



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
- UFMT
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO
ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

NILTON SÉRGIO LOURENÇO

**DISCRICIONARIEDADE COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO
INTERESSE PÚBLICO**

**CUIABÁ/MT
Novembro/2011**

NILTON SÉRGIO LOURENÇO

**DISCRICIONARIEDADE COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO
INTERESSE PÚBLICO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso, como requisito parcial para obtenção do título, de Especialista em Direito Administrativo e Administração Pública, sob a orientação da Professora Fabiana Curi.

CUIABÁ/MT
Novembro/2011

NILTON SÉRGIO LOURENÇO

**DISCRICIONARIEDADE COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO
INTERESSE PÚBLICO**

Monografia de curso de especialização em Direito Administrativo e Administração Pública do
Centro de Pós Graduação Lato Sensu da Universidade Federal de Mato Grosso.

Banca Examinadora:

.....

.....

.....

.....

Conceito:.....

Cuiabá,..... de.....de 2011.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, pela oportunidade de aperfeiçoar meu futuro profissional e por todo o cuidado dedicado à família. A minha esposa Ana Paula e aos meus filhos Camila e Yago pela paciência e oportunidade de vivenciarmos juntos esta jornada maravilhosa, a vida.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus pela oportunidade de finalizar um curso de especialização, aos professores pela dedicação nesta maravilhosa tarefa de transmitir conhecimento e indicar caminhos.

RESUMO

O estudo monográfico em questão enfoca o poder discricionário na concretização dos interesses coletivos, em uma sociedade complexa de diversidades múltiplas e de conflitos de interesses, opiniões, valores e expectativas. Para delinear os contornos do que seja interesse público e de como manifesta a vontade estatal por meio da discricionariedade necessário se fez trazer elementos conceituais de Direito Administrativo, doutrinários e jurisprudenciais sobre o Estado democrático sua organização política e administrativa, os poderes, prerrogativas legais, que dispõe o agente público no exercício da função pública, etc. Destacamos a importância do poder discricionário como instrumento concretizador do interesse público e as limitações que o Estado encontra para sua eficácia plena, indicando que este poderá ser superado com a participação social na gestão pública, na formação e delineamento dos interesses que devem permear os atos públicos na efetivação dos reais anseios da sociedade.

Palavras chave:

Poder discricionário – Interesse Público – Gestão Pública

ABSTRACT

The monographic study in question focuses on discretion in the realization of collective interests in a complex society of multiple diversities and conflicts of interests, opinions, values and expectations. To delineate the contours of what constitutes public interest and the will as expressed through discretion the state became necessary to bring conceptual elements of administrative law, doctrine and jurisprudence on the democratic political organization and administrative powers, legal prerogatives, which available to the public official in the exercise of public function, etc.. We stress the importance of discretion as a means of concretizing the public interest and the limitations that the State is to fully effective, indicating that this can be overcome with social participation in public management, training and design of interests that should permeate the public acts in the recognition of real needs of society.

Keywords:

Discretion – Public Interest – Public Management

SUMÁRIO

FOLHA DE APROVAÇÃO.....	2
DEDICATÓRIA.....	3
AGRADECIMENTO.....	4
RESUMO.....	5
ABSTRACT.....	6
SUMÁRIO.....	7
INTRODUÇÃO	8
CAPITULO I - ORGANIZAÇÃO POLÍTICA ADMINISTRATIVA.....	12
1.1. O ESTADO	12
1.2. PODERES E FUNÇÕES	15
1.3. ÓRGÃO E AGENTES PÚBLICOS	17
1.3.1. Órgãos Públicos	17
1.3.2. Agentes Públicos	19
CAPÍTULO II - PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	23
2.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	24
2.2. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE	25
2.3. PRINCÍPIO DA MORALIDADE.....	26
2.4. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	27
2.5. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	28
2.6. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PUBLICO	28
2.7. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO	30
2.8. PRINCÍPIOS PROPORCIONALIDADE.....	30
2.9. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.....	32
CAPÍTULO III - PODERES E DEVERES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	35
3.1. PODER DE POLICIA.....	35
3.2. PODER VINCULADO.....	38
3.3. PODER HIERÁRQUICO	38
3.4. PODER REGULAMENTAR	39
3.5. PODER DISCRICIONÁRIO.....	41
3.6. PODER-DEVER DE AGIR	46
3.7. DEVER DE PROBIDADE	48
3.8. DEVER DE EFICIÊNCIA	48
3.9. DEVER DE PRESTAR CONTAS.....	49
CAPÍTULO IV - ATO ADMINISTRATIVO	50
CAPÍTULO V - DISCRICIONARIEDADE E A CONCRETIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
REFERENCIAS BIBLIOGRAFIAS	66

INTRODUÇÃO

Com a evolução do Estado de direito, o surgimento da democracia e a participação do próprio povo no poder, senhor legítimo deste, atribuiu-se a este sentido e limites para sua atuação, impondo a ele a razão de ser. No contexto democrático essa é a razão pela garantia da promoção dos direitos fundamentais, da participação política e representatividade na formação da vontade estatal. Na medida em que o Estado fuja desta razão de ser, perde sua legitimidade perante a sociedade.

É no Estado representativo, garantido por uma ordem constitucional, pelo qual se atribui aos indivíduos e à coletividade, o poder de tomar decisões relativas às atividades estatais.

Neste contexto o Estado se organiza política e administrativamente, adotando o sistema de freios e contrapesos, “Teoria da Separação dos Poderes”, proposta por Montesquieu, em que visa moderar o Poder do Estado dividindo-o em funções e dando competências a órgãos diferentes do Estado. Ao Poder Legislativo, função normativa, Poder Judiciário, função jurisdicional e ao Poder Executivo a função administrativa.

A função administrativa é exercida pelo Estado ou por seus delegados, é infra-legal, ativa, hierarquizada, com vistas a realização do interesse público, é a gestão dos interesses coletivos na sua mais variada dimensão

O Estado, ente personalizado, pessoa jurídica reconhecida no âmbito internacional e interno, manifesta sua vontade através de seus agentes, ou seja, as pessoas físicas que pertencem a seus quadros. Estes por sua vez estão agrupados em repartições internas, necessárias a sua organização, e tais repartições constituem os órgãos (CARVALHO FILHO, 2010).

Sendo os órgãos centros de competências e os agentes responsáveis pela exteriorização da vontade do Estado, denota-se a necessidade de estruturação para que o agente atue de forma hierarquizada, com a subdelegação necessária e especificidades, num ordenamento jurídico predeterminado, promover o necessário equilíbrio entre o direito dos administrados e os privilégios da Administração Pública.

Como diretriz a fim de nortear a conduta do Estado no exercício da atividade administrativa, encontram-se os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, implícitos e explícitos em nosso ordenamento.

Princípio como o da legalidade, fundamento do Estado democrático de direito, tendo por fim combater o poder arbitrário do Estado, donde não se concebe sua ação sem que esteja prevista em um dispositivo legal, e despida de objetivo em sintonia com as previsões legais. Coroa-se com isso o princípio da legalidade, fazendo com que a atuação estatal seja vinculada.

Princípios outros como o da moralidade, eficiência, razoabilidade, etc, exprimem os valores e idéias nucleares de todo o sistema jurídico, balizadores de toda atividade Estatal.

Outro princípio que merece destaque é o da supremacia do interesse público, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente no momento da elaboração da lei como também no momento de sua execução em concreto pela Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta a função específica das normas de direito público: atender os interesses públicos, o bem-estar coletivo.

O interesse público, no sentido ideológico, confunde-se com o bem comum, quando designa a preocupação com valores essenciais à existência digna, mediante a diminuição das desigualdades sociais. Essa concepção parece vir ao encontro das funções do Estado e, conseqüentemente, da Administração Pública com é entendida hoje, pois ela permite 'o ressurgimento do indivíduo, como centro das liberdade e direitos, através da sociedade em que vive e à qual não deseja renunciar, que devem procurar permitir-lhe gozar efetivamente desses direitos e liberdades, em um jogo de razoável e justa conveniência' (1991, p. 60).

Na concretização do interesse publico a Administração Pública utiliza como instrumentos ou mecanismo capaz de lhe permitir atingir os fins que colima, poderes ou prerrogativas especiais de direito publico, dentre os quais destacaremos o poder discricionário.

Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público (CARVALHO FILHO, 2010, p. 54).

Conveniência e oportunidade são os elementos nucleares do poder discricionário. A primeira indica em que condições vai se conduzir o agente; a segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida. Esta liberdade de escolha, no entanto, deve conformar-se como fim colimado na lei.

Discricionariedade é a margem de 'liberdade' que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistente de razoabilidade, um , dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adota a solução mais adequada à satisfação da finalidade

legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca a situação vertente (MELLO, 2005, p. 902).

O que se observa, no entanto, que se utilizando desta liberdade, elemento nuclear da discricionariedade, se comete os abusos e desvios de poder, afastando a conduta de sua finalidade as quais todos os atos administrativos estão adstritos, ao interesse público.

O desvio de poder é a conduta mais visível nos atos discricionários. Decore desse fato a dificuldade na obtenção da prova efetiva do desvio, sobretudo porque a ilegitimidade vem dissimulada sob a aparência da perfeita legalidade. ‘Trata-se, pois de um vício particularmente censurável, já que se traduz em comportamento soez, insidioso. A autoridade atua embuçada em pretense interesse público, ocultando destarte seu malicioso desígnio’ (MELLO, 2005,).

Noutros momentos, embora o ato encontra-se revestido de todas suas formalidades, é na definição do que seja interesse públicos, e também na dificuldade de se escolher, dentre duas ou mais ação concretas válidas, que se estabelece o grande desafio do administrador em determinar qual ação dará maior efetividade aos interesses da coletividade.

Há que se questionar então se a discricionariedade, prerrogativa da Administração Pública, é por si só instrumento capaz da concretização efetiva dos interesses da coletividade.

É neste contexto que se deslumbra se a participação direta da sociedade no momento da definição do ato que se pretenda concretizar não é a forma de se garantir, através da discricionariedade administrativa, uma maior concretude aos interesses coletivos, em sua mais ampla acepção.

Podemos citar nesse diapasão o chamado orçamento participativo, em que a população participa da elaboração e execução do orçamento em seu município.

