para agir desvinculado dos princípios constitucionais do sistema⁸⁵, mesmo nos casos em

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13-14.

⁸⁴ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007., p. 8.

⁸⁵ Nesse sentido, temos o REsp 713537/GO, julgado pela Primeira Turma do STJ, relator LUIZ FUX, que dispõe: "(...) 3. In casu, o ato de improbidade se amolda à conduta prevista no art. 11, revelando autêntica lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo

que sua atuação guarde uma menor subordinação à legalidade estrita que os atos plenamente vinculados. Ou seja, qualquer ato discricionário pode e deve ser anulado se for lesivo ao conjunto dos princípios constitutivos do sistema jurídico.⁸⁶

Como bem conclui Celso Antônio Bandeira De Mello,

O princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.⁸⁷

Portanto, a violação de um princípio torna-se mais grave que a de uma norma qualquer, pois desatender a um princípio significa ofender não apenas um mandamento legal, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade, porque age contra todo o sistema, subvertendo seus valores fundamentais.⁸⁸

Nesse sentido, Freitas afirma que só será legítima a liberdade exercida de acordo com as regras e, acima delas, com os exigentes princípios constitucionais. Fora disso, nascerá, em maior ou menor grau, a arbitrariedade por ação ou omissão.⁸⁹

E completa o autor que o controle orientado pelos princípios constitucionais pressupõe o entendimento de que a Administração precisa estar em sintonia com a lei, mas, acima disso, precisa, de modo efetivo e eficaz, harmonizar-se empírica e constantemente com os princípios fundamentais do Direito Administrativo,⁹⁰ como veremos a seguir.

A jurisprudência é enfática na defesa dos princípios como requisito básico para corrigir atos viciados em sua finalidade, como consta:

em vista a contratação de assessores informais para exercerem cargos públicos sem a realização de concurso público (...)" (grifos nossos). Vide DJU 22.11.2007, p.188.

⁸⁶ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 129, 133.

⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 922-923.

⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *I...*, op. cit., p. 923.

⁸⁹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos...*, op. cit., p. 13.

⁹⁰ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos...*, op. cit., p. 23.

TJ-MA - AGRAVO REGIMENTAL AGR 28562011 MA (TJ-MA)

Data de publicação: 04/03/2011

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL - APELAÇÃO CÍVEL - **REMOÇÃO IMOTIVADA DE SERVIDOR** - ILEGALIDADE - ATO ADMINISTRATIVO NULO - POSSIBILIDADE DE EXAME PELO JUDICIÁRIO - RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE - APLICAÇÃO DO ARTIGO 557, DO CPC - MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE 1º GRAU POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. I - Com efeito, mais uma vez, ao analisarmos os presentes autos, não constatamos qualquer tipo de prova que demonstrasse de forma real e concreta, o uso da devida motivação no ato de **remoção** da agravada, aludido nas palavras do recorrente, para os fins de: "enriquecimento educacional e cultural dos povoados até então assistidos por pessoas não qualificadas, ou seja, os professores leigos", tal como afirmado pelo recorrente. II - Destarte, em qualquer ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, se foram respeitados os princípios norteadores da Administração, prescritos no art. 37 da constituição Federal, notadamente os da legalidade, moralidade e da impessoalidade. A relotação deve obrigatoriamente ser motivada, pois, somente assim, se poderá averiguar o cumprimento do princípio da impessoalidade. Do contrário, haverá desvio de finalidade do ato administrativo, prejudicando, ainda, o princípio da eficiência, o que é vedado pela legislação, já que não se atingirá, com a relotação da Impetrante, os fins públicos necessários, o que ficaria ao talante do impetrado, o deslocamento do **servidor**. III - Portanto, cabe ao Poder Judiciário interferir na correção dos atos administrativos que se apresentem em desconformidade com os fundamentos legais atinentes, tal como constatado na presente ação, uma vez que a Secretária Municipal de Educação Edwiges Bertrand Weba, realizou o ato de **remoção** da impetrante, sem, no entanto, apresentar a imprescindível motivação, configurando a ilegalidade outrora combatida pelo decisão de 1º grau, devendo a mesma ser mantida por seus próprios fundamentos. IV - Agravo conhecido e improvido. Unânime.⁹¹

Prosseguindo o raciocínio, a jurisprudência anota ainda:

TRF-2 - APELRE APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO REEX 201151200009055 (TRF-2)