O entendimento deste instituto jurídico em seus aspectos intrínseco e extrínseco e de suas relações é de fundamental importância não só por aqueles que atuam na área do direito, mas também pelo cidadão comum que vem sendo “intimado” a participar continuamente da gestão pública num estado democrático de direito cujas diretrizes foram determinadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A esse respeito, discricionariedade, encontramos um número elevadíssimo de trabalhos, cujos autores desenvolvem teorias diversificadas e linhas específicas de análise, diferentes pontos de partida e metodologia, o que muitas vezes dificulta a compreensão e o entendimento deste como instrumento de concretização dos interesses da sociedade.

Essa temática é de fundamental importância à Administração Pública em especial ao Executivo cuja função precípua é a atuação direta junto aos administrados, cidadão, exercendo a administração do Estado, executando direta ou indiretamente programas ou prestações de serviços públicos, intervindo na atuação privada com a inserção das políticas públicas determinadas pelo poder Estatal vigente.

O presente trabalho tem como objetivo principal o de compreender o instituto da discricionariedade frente à concretização do interesse público, organizado e sistematizado por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, para que num recorte contudístico, seja possível compreendê-lo e analisá-lo o sobre o enfoque de instrumento de concretização do interesse público.

Todo o desenvolvimento do estudo prende-se de forma resumida aos tópicos mais importantes do Direito Administrativo, de sua organização e construção, traçando um liame em todo sistema, necessário para compreensão deste instituto, do Poder Discricionário; contando com a seguinte estrutura:

O capítulo I, a Organização Política Administrativa.

O capítulo II, os Princípios da Administração pública.

O capítulo III, os Poderes e Deveres na Administração Pública

O capítulo IV, Ato Administrativo.

O capítulo V enfoca toda a dinâmica de estudo, desenvolvendo a linha de raciocínio sobre Discricionariedade e Concretização do Interesse Público.

CAPÍTULO I

ORGANIZAÇÃO POLÍTICA ADMINISTRATIVA

1.1. O ESTADO

O Estado é uma das mais complexas instituições sociais criadas ao longo da história, e assim como a sociedade não é estática, evoluindo ao longo da história. Sua formação e seus elementos podem ser observado nas definições dos cientista que ao longo do tempo procuram entende-la.

Max Weber elaborou uma definição largamente utilizada pelos cientistas político, possui em sua definição um vinculo maior com um elemento político, levando à noção de força, para ele, Estado é “uma instituição política que, dirigida por um governo soberano, detém o monopólio da força física, em determinado território, subordinando a sociedade que nele vive”. Sob um outro ponto encontram-se aqueles que entendem predominar na noção de Estado, elementos inerentes ao direito, não descartando para tanto o elemento político, mas tão somente encarar a ordem jurídica com elemento organizador de fatores não-juridicos ou sociais, para então se chegar ao conceito de Estado. Ronelletti a partir de sua noção social de Estado afirma ser este “um povo fixado num território e organizado sob um poder supremo originário de império, para atuar com ação unitária os seus próprios fins coletivos”. Jullinek, traz mais dois elementos à definição de Estado, a idéia de corporação, organização das pessoas sob a luz da ordem jurídica, em busca da realização dos objetivos da coletividade e o poder de mando, o meio originário e eficaz do estado para fazer valer suas determinações sociais. Trazendo todos esses elementos essenciais, para um conjugação entre os elementos jurídicos e não jurídicos em uma mesma definição o eminente doutrinador Dalmo Dallari assim conceituou “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de povo situado em determinado território” (CALEGARI, 2011, s/p).

Paulo Nader, em Introdução ao Estudo do Direito, define: “Estado é um complexo político, social e jurídico, que envolve a administração de uma sociedade estabelecida em caráter permanente em um território e dotado de poder autônomo” (1995, p. 153) (g.f).

Com a evolução desta instituição juntamente com a sociedade, chegamos hoje ao que chamamos de Estado de Direito, o qual tem em seu esteio um Estado submetido ao

regramento, assim de um individuo até a potência pública estão sob o crivo do ordenamento jurídico.

[...] Estado de Direito, noção que se baseia na regra de que ao mesmo tempo em o Estado cria o direito deve sujeitar-se a ele. A formula do *rule of law* prosperou de tal forma que no mundo jurídico ocidental foi ela guindada a verdadeiro postulado fundamental (CARVALHO FILHO, 2010, p. 2).

A evolução do Estado de direito, o surgimento da democracia e a idéia de participação, apontam para a ciclicidade, ou seja, antes firmado como ente isolado, autoritário e desregulamentado quanto às suas ações, passa por mutações de fomento popular. Isto é, o próprio povo, na medida em que começa a atribuir ao Estado sentido e limites para sua atuação, impõe a ele a razão de ser. E no contexto democrático, essa razão não é outra senão a garantia da promoção dos direitos fundamentais e da participação política e representatividade na formação da vontade estatal. Na medida em que o Estado fuja desta razão de ser, perde sua legitimidade perante a sociedade.

O fundamental a caracterização do Estado de Direito é a proteção efetiva ao chamados direitos humanos. Para que esse objetivo seja alcançado é necessário que o Estado se estruture de acordo com o clássico modelo dos poderes independentes e harmônicos; que a ordem jurídica seja um todo coerente e bem definido; que o Estado se apresente não apenas como poder sancionador, mas como pessoa jurídica portadora de obrigações. A plenitude do Estado de Direito pressupõe, em fim, a participação do povo na administração pública, pela escolha dos seus legítimos representantes (NADER, 1995, p. 162-163).

Desde o advento das teorias do Estado, sobretudo a contratualista, buscou-se justificar a existência e atividade estatal com supedâneo na atribuição de seus poderes pelo povo. Investido de poderes, estaria apto a exercer suas funções, mas tão somente em razão de tal atribuição, que estaria vinculado ao interesses que o mesmo povo desejaria ver concretizados.

Com efeito, é esse Estado, limitado por normas que enaltecem, sobretudo, as garantias individuais, e limitam a intervenção na esfera privada, que se veio a denominar “Estado de Direito”. Esse é, pois, o Estado constitucional, pois é de sua essência a preservação e promoção dos direitos que são tido e resguardados com inerentes ao ser humano. Sem dúvida, há também outros aspectos que caracterizam e que também passam pela sua própria estrutura, como forma de limitar e melhor organizar suas ações; é de se citar, por exemplo, a teoria da separação das funções, que viabilizou o mecanismo de *checks and*

balances, evitando o exercício de um poder concentrado e totalitário. Mas acima de tudo, é na positivação dos direitos fundamentais que se encontram a essência do Estado de Direito (MELLO, 2005).

Nestes sentido vejamos as palavras do ilustre professor Jose Afonso da Silva quando da caracterização do Estado Democrático de Direito:

O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre perspectiva de realizações sociais profundas pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana (2005, p. 120).

A idéia de cidadania surge da participação nos procedimentos instituídos para se chegar às decisões coletivas. A cidadania é da essência do regime democrático e constitui imprescindível soma de direitos fundamentais, entre eles os direitos políticos, para que se possa garantir que os procedimentos de tomada de decisão espelhem a vontade do povo. Digase, mais, que a cidadania hoje, não é mais vista de forma isolada, isto é, como um direito por si só, em plano abstrato e realizável por meio de simples texto legal.

É o Estado representativo, garantido por uma ordem constitucional que assegura os direitos individuais espelha, por excelência, o regime política democrático, pelo qual se atribui aos indivíduos e à coletividade, o poder de tomar decisões relativas às atividades estatais.

A democracia se mostra como regime político mais adequado à sociedades modernas, afinal, do extenso leque de interesses ora coincidentes, ora concorrentes, que se interpõe no cenário social, somente um sistema que permite a participação de toda a coletividade consegue se manter a salvo de rebeliões e insurreições e por ela ser respeitado.

No entanto, neste cenário complexo, que se instala o grande desafio da efetiva concretização do interesse da coletividade e justiça social pela atuação dos agentes públicos, revestidos de poderes e de instrumentos como a discricionariedade.

Neste contexto a Administração Pública se organiza se estrutura, como veremos a seguir, para a efetividade de sua razão de ser, garantir a promoção dos direitos fundamentais e da dignidade do ser humano, pela participação política e representatividade na formação da vontade estatal do estado.

1.2. PODERES E FUNÇÕES

Conforme explicitado acima o Estado compõem-se de Poderes, segmentos estruturais em que se divide o poder geral e abstrato decorrente da soberania.

Integram a organização política do Estado visando ao mesmo tempo a especialização no exercício das funções estatais e a impedir a concentração de todo o poder do Estado nas mãos de uma única pessoa ou Órgão. Assim deverá haver o necessário equilíbrio, de forma a ser evitada a supremacia de qualquer deles sobre o outro.

Os poderes do Estado figuram de forma expressa em nossa constituição: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

A cada um dos poderes foi atribuída determinada função: Poder legislativo, função normativa, Poder Judiciário, função jurisdicional e ao Poder Executivo a função administrativa.

Há que ressaltar que não temos exclusividade de função pelos Poderes. Há sim, preponderância. De sorte que cada um dos Poderes não se limita a exercer as funções estatais que são típicas, mas também desempenha funções atípicas, isto é, assemelhadas a funções típicas de outros Poderes. O Poder Judiciário, por exemplo, exerce sua função típica, jurisdicional, e também as funções, atípicas a sua função preponderante, função administrativa e normativa.

A Função Administrativa, é como exposto uma das funções básica do Estado, é caracterizada em confronto com a função legislativa e jurisdicional. Para José dos Santos Carvalho Filho “[...] a função administrativa tem sido considerada de caráter residual, sendo, pois aquela que não representa a formulação da regra legal nem a composição de lides in concreto” (CARVALHO FILHO, 2010, p.5).

A função administrativa é ativa, independe da provocação do cidadão para ser exercitada, diferentemente do que ocorre com a jurisdicional. É subordinada a lei, atividade infra-legal, que não inova a ordem jurídica, diversamente da função legislativa.

A função administrativa é exercida pelo Estado ou por seus delegados, ativa, hierarquizada, com vistas a realização do interesse público, é a gestão dos interesses coletivos na sua mais variada dimensão.

A função administrativa sob o ponto de vista material, pelo qual se examina o conteúdo da atividade, é exercida pelos três poderes, porém, de modo preponderante pelo executivo.

O exercício concreto desta função se dá através da Administração Pública, que num sentido amplo abrange os órgãos de governo que exercem função política e também os órgãos e pessoas jurídicas que exercem função meramente administrativa.

A doutrina dominante conceitua Administração Pública sob dois aspectos, objetivo e subjetivo. Em sentido objetivo, material ou funcional, a administração pública pode ser definida com a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob o regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos. Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, pode-se definir Administração Pública, como sendo o conjunto de órgãos e de pessoas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

Ainda sob o ângulo subjetivo a administração pública não deve ser confundida com qualquer dos Poderes estruturais do Estado, sobretudo o Poder Executivo, embora seja este por excelência o administrador, pois em qualquer dos Poderes, todos os órgãos e agentes vinculados a que estejam exercendo função administrativa, serão integrantes da Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2010).

A organização do Estado brasileiro é constitucional e sua estruturação é administrativa, portanto, as entidades estatais, com autonomia política, são exclusivamente a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as demais entidades que constituem a Administração Pública tem finalidade instrumental (BRASIL, 1988).

Acerca disso, Diógenes Gasparini, assim manifesta:

[...] organizado o Estado Federal, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que integra, através respectivamente, da constituição estadual e lei orgânica dos municípios, procedem, por lei, à estruturação das Administrações Públicas correspondentes, com a criação dos respectivos órgãos encarregados do desempenho de atribuições específicas. Essa organização tem, esquematicamente, a forma piramidal, em cujo vértice está o mais alto dos órgãos que a compõe, ocupando, por sua vez, pela autoridade máxima (GASPARINI, 1988, p. 31).

Marcelo Alexandrino arremata:

O Brasil adota o critério formal de administração pública. Portanto somente é administração pública, juridicamente, aquilo que nosso direito assim considera, não importa atividade que exerça. A administração pública, segundo nosso ordenamento jurídico, é integrada exclusivamente: (a) pelos órgãos integrantes da denominada administração direta (são órgãos integrantes da estrutura de uma

pessoal política que exerce, função administrativa); e (b) pelas entidades da administração indireta (ALEXANDRINO, 2009, p. 19).

No tocante especificamente a Administração Federal encontramos o Decreto-Lei 200/67 que dispõe sobre a organização da administração federal.

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas

Destacamos ainda o artigo 37 da constituição brasileira.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Desse modo, a Administração Pública, na visão formal referida acima, compreende uma estrutura hierárquica e funcional que fundamenta e organiza, de forma objetiva, todas as suas atividades, onde cada órgão e seus agente são dotados de competência específica distribuída em estruturas observando suas especificidades, que objetiva facilitar o fluxo operacional de suas atividades, empregando agilidade e eficácia aos seus propósitos que num contexto teleológico é o interesse coletivo.

1.3. ÓRGÃO E AGENTES PÚBLICOS

1.3.1. Órgãos Públicos

O Estado, ente personalizado, pessoa jurídica reconhecida no âmbito internacional e interno, manifesta sua vontade através de seus agentes, ou seja as pessoas físicas que pertencem a seus quadros, estes por sua vez estão agrupados em repartições internas, necessárias a sua organização, tais repartições constituem os órgão (CARVALHO FILHO, 2010).

Órgãos públicos são centros de competência instituídos para o desempenho de função estatal, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. Unidades integrantes da estrutura de uma mesma pessoa jurídica nas quais são

agrupadas competências a serem exercidas por meio de agentes públicos. Órgãos não possuem personalidade jurídica, sendo apenas partes integrantes de uma pessoa jurídica. Órgãos são despersonalizados. União, Estados, DF e Municípios possuem personalidade jurídica da mesma forma que as entidades que compõem a administração indireta, quais sejam, autarquias, fundações públicas de direito público, fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista. Todos eles são pessoas jurídicas (BRASIL, 1988, DECRETO-LEI 200/67).

Três teorias buscam explicar ou justificar a atribuição ao Estado, e as pessoas jurídicas de direito público em geral, dos atos das pessoas naturais que agem em nome delas, já que não possuem vontade própria. É fundamental essa compreensão para que se estabeleça a presunção de que o ato foi praticado em nome do Estado.

1. A teoria do mandato – considerava o agente público como mandatário do Estado, podendo agir em nome deste, conforme suas convicções. Não prosperou, pois, o Estado, que não tem vontade própria, não seria capaz de passar a procuração. 2. A teoria da representação – considerava o agente como representante do Estado, assim como o tutor dos incapazes. Mas não se podia aceitar que o incapaz outorgasse validamente a sua própria representação. Além disso, se o Estado era incapaz, como seria possível atribuir-lhe responsabilidade? Esta também foi abandonada, pois a idéia de que o Estado não responderia pelos atos de seus agentes era inaceitável. 3. A teoria do órgão - idealizada pelo jurista alemão Otto Gierke, as pessoas jurídicas expressam suas vontades por meio de seus órgãos, que, por sua vez, são titularizados pelos agentes públicos (pessoas físicas). Teoria esta amplamente adotada pela doutrina e jurisprudência pátria, assim podemos conceituar Órgãos públicos como sendo centros de competência criados para o desempenho de funções do Estado, por meio de seus agentes, cuja atuação é atribuída à pessoa jurídica a que pertencem (DI PIETRO, 2003).

Maria Sylvia Di Pietro (2003), explica que esta teoria é utilizada para justificar a validade dos atos praticados por funcionário de fato, pois considera que o ato por ele praticado é ato do órgão, imputável, portanto, à administração.

É o fenômeno da imputação, conhecido também como princípio da imputação volitiva, ou seja, a vontade do agente público é imputada ao órgão e, em última análise, à pessoa jurídica em cuja estrutura encontra-se integrado este órgão.

Os órgãos não possuem personalidade jurídica, pois constituem meras partições internas das entidades que integram. As ações das entidades de direito público, uma vez que pessoas jurídicas não possuem vontade própria, concretizam-se por meio dos seus agentes,

estes, sim, pessoas físicas que exprimem sua vontade. A teoria do órgão, atualmente adotada no sistema jurídico, veio substituir as teorias do mandato e da representação. Ela é um dos fundamentos da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, buscando explicar como se podem atribuir ao Estado os atos praticados por pessoas físicas que agem em seu nome.

Hely Lopes Meirelles (2002) conceitua os órgãos públicos como centros de competência, instituídos para o desempenho de funções estatais, por meio de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem.

A Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo na esfera federal, deixa claro a existência de órgão, tanto no âmbito da administração direta e indireta bem como sedimenta a distinção que na doutrina a muito vinha se adotando entre órgão, centro de competências despersonalizado de entidade, expressão utilizada para designar pessoas jurídicas em geral (ALEXANDRINO, 2009).

Lei 9.784/1999

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

§ 1º Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.

§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;

II - entidade - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;

III - autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.

1.3.2. Agentes Públicos

Como visto anteriormente agentes são os elementos físicos da Administração Pública. Não se pode conceber a administração sem sua presença, já que este é o responsável pela exteriorização da vontade daquele, o Estado.

Agentes públicos, tem sentido amplo, designa o conjunto de pessoas físicas que exercem função pública no âmbito do Estado. Função Pública é a atribuição, encargo ou competência, criadas por lei, para o exercício de determinada atividade de natureza pública, pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica. A Lei 8429/1992 em seu artigo 2º. firmou conceito bem abrangente:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

O eminente doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello enfatiza a importância da construção sistemática para caracterização de agente público já que repercussões jurídicas advirão, a exemplo quanto a definição da responsabilidade do Estado seja ela objetiva ou não, se não vejamos:

A noção de agente público não é construção sistemática de caráter meramente acadêmico, mas tem repercussão no ordenamento jurídico positivo. Com efeito, é ela que deve ser tomada como ponto de partida – e não o conceito de servidor público ou funcionário público – para o subsequente reconhecimento de que pode ser caracterizado com sujeito passivo de mandato de segurança (2005, p. 228).

Tendo em vista a abrangência que o termo apresenta, agrupando uma variedade de sujeito, há que reconhecer a existência de grupos que guardam entre si semelhanças. Assim a doutrina pátria, não unânime, faz uma classificação de natureza didática, formando um sistema lógico de identificação.

Tomaremos por base a classificação proposta Celso Antonio Bandeira de Mello no qual partiu da classificação proposta por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, inserindo elementos de outros renomados doutrinadores por nós pesquisado.

Passamos então a discorrer de forma sucinta: **Agente político** – exercem funções públicas da estrutura constitucional do Estado e desempenham atividades fundamentais e estratégicas na estrutura dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. No poder executivo – são os chefes do executivo (presidente, governador, prefeito) e seus auxiliares diretos (ministros e secretários estaduais). No Legislativo (senadores; deputados federais, estaduais e distritais; e vereadores). No Judiciário (os ministros de tribunais superiores, desembargadores, juizes titulares e substituto. Para alguns doutrinadores, além desses deve-se acrescentar os membros do Ministério Público (procuradores de justiça e promotores), os membros do Tribunal de Contas. Uma minoria ainda acrescenta os procuradores de estado e defensores públicos. Esses agentes são remunerados por meio de subsídio. **Servidores Estatais** (agentes administrativos) – são os agentes que possuem relação de trabalho com a administração pública direta e indireta. Essa relação de trabalho é de natureza profissional, não-eventual e

com vínculo de subordinação. São espécies de servidores estatais: a) os **servidores públicos** (concursados - titulares de cargos públicos, cargos em comissão e temporários); b) **empregado público** – funcionários da administração direta, das autarquias e fundações públicas regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); c) **empregados de empresas estatais** – empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista regidos pela CLT (MELLO, 2005).

Sendo os órgãos centros de competências e sendo os agentes responsáveis pela exteriorização da vontade do Estado, denota-se a necessidade de estruturação para que o agente atue de forma hierarquizada, com a subdelegação necessária e com suas especificidades. A Administração Pública, então, se estrutura funcionalmente criando cargos em carreiras, cargos isolados e funções remunerantes de uma mesma pessoal federativa ou de seus órgão internos. Marcelo Alexandrino exprime de forma resumida este contexto.

O agente público, pessoa física, não deve ser confundido com a figura do órgão administrativo, centro de competência despersonalizado. O agente desempenha suas atribuições num dado órgão, ocupando um cargo público ou mesmo uma mera função (sem cargo público). O agente atua em nome do órgão e sua atuação é imputada a pessoa jurídica a que ele, órgão, pertença (União, Estados, DF, Municípios). Agente e órgãos são figuras distintas, tanto que o Estado pode suprimir o cargo, a função ou o próprio órgão sem nenhuma ofensa aos direitos de seus agentes. Pode, ainda, ocorrer o contrário, o desaparecimento do agente sem nenhuma interferência na existência do órgão (ALEXANDRINO, 2005, p.124).

Cargo Público é o lugar dentro da organização funcional da Administração direta e indireta que, ocupado por servidor público tem funções específicas e remuneração fixada em lei ou diploma a ela equivalente. Nos termos do artigo 3º. da Lei 8112/1990, “Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”.