Data de publicação: 05/03/2012

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. **REMOÇÃO DE OFÍCIO**. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. DESVIO DE FINALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. TEORIA DOS **MOTIVOS** DETERMINANTES. IMPROVIMENTO. 1. Cuida a hipótese de remessa necessária e de apelação interposta pela União Federal, atacando sentença que, nos autos de ação de conhecimento, sob o procedimento comum ordinário, julgou procedente o pedido deduzido na peça vestibular, anulando o ato administrativo de **remoção** do autor, bem assim condenando a demandada ao reembolso das custas recolhidas pelo demandante e ao pagamento de 10% (dez por cento) do valor da causa, a título de honorários de advogado. 2. Em regra, o Poder Judiciário não pode invadir a esfera do poder discricionário da Administração Pública quanto à conveniência ou oportunidade na ação administrativa, pois, em caso contrário, estaria substituindo, nos critérios próprios, a opção legítima

⁹¹<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=REMO%C3%87%C3%83O+DE+OF%C3%84DCIO.+MOTIVO>. Acesso: 19/11/2017.

feita pela autoridade competente. 3. O ato administrativo que remove servidor público ex officio deve sempre ser motivado. Sendo desmotivado, este ato será nulo. Embora nos casos de **remoção** ex officio de servidor público o interesse da Administração Pública se sobreponha ao interesse do servidor, faz-se necessário que a imperiosa necessidade do serviço público reste demonstrada no ato, para que seja preenchido um dos requisitos essenciais do ato administrativo, que é a finalidade pública, uma vez que a atividade da Administração Pública deve sempre estar voltada para a realização do interesse público. 4. In casu, a Administração Pública exorbitou as balizas legais que emolduram a sua atuação, sendo certo que a teoria dos **motivos** determinantes não restou observada de forma rigorosa. Tal teoria baseia-se no princípio de que o **motivo** do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade. Mesmo que um ato administrativo seja discricionário, não exigindo...⁹²

3.3. Do lastro probatório

No tocante ao lastro probatório os atos administrativos praticados com vício de finalidade normalmente não se revelam de fácil percepção. Sendo ilícitos e escusos, evidentemente serão praticados com certa cautela no tocante a não transparência. A intenção de quem o pratica é lesar a coletividade ou saciar um desejo pessoal, razão pela qual o agente procurará fazê-lo de modo bem camuflado.

Reconhecendo tamanha dificuldade, Hely Lopes Meirelles⁹³ se manifesta a respeito dizendo que:

A identificação desse vício será feita por meio da análise dos antecedentes do ato e à sua destinação presente e futura por quem o praticou. E afirma que a prova se dará por meio de indícios convergentes, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal. Dentre esses indícios está a falta de motivo ou a contradição dos motivos com o ato praticado.

Colaborando com seu ponto de vista, José Cretella Junior⁹⁴ suscita a seguinte indagação: (...) se a Administração Pública, que é o próprio Estado, se caracteriza por ser a entidade tutelar dos direitos, como entender que de fonte tão credenciada emane ato eivado de desvio de poder? E responde: Trata-se de vício resultante da manifestação do elemento volitivo humano.

⁹²<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Remo%C3%A7%C3%A3o+imotivada+de+servidor>. Acesso: 19/11/2017.

⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 35º ed., São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 115.

⁹⁴ Apud Filho, José dos Santos Carvalho, *Manual de Direito Administrativo*, 20º ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 42 e 43.

Logo em seguida apresenta alguns sintomas que indicam o desvio de finalidade. Chama sintoma qualquer traço interno ou externo, direto, indireto ou circunstancial que revele a distorção da vontade do agente público ao editar o ato, praticando-o não por motivo de interesse público, mas por motivo privado.

Assim descreve os sintomas⁹⁵: Contradição do ato com atos ou medidas posteriores; Contradição do ato com atos ou medidas anteriores; Motivação excessiva, contraditória ou insuficiente; Alteração dos fatos; Ilogicidade manifesta; Injustiça manifesta; Disparidade de tratamento; Derrogação de norma interna; Precipitação na edição do ato; Caráter sistemático de certas proibições; Circunstâncias locais que precederam a edição do ato; Convergência de feixe de indícios; Caráter geral dado à medida que deveria ter permanecido.

Munido de tais sintomas é que o julgador avaliará, no caso concreto, qual princípio está sendo lesionado e a decisão de mérito mais adequada a satisfação do direito.

Ademais a jurisprudência é consonante no sentido de que, mesmo em não respeitando estritamente a destinação designada em determinado dispositivo normativo, ainda assim não resta caracterizado o desvio de finalidade se o interesse público permanecer resguardado. Logo, alegar divergência entre o dispositivo normativo autorizador de certo ato administrativo e o objeto final conseguido com o ato pode não ser elemento de prova suficiente do desvio de finalidade, pois o que se está em voga é o interesse público. É o que vemos no julgamento a seguir:

STJ-RECURSO ESPECIAL Nº 841.399 - SP (2006/0076228-5)

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RETROCESSÃO. DESVIO DE FINALIDADE PÚBLICA DE BEM DESAPROPRIADO. DECRETO EXPROPRIATÓRIO. CRIAÇÃO DE PARQUE ECOLÓGICO. NAOEFETIVAÇÃO. BENS DESTINADOS AO ATENDIMENTO DE FINALIDADE PÚBLICA DIVERSA. TREDESTINAÇÃO LÍCITA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À RETROCESSÃO OU A PERDAS E DANOS.