A função pública é a atividade em si mesma, é a competência, atribuição ou encargo para o exercício de determinada função. Importante saber que essa função não é livre, devendo portanto, estar o seu exercício sujeito ao interesse público, da coletividade ou da Administração. Segundo Maria Sylvia Z. Di Pietro, função "é o conjunto de atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego" (2003, p. 438).

Todo cargo tem funções, porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação de tarefas, competências do servidor. No entanto, nem toda função pressupõe a existência de cargo.

O Cargo ao ser criado já pressupõe as funções. Não pode ser instituído cargo com funções aleatórias ou indefinidas: é previa a indicação das funções que confere garantia ao servidor e ao Poder Público. Por tal motivo, é ilegítimo o denominado de desvio de função, fato habitualmente encontrado nos órgãos administrativos, que consiste no exercício, pelo servidor, de função relativas a outro cargo, que não o que ocupa efetivamente (CARVALHO FILHO, 2010).

Cabe ao administrador público, agente público, a defesa, conservação e o aprimoramento de atividades de interesse coletivo, com base num ordenamento jurídico predeterminado, visando a promover o necessário equilíbrio entre o direito dos administrados e os privilégios da Administração Pública.

Assim preceitua Hely Lopes Meirelles:

[...] impõe-se ao administrador a obrigação de cumprir fielmente preceitos do Direito e da Moral administrativa que regem sua atuação. Ao ser investido em função pública ou cargo público, todo agente de poder assume para com a coletividade o compromisso de bem servi-lo, porque outro não é o desejo do povo, como legítimo destinatário dos bens, serviços e interesses administrados pelo Estado (2002, p.84).

A supremacia do interesse público é a finalidade da atividade administrativa, que não pode ser exercida para prejudicar ou beneficiar determinada pessoa, haja vista que o público é despersonalizado, é impessoal como beneficiário.

A Administração Pública não é privilégio, mas um dever que os mandatários aceitam para garantir, via suas atividades, o bem maior de todos, o bem comum. No interesse público, entendido como todas as aspirações da comunidade, esta a finalidade última da atividade administrativa, haja vista sua natureza. Também, para o cumprimento de sua razão de ser, são lhes conferidos poderes administrativos, dos quais trataremos em breve, que não constituem vantagens, mas são instrumentos para o exercício de suas atividades, seu não é incondicionado, eles devem ser empregados segundo as normas legais, aos princípios, a moral e na medida que forem necessário para satisfazer o interesse público.

CAPÍTULO II

PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Princípios representam as diretrizes mestras de determinado sistema, os valores e idéias nucleares que lhe conferem um sentido lógico e racional, condicionando todas suas estruturação subseqüentes. Os princípios, no ordenamento jurídico, podem estar previstos de forma explícita, quando veiculados em determinada norma, ou implícita, quando resultam da interpretação sistemática das normas que compõem o ordenamento jurídico.

Princípios administrativos norteiam a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas. Não se pode encontrar qualquer instituto do Direito Administrativo que não seja informado pelos respectivos princípios.

Os princípios são as idéias centrais de um sistema, estabelecendo sua diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional, o que possibilita uma adequada compreensão de sua estrutura. Os princípios determina o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria normativa (ALEXANDRINO, 2009, p. 189).

José dos Santos Carvalho Filho, no estudo da configuração das normas jurídicas, cita a doutrina de Robert Alexi e Ronaldo Doworkin, quando trata da classificação das normas jurídicas, as quais segundo os autores admitem duas configurações básicas:

[...] os princípios e as regras. As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no plano da validade, aplicáveis ambas a uma mesma situação, uma delas apenas a regulara, atribuindo-se à outra o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não se excluem do ordenamento jurídico na hipótese de conflito: dotado que são de determinado valor ou razão, o conflito entre eles admite a adoção de critério da ponderação de valores (ou interesses), vale dizer, deverá o interprete averiguar a qual deles, na hipótese sub examine, será atribuído o grau de preponderância. Não há assim que falar em nulificação do princípio postergado, este, em outra hipótese poderá em nova ponderação ser preponderante, afastando-se o outro princípio em conflito (CARVALHO, 2010, p. xx).

Alguns dos princípios informadores da atuação administrativa encontram-se expressos na Constituição Federal outros encontram implícitos, reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, iniciaremos discorrendo os princípios expressos no artigo 37, caput CF e posteriormente discorreremos os princípios implícitos ou reconhecidos, bom como outros contidos em legislação esparsas.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (BRASIL, 1988).

2.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da legalidade é fundamento do Estado democrático de direito, tendo por fim combater o poder arbitrário do Estado. Os conflitos devem ser resolvidos pela lei e não mais através da força. Considerado um dos mais importantes, posto que sua origem se confunde com o nascimento dos chamados Estados Democráticos de Direito, tais Estados fundam-se na ordem legalmente estabelecida.

A formulação mais genérica deste princípio encontra-se no inciso II do artigo 5º. da Constituição : “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Este trata dos direitos individuais, voltados a proteção dos particulares contra o Estado, assim temos por corolário que aos particulares é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíba.

Já para a Administração o princípio tem um conteúdo mais restritivo, ao ser inserido no artigo 37, sob título “Da Administração Pública”, traduz a idéia de que a Administração somente tem a possibilidade de atuar quando existir lei que o determina ou autorize, devendo obedecer estritamente o estipulado, sendo discricionário a atuação, observar os termos, condições e limites autorizados na lei.

O Princípio da legalidade aparece simultaneamente como um limite e como uma garantia, pois ao mesmo tempo que é um limite a atuação do Poder Público, visto que este só poderá atuar com base na lei, também é uma garantia a nós administrados, visto que só deveremos cumprir as exigências do Estado se estiverem previstas na lei. Se as exigências não estiverem de acordo com a lei serão inválidas e, portanto, estarão sujeitas a um controle do Poder Judiciário.

A lei oferece a Administração Pública uma linha a ser obedecida e estritamente seguida, assim o administrador público não pode se esquivar da lei, assim todas as atividades tem sua eficácia condicionada ao estabelecido no direito.

Veamos o que leciona Hely Lopes Meirelles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa '**pode fazer assim**'; para o administrador público '**deve fazer assim**' (2002, p. 86).

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (2005), o princípio da legalidade representa a consagração da idéia de que a Administração Publica só pode ser exercida conforme a lei, sendo a atividade administrativa, por conseguinte, sublegal ou infralegal, devendo restringir-se a expedição de comandos que assegurem a execução da lei. Como a lei consubstancia, por meio de comandos gerais e abstratos, a vontade geral, manifestada pelo Poder que possui representatividade para tanto, o Legislativo, o princípio da legalidade possui o escopo de garantir que a atuação do Poder Executivo nada mais seja senão a concretização dessa vontade geral.

2.2. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado para que haja impessoalidade deve o administrador voltar-se exclusivamente para o interesse publico, e não o privado, aqui reflete a aplicação do princípio da finalidade.

O princípio em causa não é senão o princípio da igualdade ou isonomia, estão consagrado no artigo 37 caput da Constituição. Além disso, assim como "todos são iguais perante a lei" (artigo 5º, caput), *a fortiori* teriam de sê-lo perante a Administração (MELLO, 2004, p. 102).

Prosseguindo nesta mesma seara, José do Santos Carvalho Filho assim arremata:

Não se pode deixar de fora a relação que a finalidade da conduta administrativa tem com a lei. "Uma atividade e um fim supõe uma norma que lhes estabeleça, entre ambos, o nexó necessário", na feliz síntese de Cirne Lima. Como a lei em si mesma deve respeitar a isonomia, porque a isso a Constituição obriga (art. 5º, caput, inc. I), a função administrativa nela baseada também devera fazê-lo, sob pena de cometer-se desvio de finalidade, que ocorre quando o administrador se afasta do escopo que deve nortear o comportamento – interesse público (2010, p. 23).

A finalidade da atuação da Administração pode estar expressa ou implícita na lei. Há sempre uma finalidade geral, que é a satisfação do interesse publico, e uma finalidade

especifica, que é o fim direto e imediato que a lei pretende atingir.

[...] nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente com o objetivo do ato de forma impessoal (MEIRELLES, 2002, p. 89-90).

2.3. PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Por este princípio o administrador não aplica apenas a lei, mas vai além, aplicando sua substância. A atuação da Administração Pública deve ter por escopo os padrões éticos, a probidade, a lealdade, a boa-fé, honestidade, etc. Observamos que tal posicionamento deve ser efetivado entre Administração e administrados. Assim o que vale não é a noção de moral para o senso comum diferenciando bem e mal, justo e injusto, etc. A noção aqui é maior e deve ser entendida como o trato da coisa pública em busca do melhor interesse coletivo.

A Administração deve atuar com moralidade, isto é de acordo com a lei. Tendo em vista que tal princípio integra o conceito de legalidade, decorre a conclusão de que ato imoral é ato ilegal, ato inconstitucional e, portanto, o ato administrativo estará sujeito a um controle do Poder Judiciário. Viola-lo implica a violação do próprio Direito. Acrescenta-se ainda que em seu bojo esta compreendido os chamados princípios da lealdade e boa fé (MELLO, 2005).

Em algumas ocasiões, a imoralidade consistira na ofensa direta à lei e aí violará, *ipso facto*, o princípio da legalidade. Em outras, residira no tratamento discriminatório, positivo ou negativo, dispensado ao administrado; nesse caso, vulnerado estará também o princípio da impessoalidade, requisito, em última análise, da legalidade da conduta administrativa (CARVALHO FILHO, 2010).

A imoralidade consiste em ato de improbidade administrativa, que como regra causam prejuízos ao erário, o diploma regulador do artigo 37, §4º da CF é a Lei 8.429/1992.

Os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário (cofres públicos), na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (BRASIL, 1988).

Também contamos como instrumento de tutela jurisdicional a ação popular regulada pela lei 4.717/65, cuja previsão encontra-se no artigo art. 5º, LXXIII da Constituição Federal.

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e ônus de sucumbência (BRASIL, 1988).

E por fim, citamos também a ação civil publica prevista no art. 129, III da Constituição Federal, como uma das funções do Ministério Público e regulada pela lei 7.347/85, esta encontra-se inserida não somente no conceito patrimonial com também dentre os interesses difusos.

2.4. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Os atos da Administração Pública via de regra devem ser publicados, para que todos deles tomem conhecimento, assim devem ser amplamente divulgados, salvo quanto as hipóteses de legais em que o sigilo de alguns atos faz-se necessário. A partir da publicação os atos tornam-se de conhecimento de todos e passam a produzir efeitos jurídicos que deles se espera, tal publicidade vigora tanto em relação aos atos como em relação a ciência por parte dos cidadãos da conduta dos agentes administrativos, garantindo que o povo fiscalize a Administração dando eficácia aos preceitos da democracia participativa. Estas publicações ocorrem no órgão oficial, notadamente o Diário Oficial, sem prejuízo da divulgação via televisão, rádio, internet, dentre outros. Temos assim quatro funções da publicidade dos atos, dar ciência aos administrados, fazer com que os atos gerem efeitos jurídicos externos, controle (fiscalização) da Administração pelos administrados e contagem de prazo de determinados atos.

O princípio da publicidade pode ser reclamado através de dois instrumentos básicos: 1) direito de petição, pelo qual os indivíduos podem dirigir-se aos órgãos administrativos para formular qualquer tipo de postulado (art. 5º, XXXIV, “a”, CF); e 2) as certidões, que, expedidas por tais órgãos, registram a verdade de fatos administrativos, cuja publicidade permite aos administrados a defesa de seus direitos ou esclarecimento de certas situações (art. 5º, XXXIV, “b”, CF). Negado o exercício de tais direito ou não veiculada a informação ou veiculada incorretamente, pode o cidadão socorrer-se dos instrumentos constitucionais para garantir a legalidade, do mando de segurança ou hábeas data. No que diz respeito aos efeitos decorrentes da falta de publicidade de atos administrativos, no plano de validade ou eficácia, modernamente, tem-se entendido que cada hipótese precisa ser analisada

separadamente, inclusive a lei que disponha sobre ela. Em varias situações, a falta de publicidade não retira a validade do ato, funcionando como fator de eficácia: o ato é valido, mas inidôneo para produzir efeitos jurídicos. Se o for, a irregularidade comporta saneamento (CARVALHO FILHO, 2010).

2.5. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Este princípio estava implícito no artigo 74 da Magna Carta de 1988, porém foi introduzido no caput, do artigo 37 do mesmo diploma, pela emenda constitucional número 19 de 4 de junho de 1998. É a busca pelo chamado bom e barato, custo/benefício, é a procura de produtividade e economicidade, reduzindo os desperdícios de dinheiro publico, assim como a presteza na atuação e gerenciamento por parte da Administração.

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao *modo de atuação do agente público*, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao *modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública*, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público (DI PIETRO, 2003, p. 83).

É um princípio extremamente contemporâneo, posto que o administrado deve ter suas demandas atendidas com presteza e o serviço público tem de ser prestado como todo e qualquer serviço da atualidade e dar ao público o atendimento qualitativo e satisfatório.

O administrador público deve ser eficiente, de forma a garantir a finalidade administrativa, sem obstaculizar se exercício, resguardando a presteza e objetividade de sua ação.

O princípio da eficiência é caracterizado pelo direcionamento da função e dos serviços públicos à eficácia, qualidade e desburocratização, aproximando as atividades publica da população, mediante a criação de mecanismos adequados para sua concretização.

2.6. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PUBLICO

Este princípio é característico do regime de direito publico e, ele é um dos pilares do denominado regime jurídico-adminstativo conjuntamente como o princípio da indisponibilidade do interesse publico, fundamentando todas as prerrogativas especiais de que

dispõe a Administração como instrumentos para a consecução dos fins que a Constituição e as leis lhe impõe. Decorre dele que existindo conflito entre interesse público e particular, deverá prevalecer o primeiro, tutelado pelo Estado, respeitados, entretanto, os direitos e garantias individuais expressos na Constituição ou dela decorrente (ALEXANDRINO, 2009).

No tocante a sua aplicabilidade frente aos garantias individuais Carvalho Filho assim se posiciona:

A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é na verdade o corolário natural do regime democrático, calcado, na preponderância das maiorias. A desconstrução do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita reconstrução, vale dizer, adaptação à dinâmica social (2010, p. 35).

A administração não pode renunciar a este direito, até porque tal direito pertence ao Estado, fato é que tal princípio se consubstancia na chamada isonomia material tratando os desiguais na medida de sua desigualdade, assim os administrados estão em situação jurídica inferior a da Administração pública.

A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral (MEIRELLES, 2002, p. 99).

Maria Sylvia, nos informa que este princípio, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente no momento da elaboração da lei como também no momento de sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda sua atuação (DI PIETRO, 2003)

Como expressão desta supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais. Também por força desta posição de supremacia e em consequência de quem o representa na esfera administrativa, reconhece-se a Administração a possibilidade de revogar os próprios atos inconvenientes ou inoportunos, conquanto dentre de certos limites, é o princípio da autotutela dos atos administrativos (MELLO, 2005).

São exemplos de prerrogativas de direito público da administração pública, derivadas diretamente da supremacia do interesse público: a) as diversas formas de intervenção na propriedade privada, com desapropriação; b) o exercício do poder de polícia, limitando ou condicionando atividades privadas; c) presunção de legitimidade dos atos administrativos; d) a existência das chamadas cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos tais como

modificar ou rescindir unilateralmente o contrato, etc.

2.7. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Com já exposto, este princípio integra um dos pilares do regime jurídico-administrativo e dele derivam todas as restrições especiais impostas à atividade administrativa.

Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conserva-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.

Em virtude deste princípios são vedados ao administrador quaisquer atos que impliquem renúncia de direitos do Poder Público ou que injustificadamente onerem a sociedade.

Manifesta-se tanto no desempenho das atividade meios como nas atividades fim, tanto quando ela atua visando ao interesse público primário, como quando visa ao interesse público secundário, tanto quando atua sob o regime de direito Público, como quando atua sob regime predominante de direito privado (a exemplo da atuação do Estado como agente econômico (ALEXANDRINO, 2009).

Esclarecendo ainda, os interesses públicos primários são os interesses diretos do povo, os interesses gerais imediatos. Já os interesses públicos secundários são os interesses imediatos do Estado na qualidade de pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações, estes são identificados pela doutrina, em regra, como interesses meramente patrimoniais. Vale ressaltar que o interesse secundário só é legítimo quando não contrariar o interesse primário.

2.8. PRINCÍPIOS PROPORCIONALIDADE

O princípio da Proporcionalidade é natural da Europa, de criação Germânica, tendo origem remota aos séculos XII e XVIII, quando na Inglaterra surgiram às teorias Jusnaturalistas propugnando ter o homem direitos imanes a sua natureza e anteriores ao aparecimento do Estado e conclamando ter o soberano o dever de respeitá-los.

Na Alemanha, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se no âmbito do direito administrativo, funcionando como limitação à discricionariedade. Tendo em vista os excessos produzidos nos atos administrativos, o mesmo princípio precisa ser reafirmado pelas decisões

judiciais, de modo a consolidar o valor nele impresso. Este princípio nos ensina a medida a ser adotada, ao “estabelecer um *iter* procedimental lógico seguro na tomada de uma decisão, de modo a que se alcance a justiça do caso concreto” (DIDIER apud CAMPOS, 2011, s/p).

Conforme preceitua José dos Santos Carvalho Filho, obtém-se o tríplice fundamento na observação do princípio da proporcionalidade, divisão esta provocada na doutrina alemã, qual seja:

a) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; b) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; c) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens (2010, p. 45).

O conteúdo jurídico-material do princípio da proporcionalidade decorre inelutavelmente do reconhecimento da supremacia hierárquico-normativa da Constituição. A proporcionalidade, como princípio jurídico implícito do Estado de Direito, é uma garantia fundamental para a concretização ótima dos valores consagrados na Constituição. A proporcionalidade é princípio que concretiza o postulado segundo o qual o Direito não se esgota na lei (ato estatal que deve representar a síntese da vontade geral) (PESSOA, 2011).

O princípio da proporcionalidade representa, a rigor, uma dimensão concretizadora da supremacia do interesse primário (da coletividade), verdadeiro interesse público, sobre o interesse secundário (próprio Estado) (PESSOA, 2011).

A doutrina e jurisprudência, sobretudo no direito administrativo, de modo não pacífico, tratam em muitas vezes proporcionalidade e razoabilidade como um único princípio jurídico, empregando esse termos como sinônimos.

Celso Antonio Bandeira de Mello entende ser o princípio da proporcionalidade uma faceta da razoabilidade (MELLO, 2005).

Marcelo Alexandrino, entende que:

Na seara do direito administrativo, pensamos ser mais usual a referência a “princípio da razoabilidade” como um gênero, constituindo a noção de proporcionalidade uma de suas vertentes, comumente relacionada a situação que envolvam atos administrativos sancionatórios (2009, p. 207).

Carvalho Filho, ao examinar a questão destes dois princípios chega a conclusão de que ambos constituem instrumentos de controle dos atos estatais, seja qual for sua natureza. E

continua:

No processo histórico de formação desses postulados, porém, pode afirmar-se que o princípio da razoabilidade nasceu com perfil hermenêutico, voltado primeiramente para a lógica e a interpretação jurídica e só agora adotado para a ponderação de outros princípios, ao passo que o princípio da proporcionalidade já veio a lume com direcionamento objetivo, material, visando desde logo ao balanceamento de valores, como a segurança, justiça, a liberdade etc., Na verdade, ‘confluem ambos, pois, rumo ao (super) princípio da ponderação de valores e bens jurídicos, fundando do próprio Estado de Direito Democrático contemporâneo (pluralista, cooperativo, publicamente razoável e tendente ao justo)’ (2010, p. 45).

Seja como for, modernamente os doutrinadores tem entendido que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade encontram-se aplicação especialmente no controle dos atos discricionários que impliquem restrição ou condicionamento a direito dos administrados ou imposição de sanções administrativas, esclarece no entanto, que trata de controle de legalidade ou legitimidade e não de controle de mérito, como veremos ao tratarmos de discricionariedade (ALEXANDRINO, 2009).

Carvalho Filho afirma que este controle só poderá ser exercido no caso concreto, onde será verificado se a Administração portou-se com equilíbrio no que toca os meios e fins da conduta, ou o fator objetivo de motivação não ofende algum outro princípio, como por exemplo, o da igualdade ou ainda se a conduta era realmente necessária e gravosa sem excesso (CARVALHO, 2010).

2.9. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Segundo o entendimento da doutrina o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão, destaca que a matriz do princípio da razoabilidade remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Carta Inglesa de 1215, onde preceituava que os direitos individuais dos nobres detentores de fortuna e propriedades face aos desmedidos privilégios e atitudes do soberano inglês. Surge nos Estados Unidos, como um princípio constitucional que servia de parâmetro para o *judicial review* (controle de constitucionalidade) (PESSOA, 2011).