1. A retrocessão é o instituto por meio do qual ao expropriado é lícito pleitear as consequências pelo fato de o imóvel não ter sido utilizado para os fins declarados no decreto expropriatório. Nessas hipóteses, a lei permite que a parte que foi despojada do seu direito de propriedade possa reivindicá-lo e, diante da impossibilidade de fazê-lo (ad

⁹⁵ CRETELLA JUNIOR, José, *Curso de Direito Administrativo*, 17ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000, p. 229.

impossibilita nemo tenetur), venha postular em juízo a reparação pelas perdas e danos sofridos.

2. In casu, o Tribunal a quo com ampla cognição de matéria fático-probatória, cujo reexame é vedado ao E. STJ, a teor do disposto na Súmula n.º 07/STJ, assentou que, muito embora não cumprida a destinação prevista no decreto expropriatório - criação de Parque Ecológico -, não houve desvio de finalidade haja vista que o interesse público permaneceu resguardado com cessão da área expropriada para fins de criação de um centro de pesquisas ambientais, um pólo industrial metal, mecânico e um terminal intermodal de cargas rodoviário.

3. Assim, em não tendo havido o desvio de finalidade, uma vez que, muito embora não efetivada a criação de Parque Ecológico, conforme constante do decreto expropriatório, a área desapropriada foi utilizada para o atingimento de outra finalidade pública, não há vício algum que enseje ao particular ação de retrocessão ou, sequer, o direito a perdas e danos. Precedentes.

4. Inexistente o direito à retrocessão, uma vez que inocorreu desvio de finalidade do ato, os expropriados não fazem jus à percepção de indenização por perdas e danos.

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental para negar provimento ao agravo regimental.

ACÓRDAO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e negou-lhe provimento, nos termos do voto do (a) Sr (a). Ministro (a)-Relator (a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.⁹⁶

⁹⁶<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16976500/embargos-de-declaracao-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-nos-edcl-no-resp-841399-sp-2006-0076228-5/inteiro-teor-19134926>. Acesso: 22/11/2017.

CONCLUSÃO

Os atos administrativos eivados de vícios de finalidade em desfavor do interesse público, via de regra, serão a todo custo mascarados por quem o pratica e o ônus da prova caberá a quem o alega, devendo a todo esforço serem combatidos. Não se admite a afronta apenas ao texto objetivo da lei, mas também aos princípios nela implícitos.

É dado ao gestor público, em nome da sociedade, o poder para gerir os recursos a que esta dispõe, desse modo, a tutela do interesse público é o que objetiva a competência que lhe foi atribuída pela lei.

Sendo assim, todas as ardilosasidades e vicissitudes que o capricho humano possa externar através do gerente público deve ser frenado pela própria Administração ou pelo judiciário naquilo que lhe for cabível controlar.

Quem atua no Poder Público com a intenção, mesmo que eventual, de viciar o ato administrativo não o fará de forma evidente, buscará camuflar a todo custo. Cabe ao legislador ordinário e ao Poder Judiciário desenvolver ferramentas que facilitem à caracterização desses desvios de conduta administrativa. Nesse diapasão o Poder Judiciário abraça os princípios que se encontram espalhados como um todo pelo ordenamento jurídico pátrio para buscar anular e desestimular condutas que porventura venham a ferir tão contundentemente seus pilares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo e Paulo, Vicente, **Direito Administrativo**, 25° ed; rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2017.

Apud Filho, José dos Santos Carvalho, **Manual de Direito Administrativo**, 31° ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 33ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

CRETELLA JUNIOR, José, **Curso de Direito Administrativo**, 17ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

DALLARI, Adilson Abreu. **Controle do desvio do poder**. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. e LIMA, Liana Maria Taborda (coords.). **O abuso de poder do estado na atualidade**. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30ª. ed. São Paulo: Forense, 2017.

FAGUNDES, M. Seabra. **Conceito de mérito no direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica de cinquenta anos – 1945-1991. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16976500/embargos-de-declaracao-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-edcl-nos-edcl-no-resp-841399-sp-2006-0076228-5/inteiro-teor-19134926>. Postagem:2006, acesso: 19/11/2017.

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Remo%C3%A7%C3%A3o+imotivada+de+servidor>. Postagem 2011, acesso: 19/11/2017.

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=REMO%C3%87%C3%83O+D+OF%C3%8DCIO.+MOTIVO>. Postagem 2014, acesso: 22/11/2017

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

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDAUAR, Odete. **Poder discricionário da administração**. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 2, p. 38-45, ago-2013.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 35º ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

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