No Brasil o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados tem apontado como sede material expressa deste princípio o postulado do devido processo legal, (art. 5º, LIV, CF), em sua acepção substantiva (*substantive due process of law*). Esse aspecto substantivo diz respeito a proteção material direta dos bens e da liberdade em sentido amplo,

diferentemente do aspecto formal ou objetivo que diz respeito as garantias processuais, ou seja instrumento de proteção daqueles bens (ALEXANDRINO, 2009).

Acerca deste princípio destacamos a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricão, terá que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia como o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga exercida. Vale dizer: pretende-se coloca em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, juridicamente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por que tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricão manejada (MELLO, 2005, p. 97).

O princípio da razoabilidade é uma diretriz de senso comum, ou mais exatamente, de bom senso, aplicada ao Direito. Esse bom-senso jurídico se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da Lei, que o seu espírito. Conforme expôs Bandeira de Mello, deverá a Administração pautar-se nestes critérios, de bom senso, aceitáveis do ponto de vista racional, visando a proibição de excesso, de proporcionalidade de razão suficiente etc. (MELLO, 2005, p. 97).

Sob a ótica do princípio da razoabilidade, interpreta-se uma dada circunstância jurídica sob os aspectos qualitativos, tais como, social, econômico, cultural e político, sem se afastar dos parâmetros legais. O Administrador atinge os fins pretendidos pela lei, utilizando-se dos meios adequados, agindo com razoabilidade, ao evocar o bom senso e a prudência em seus atos, de modo que sejam moderados, aceitáveis e desprovidos de excessos.

Não se imagina que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o “mérito” do ato administrativo, in isto é, o campo de “liberdade” conferido na lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque sobredita “liberdade” é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos (MELLO, 2005, p. 98).

A razoabilidade é uma norma a ser empregada pelo Poder Judiciário, a fim de permitir uma maior valoração dos atos expedidos pelo Poder Público, analisando-se a

compatibilidade com o sistema de valores da Constituição e do ordenamento jurídico, sempre se pautando pela noção de Direito justo, ou Justiça.

CAPÍTULO III

PODERES E DEVERES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na concretização do interesse público a Administração Pública necessita de instrumentos ou mecanismos capazes de lhe permitir atingir os fins que colima. Neste sentido foram inseridos no direito positivo instrumentos qualificados como verdadeiros poderes ou prerrogativas especiais de direito público.

Em contraponto, como decorrência da indisponibilidade do interesse público, a Constituição e as leis impõem ao administrador público alguns deveres específicos e peculiares, preordenados a assegurar que sua atuação efetivamente se dê em benefício do interesse público e sob o controle direto e indireto do titular da coisa pública, o povo. Além de que devem ser por estes cumpridos para evitar sejam responsabilizados pelo descumprimento.

Assim as prerrogativas públicas, ao mesmo tempo em que constituem poderes para o administrador público, impõe-lhe o seu exercício e lhe vedam a inércia, porque o reflexo desta atinge, em última instância, a coletividade, esta a real destinatária de tais poderes. Este aspecto dúplice do poder administrativo é que se denomina de **poder-dever de agir**, não obstante dentro dos limites impostos pela lei e pelo direito bem assim observando outros deveres administrativos os quais trataremos a seguir.

3.1. PODER DE POLICIA

Através da Constituição e das leis os cidadãos recebem uma série de direitos. Cumpre, todavia, que o seu exercício seja compatível com o bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da liberdade e da propriedade esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos (MELLO, 2005, p. 756).

Assim o Poder de Policia na definição do ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles (2002), pode ser conceituada, no sentido restrito, como o poder de que dispõe a Administração Pública para condicionar ou restringir o uso de bens e o exercício de direitos ou atividades pelo particular, em prol do bem-estar da coletividade.

Enfatizamos também a conceituação dada por Carvalho Filho: “a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade” (CARVALHO FILHO, 2010, p.83).

O poder de policia administrativo não deve ser confundido com o poder de policia judiciária, neste sentido Maria Sylvia Di Pietro faz a seguinte diferenciação:

A policia judiciária é privativa de corporações especializadas (policia civil e militar), enquanto a policia administrativa se reparte entre diversos órgãos da Administração, incluindo além da própria policia militar, os vários órgão de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister, como os que atuam nas áreas de saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social (2003, p.113).

A atividade de policia como explicitado acima é desempenhada por variados órgãos e entidades administrativas e não por alguma entidade específica e em todos os níveis da federação.

É competente para exercer o poder de policia administrativa sobre uma dada atividade o ente federado ao qual a Constituição atribuiu competência para legislar sobre essa atividade, para regular a pratica dessa atividade

O poder de policia quando exercido pela administração direta, ou seja, pelos órgão integrantes da estrutura das diversas pessoas políticas da Federação diz ser **o poder de policia originário**. Quando por sua vez, for exercido ou executado pelas pessoas administrativas do Estado, insto é, pelas entidades integrantes da administração indireta, será caracterizado com **poder de policia delegado**.

Vale ressaltar a decisão do STF, no julgamento da ADI 1.717/DF onde decidiu que o exercício do poder de policia não pode ser delegado a entidades privadas.

A doutrina tradicionalmente aponta três atributos ou qualidades características do poder de policia e dos atos administrativos resultantes de seu regular exercício: discricionariedade, auto-executoriedade e coercibilidade.

Regra geral, o administrador dispõe de certa **discricionariedade** no exercício do poder de policia, dispondo de uma razoável liberdade de atuação, podendo valorar a oportunidade e conveniência de sua prática, estabelecer motivo e escolher, dentro os limites legais, seu conteúdo. Vale ressaltar que a finalidade de todo ato administrativo, inclusive os de policia, é requisito sempre vinculado e traduz-se na proteção do interesse da coletividade (ALEXANDRINO, 2009)

Embora a discricionariedade seja regra, nada impede que a lei em determinados atos ou fatos estabeleça total vinculação da atuação administrativa.

Vale dizer ainda que o poder de policia não e arbitrário e esta sujeito a regras legais e regulamentares. A atividade de policia deverá para sua legitimação ser exercida de forma

proporcional entre os meios e os fins objetivados pela administração, nunca se servindo de meios mais enérgicos do que os realmente necessários para a obtenção do resultado pretendido pela lei. Em não havendo proporcionalidade incorrerá a autoridade administrativa em abuso de poder e ensejara a invalidação da medida via judicial. A coação não pode exceder ao necessário para atingir o fim proposto.

A **auto-executoriedade**, outra característica do poder de polícia, consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejarem de imediata e direta execução pela própria Administração, sem a necessidade de ordem judicial.

A auto-executoriedade não depende de autorização de qualquer outro Poder, desde que a lei autorize o administrador a praticar o ato de forma imediata, podendo também ser executado quando se tratar de medida urgente, que se não adotada poderá causar prejuízo maior para o interesse público. Quando a lei assim o faz é porque se faz necessário a proteção imediata de determinado interesse coletivo,

Há que ressaltar que a certos atos a lei não atribui ou autoriza a imediata execução, como é o caso da cobrança das multas cuja concretização se dá pela via judicial, tampouco a auto-executoriedade deve constituir-se de objeto de abuso de poder, de modo que deverá a prerrogativa compatibilizar-se com o princípio do devido processo legal para o fim de ser a Administração obrigada a respeitar as normas legais. (CARVALHO FILHO, 2010).

Por fim tratemos da **coercibilidade**, como mais uma característica deste poder, este traduz-se na possibilidade de as medidas adotadas pela administração pública serem impostas coativamente ao administrado, inclusive mediante o emprego de força, se necessário, caso o particular resista ao ato de polícia imposto.

A imposição coercitiva, como a auto-executoriedade, independe de prévia autorização judicial, isto no entanto, não impede o controle judicial de legalidades sobre estes atos, inclusive com a possibilidade de anulação e reparação ou indenização caso tenha ocorrido excesso ou desvio de poder.

A respeito destes dois últimos atributos, apontamos os ensinamentos de Marcelo Alexandrino, onde enfatiza que embora a doutrina tenha apontado como diferentes esses atributos, no mais das vezes não se apresenta uma distinção precisa entre eles, e cita Maria Sylvia Zanella Di Pietro :

A coercibilidade é indissociável da auto-executoriedade. O ato de polícia só é auto-executório porque dotado de força coercitiva. Aliás, a auto-executoriedade, tal como a conceituamos não se distingue da coercibilidade, definida por Hely Lopes

Meirelles como “a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração”. (DI PIETRO apud ALEXANDRINO, 2009, p.250).

3.2. PODER VINCULADO

É o poder que dispõe a administração para prática de atos administrativos em que é mínima ou inexistente sua liberdade de atuação. É o poder permitido pela lei, a ela vinculado. É o poder administrativo objetivo, que não admite divergências das meramente jurídicas específicas. Ele tem determinação precisa e clara e dificilmente apresenta contrapontos ou dúvidas.

Para Hely Lopes Meirelles, “é aquele que o Direito Positivo – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização” (2002, p. 113).

Esse poder o referido jurista denomina também de regado.

Em relação aos atos vinculados, não cabe à administração tecer considerações de oportunidade e conveniência, nem escolher seu conteúdo. O poder vinculado apenas possibilita à Administração executar o ato vinculado nas estritas hipóteses legais, observando o conteúdo rigidamente estabelecido na lei (ALEXANDRINO, 2009).

É de se notar que o poder vinculado está presente nos atos discricionários no que tange aos elementos vinculados destes, ou seja, competência, finalidade e forma. Assim o agente administrativo na edição de um ato vinculado tem somente o poder vinculado, diferentemente na edição de um ato discricionário em que tem o poder vinculado e também, é claro, o poder discricionário. Sobre este discorreremos a seguir no próximo sub-capítulo.

Com exposto, tendo em vista sua peculiaridade, o Poder Vinculado mais se aproxima de um dever da administração do que um poder propriamente dito. Nota-se isto por exemplo, quando a administração frente a um ato vinculado, ao verificar estarem presentes os pressupostos de sua edição, esta é obrigada a praticá-lo.

3.3. PODER HIERÁRQUICO

Hierarquia é a relação de subordinação entre órgão e agentes e tem por objetivo a distribuição de função e a graduação da autoridade inerente. Não é privilégio do poder público, mas é típica da organização administrativa. Existe hierarquia na administração

privada como os mesmos pressupostos e objetivos. Neste caso, interessa o poder hierárquico público, suas funções e justificativas.

A hierarquia é também um mecanismo que dispõe o administrador para realizar tarefas e deveres a seu encargo, especialmente no que se refere a coordenação e subordinação entre órgãos e setores administrativos, contribuindo para perfeito funcionamento, distribuição e escalonamento de funções. Visa facilitar o fluxo administrativo, harmonizar as ações e estabelecer normas de trabalho, com o objetivo de otimizar relações e apressar resultados.

Convém esclarecer que hierarquia caracteriza-se pela existência de subordinação entre órgãos e agentes públicos, sempre no âmbito de uma mesma pessoa jurídica. Utiliza-se, pela doutrina, o vocábulo vinculação para referir-se à relação, não hierarquizada, que existe entre a administração direta e as entidades da respectiva administração indireta.

A doutrina em geral aponta como decorrência do poder hierárquico as prerrogativas, exercidas pelo superior sobre seus subordinados, de dar ordens, fiscalizar, controlar, aplicar sanções, delegar competências e avocar competências.

Os servidores públicos têm o dever de acatar e cumprir as ordens de seus superiores hierárquicos (dever de obediência), exceto quando manifestamente ilegais, hipótese em que surge para o destinatário da ordem o dever de representação contra ilegalidade, conforme preceitua a Lei 8.112/90, art. 116, IV e XII.

Exercer a ação pública com o poder hierárquico superior é uma arte, nem sempre bem compreendida pelo administrador, no trato com seus subordinados. Nesses casos, o abuso do poder, ato arbitrário, caracteriza-se também como ilegal e por ultrapassar os limites das atribuições do poder hierárquico, a conduta deve ser corrigida na via administrativa ou mesmo judicial.

O controle hierárquico permite que o superior aprecie todos os aspectos dos atos de seus subordinados e pode ocorrer de ofício ou quando for o caso, mediante provocação dos interessados, por meio do recurso hierárquico.

3.4. PODER REGULAMENTAR

Ao editar leis, o Poder Legislativo nem sempre possibilita que sejam elas executadas de plano. Cumpre em muitas vezes a necessidade da Administração Pública criar os mecanismos de complementação das leis indispensáveis a sua efetiva aplicabilidade. É através

do poder regulamentar conferido a Administração para editar atos gerais para complementar a leis que a mesma garante a efetiva aplicabilidade destas.

Assim para a boa aplicação da lei, nas relações entre o Estado-poder e terceiros, surgiu a necessidade do Executivo regulamentá-la, estabelecendo as regras orgânicas e processuais para a sua execução, através de regulamentos executivos e outros atos secundários.

Conforme dispõe o art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, compete ao chefe do Poder Executivo expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que o poder regulamentar insere-se:

Como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução (2003, p. 87).

Poder regulamentar é a prerrogativa conferida a Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. A prerrogativa, registra-se, é apenas para complementar a lei; não pode, pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando (CARVALHO FILHO, 2010, p. 60)

A competência regulamentar caracteriza-se, primeiramente, por ser uma função típica, ou seja, intrínseca ao Poder Executivo, já que, dentre a idéia de execução das leis, está incluída a regulamentação dos referidos ditames normativos.

O poder regulamentar é outorgado ao chefe do Poder Executivo nas três esferas governamentais, ou seja, ao Presidente da República, aos Governadores e aos Prefeitos.

Trata-se de competência privativa do chefe do Poder Executivo, sendo indelegável a qualquer de seus subordinados, consoante determina o parágrafo único do art. 84, da Constituição Federal.

Carvalho Filho, enfatiza que o poder regulamentar é de natureza derivada ou secundária, pois somente poderá ser exercido à luz de lei preexistente, e continua, mencionando que há alguns casos em que a Constituição autoriza determinados órgãos a produzirem atos que, tanto como as leis, emanam diretamente da Carta e tem natureza primária e cita como exemplo o art. 103-B da Constituição Federal, em que confere ao Conselho Nacional De Justiça a expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, ou recomendar providencias (CARVALHO FILHO, 2010).

O Poder Executivo possui o poder de expedir atos administrativos normativos de caráter geral e, normalmente, abstratos. Ou seja, ao expedir regulamentos, o Poder Executivo

utiliza-se de um dos instrumentos – o poder normativo – que lhe são constitucionalmente atribuídos para o melhor desempenho da atividade administrativa. Através do regulamento, são instituídas regras de execução – e não de legislação – desenvolvendo os comandos legislativos, dispondo as regras e providências necessárias ao fiel cumprimento e aplicação da lei.

A formalização do poder regulamentar se processa, basicamente por decretos e regulamentos, conforme preceitua o art. 84 CF em que confere constitucionalmente ao Presidente da República, como a atividade normativa secundária do Poder Executivo a expedição destes atos. No entanto, vale ressaltar que a Administração Pública não se limita à edição de regulamentos. Através de suas autoridades, edita uma série de outros atos normativos, como, por exemplo, as instruções, as circulares, os regimentos, as ordens de serviço e os estatutos.

Observa-se, assim, além da influência que o Poder Executivo exerce na produção dos atos normativos primários (emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções), manifesta, igualmente, atividade normativa secundária, ao editar regulamentos, contribuindo para a formação do ordenamento jurídico.

3.5. PODER DISCRICIONÁRIO

A Administração Pública ao buscar a efetividade do interesse pública deverá indubitavelmente se adstringir à lei. É sabido, no entanto, que a lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo, pode determinar que o agente se limite a agir de determinada forma, limitando sua conduta, vinculando sua atuação, devendo agir retilineamente aquilo que é preceituado no texto da lei. Deve assim seguir vinculações obrigatórias como a aplicação da competência, da finalidade a que se destina o ato, bem como à forma de ser executado. Como se observa estamos frente ao poder vinculado, assunto já discorrido anteriormente.

Em contrapartida quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei, estaremos frente ao poder discricionário (MELLO, 2005).

Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público (CARVALHO FILHO, 2010, p. 54).

Conveniência e oportunidade são os elementos nucleares do poder discricionário. A primeira indica em que condições vai se conduzir o agente; a segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida. Esta liberdade de escolha, no entanto, deve conformar-se como fim colimado na lei.

Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistente de razoabilidade, um , dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adota a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca a situação vertente (MELLO, 2005, p. 902).

Discricionariedade então é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei, ou seja, a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas, porém, válidas perante o direito. É, portanto, um poder que o direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos, com a liberdade na escolha segundo os critérios de conveniência, oportunidade e justiça, próprios da autoridade, observando sempre os limites estabelecidos em lei, pois estes critérios não estão definidos em lei.

Segundo Marcelo Alexandrino, a corrente dominante identifica a existência de discricionariedade:

- a) quando a lei expressamente dá à Administração liberdade para atuar dentro de limites bem definidos; são hipóteses em que a própria norma legal explicita, por exemplo, que a Administração “poderá” prorrogar determinado prazo por “até quinze dias” ou que é “faculdade” à administração, “a seu critério, conceder ou não uma determinada autorização....
- b) quando a lei emprega conceitos jurídicos indeterminados na descrição do motivo determinante da prática de um ato administrativo e, no caso concreto, a administração se depara com uma situação em que não existe possibilidade de afirmar, com certeza, se o fato está ou não abrangido pelo conteúdo da norma; nessas situações, a administração, conforme seu juízo privativo de oportunidade e conveniência administrativas, tendo em conta o interesse público, decidirá se considera, ou não, que o fato e está enquadrado no conteúdo do conceito indeterminado empregado no descritor da hipótese normativa e, conforme esse decisão,

praticará, ou não, o ato previsto no comando legal (ALEXANDRINO, 2009, p. 221).

Quanto a limitação deste poder Carvalho Filho assim expõe:

A moderna doutrina, sem exceção tem consagrado a limitação ao poder discricionário, possibilitando maior controle judicial sobre os atos que dele derivam. Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na adequação da conduta escolhida do agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoa da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial (CAVALHO, 2010, p. 55).

Vale ressaltar que o ato discricionário ilegal ou ilegítimo poderá como qualquer ato ilegal se anulado tanto pela administração pública que o praticou quanto pelo Poder Judiciário. O que não pode ser apreciado pelo Judiciário (no exercício da função jurisdicional) é o mérito administrativo, que consiste justamente na atividade valorativa de oportunidade e conveniência que levou o administrador a praticar o ato, se for o caso, escolher o seu objeto, dentro dos limites legalmente fixados, ou decorrentes do texto da lei (ALEXANDRINO, 2009).

Alexandrino, enfatiza que o poder discricionário tem como limites, além do próprio conteúdo da lei, os princípios jurídicos administrativos, sobretudo os da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais foram expostos nos capítulos anteriores (ALEXANDRINO, 2009).

Modernamente, como, já tivemos a oportunidade de registrar, os doutrinadores tem considerado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como valores que podem ensejar o controle da discricionariedade, enfrentando situações que, embora como aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder. Referido controle, entretanto, só pode ser exercido à luz da hipótese concreta, a fim de que seja verificado se a Administração portou-se com equilíbrio no que toca aos meios e fins da conduta, ou o fator objetivo de motivação não ofende algum outro princípio... ou ainda se a conduta é realmente necessária e gravosa sem excesso (CARVALHO FILHO, 2010, p. 58).

A discricionariedade é sempre parcial e relativo, ou seja, não é totalmente livre, pois sob os aspectos de competência, forma e finalidade a lei impõe limitações, portanto, o correto é dizer que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos subordinado aos limites da lei. O administrador para praticar um ato discricionário deverá ter competência legal para praticá-lo, deverá obedecer à forma legal para realizá-la e deverá atender a finalidade que é o interesse público. Ou seja quanto a estes requisito o atuar do administrador é vinculado. Assim o ato tornará nulo se algum destes requisitos não for respeitado.

Os atos administrativos devem sempre visar o interesse social ou interesse coletivo, não obedecendo estes parâmetros o ato tornará nulo, por desvio de poder ou finalidade, que poderá ser reconhecido ou declarado pela própria Administração ou Poder Judiciário.

A fonte da discricionariedade é a lei, e quando a lei deixa brechas, aí entra o ato de discricionariedade. Essa discricionariedade existe quando a lei expressamente a confere à Administração, ou quando a lei é omissa ou ainda quando a lei prevê determinada competência.

O âmbito da discricionariedade é amplo, mas nunca total, pois são sempre vinculados à lei.

No ato discricionário alguns elementos vêm definidos na lei com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração. A discricionariedade deve sempre ser analisada sob os aspectos da legalidade e do mérito.

Mérito, em sentido político, significa que o Estado tem a função de atender os interesses públicos, dentro dos limites da lei. O Estado tem como dimensões a oportunidade (elemento motivo) e a conveniência (elemento objeto), que compõem o mérito do ato administrativo. A discricionariedade é o instrumento para que essa função - de atender os interesses públicos específicos – possa ser exercida pela Administração (ALEXANDRINO, 2009)

Mérito é o resultado e a discricionariedade é o meio, e ambos se relacionam com a legalidade.

Mérito é composto de dois elementos: o motivo (oportunidade), que é o pressuposto de fato ou de direito, que possibilita ou determina o ato administrativo; e o objeto (conveniência), que é a alteração jurídica que se pretende introduzir nas situações e relações sujeita à atividade administrativa do Estado. A oportunidade e a conveniência têm função de integrar os elementos motivos e objetivos dentro dos limites do mérito.

A natureza jurídica da discricionariedade é o poder-dever da Administração Pública, e o mérito é o resultado deste exercício regular a discricionariedade.

O objetivo principal da discricionariedade é o bem administrar, e os administradores não podem ser desvincular desse objetivo sob pena de anular tais atos, por caracterizar uma ilegalidade.

Para se evitar vícios de finalidade, foi necessário criar limites à discricionariedade, por ação ou omissão por parte do administrador. O desvio de finalidade ou insatisfação da finalidade descumprem a vontade da lei, cuja finalidade é a satisfação do interesse público

específico. Esses limites visam à prática do controle, e esta prática está relacionada às dimensões da oportunidade (motivo) e conveniência (objetivo).

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade estão vinculados com os atos discricionários. O princípio da proporcionalidade disciplina a convivência real entre os homens e seus atos devem ser sustentados por uma norma. E a Administração deve apresentar condições mínimas para cumprir a finalidade de satisfação do interesse público. O princípio da razoabilidade confere que, a Administração deve atuar de modo racional e afeiçoar ao senso comum das pessoas, tendo em vista a competência recebida para tal prática. Aplica-se a todas as situações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas e com avaliação adequada da relação custo-benefício. Este princípio funciona como meio de controle dos atos estatais, através da contenção dos mesmos dentro dos limites razoáveis aos fins públicos, garantindo a legitimidade da ação administrativa.

Estes dois princípios condicionam a oportunidade, que é o requisito exigido para a satisfação dos motivos. Oportuno é o ato administrativo que compõe os pressupostos de fato e de direito.

Deve existir um motivo para ensejar a prática de um ato, e este motivo deve estar dentro da realidade, e os objetivos visados devem estar dentro da razoabilidade, para que se tornem oportunos.

Para ser oportuno tal ato deve haver existência do motivo (deve-se ter um ato fundado em uma situação de fato e de direito, que determina ou autoriza a prática de um ato administrativo – os motivos devem estar acima de qualquer dúvida); suficiência do motivo (deve haver motivos e pressupostos suficientes para a realização do ato administrativo); adequação do motivo (o motivo deve ser adequado à natureza jurídica do ato, a adequação deve ser compatível com o objeto); compatibilidade do motivo (deve haver uma coerência razoável entre o objeto e o efeito do ato) e a proporcionalidade do motivo (necessita que a administração proporcione adequação entre os meios e os fins desejados).

Um ato é conveniente quando seu conteúdo jurídico produz um resultado que atenda à finalidade pretendida que é a satisfação ao interesse público.

Os requisitos mínimos para a conveniência à discricionariedade estão ligados aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para que o ato satisfaça a sua finalidade. No que tange a proporcionalidade o objeto deve ser possível, ou seja, lícito. Deve estar dentro do ordenamento jurídico, não podendo o objeto violar qualquer norma constitucional, sob pena de caracterizar vício de finalidade. O objeto deve ser compatível com a finalidade a ser

atingida. As decisões devem ser eficientes para satisfazer a finalidade da lei que é o interesse público.

A Administração esta obrigada a sempre escolher os melhores meios para satisfazer o interesse público e não pode arriscar, devem escolher a melhor maneira para práticas tais atos. A eficiência deve ser considerada um limite da discricionariedade.

3.6. PODER-DEVER DE AGIR

É o poder conferido à Administração para o atendimento do fim público, um dever de agir. Decorrem deste poder-dever que os poderes administrativos são irrenunciáveis, devendo ser obrigatoriamente exercido pelos titulares e a omissão do agente, diante de situações que exigem sua atuação, caracteriza abuso de poder, que poderá ensejar, até mesmo, responsabilidade civil da Administração.

Poder-dever de agir significa dizer que o poder administrativo, por ser conferido à Administração para alcançar o fim público, representa um dever de agir. No Direito Privado o poder de agir é uma mera faculdade, no Direito Administrativo é uma imposição, um dever de agir para o agente público, máxima palavra de Hely Lopes Meirelles citado por Carvalho: “se para o particular o poder de agir é uma faculdade para o administrador publico é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercita-lo em beneficio da comunidade” (MEIRELLES apud CARVALHO FILHO, 2010, p. 48-49).

Os poderes e deveres do administrador público são os expressos em lei, os impostos pela moral administrativa e os exigidos pelo interesse da coletividade.

Cada agente administrativo é investido da necessária parcela de poder público para o desempenho de suas atribuições. Esse poder deve ser usado normalmente, como atributo do cargo ou da função, e não como privilégio da pessoa que o exerce.

O Brasil, que é um Estado de Direito e Democrático, não reconhece privilégios pessoais; só admite prerrogativas funcionais (art. 5º caput).

Poder administrativo é atribuído à autoridade para remover os interesses particulares que se opõem ao interesse público. Nessas condições, o poder de agir se converte no dever de agir.

Carta Estadual. 2. A Municipalidade tem o dever e não a faculdade de regularizar o uso, no parcelamento e na ocupação do solo, para assegurar o respeito aos padrões urbanísticos e o bem-estar da população. 3. As administrações municipais possuem mecanismos de autotutela, podendo obstar a implantação imoderada de loteamentos clandestinos e irregulares, sem necessitarem recorrer a ordens judiciais para coibir os abusos decorrentes da especulação imobiliária por todo o País, encerrando uma verdadeira contraditio in terminis a Municipalidade opor-se a regularizar situações de fato já consolidadas. 4. (.). 5. O Município tem o poder-dever de agir para que o loteamento urbano irregular passe a atender o regulamento específico para a sua constituição. 6. Se ao Município é imposta, ex lege, a obrigação de fazer, procede a pretensão deduzida na ação civil pública, cujo escopo é exatamente a imputação do facere, às expensas do violador da norma urbanístico-ambiental. 5. Recurso especial provido (REsp 448216/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, 1ª Turma do STJ. DJ 17/11/2003 p. 204).

Pode-se afirmar que a improbidade administrativa se caracteriza quando da prática de qualquer conduta administrativa que viole os princípios e interesses da administração.

Desta feita, por não estar zelando por seus bens particulares, mas sim, por bens ou interesses públicos, é inconcebível a omissão, diante de uma situação em que haja necessidade de agir, tendo o administrador poderes para tanto. Tal omissão, aliás, poderá ensejar sanções de ordem administrativa e penal.

As competências do cargo, função ou emprego público devem ser exercidas na sua plenitude e no momento legal. Não se satisfaz o direito com o desempenho incompleto ou a destempe da competência e, por ainda, com a omissão da autoridade. Não se compreende que o agente público pratique intempestivamente atos de sua competência, desde que ocorra a oportunidade para agir, como não se entende que só se desincumba de parte de sua obrigação ou se abstenha em relação a essa obrigação (MEIRELLES, 2002).

Corolário importante do poder-dever de agir é a situação de ilegitimidade que se reveste na inércia do administrador: na medida em que lhe incumbe conduta comissiva, a omissão haverá de configurar-se com ilegal. Podendo o administrado socorrer-se do direito de petição, seja na via administrativa ou judicial, exigindo a conduta comissiva imposta na lei. Ressalta no entanto, que nem toda omissão administrativa se qualifica como ilegal; estão nesse caso as omissões genérica, em relação às quais cabe ao administrador avaliar a oportunidade própria para adotar as providencia positivas. Incidi aqui o que denomina a moderna doutrina de “reserva do possível”, para indicar que, por vários motivos, nem toda as metas governamentais pode ser alcançada, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros (CARVALHO FILHO, 2010).

3.7. DEVER DE PROIBIDADE

Exige-se que o administrador público, em qualquer hipótese, no desempenho de suas atividades, pautar-se pelos princípios da honestidade, moralidade, ética e boa fé, quer em face dos administrados, quer em face da própria administração.

O Agente não deve cometer favoritismo nem nepotismo, cabendo sempre optar pelo que melhor servir à Administração. O Administrador probo há de escolher, por exemplo, o particular que melhores condições oferece para contratação; ou o indivíduo que maior mérito tiver para exercer a função pública. Enfim, deverá ser honesto, conceito extraído do cidadão médio (CARVALHO FILHO, 2010).

O Dever de probidade é imposto a todo e qualquer agente inclusive o próprio Presidente da República (artigo 37, §4º e art. 85, V, CF). Ressaltamos a Lei. 8429/1992 que tipifica e sanciona os atos de improbidade administrativa.

Alexandrino, cita julgamento do STF, Rel 2.138/DF em que decidiu qual a Lei 8.429/1992 não se aplica a todos os agentes públicos. Segundo entendimento da Corte Suprema, ela não se aplica aos agentes políticos que estejam sujeitos ao “regime de crimes de responsabilidade” (ALEXANDRINO, 2009).

3.8. DEVER DE EFICIÊNCIA

Mostra-se presente na necessidade de tornar cada vez mais qualitativa a atividade administrativa, no intuito de se imprimir à atuação do administrador público maior celeridade, perfeição, economicidade, coordenação, técnica, controle, etc. É um dever imposto a todos os níveis da administração pública.

A eficiência, porém não depende apenas da natureza da atividade. É mister que os sujeitos da atividade tenham qualificação compatível com as funções e seu cargo. Indiscutível, pois, o rigor como que se deve haver a Administração para o recrutamento de seus servidores (CARVALHO FILHO, 2010).

A eficiência da atividade administrativa, com efeito, produz frutos e causa benefícios à própria coletividade. Daí configurar-se como Dever do administrador público.

Cabe ressaltar que a EC 19/198 erigiu esse dever à categoria de princípio, “princípio da eficiência”, por nós tratado no item 2.5, manifestando assim preocupação não só com a produtividade do servidor, mas também com o aperfeiçoamento de toda a máquina

administrativa, por meio da criação de institutos e controles que permitam o aprimoramento e uma adequada avaliação do desempenho de seus órgão, entidade e agentes.

Lembramos finalmente que EC 45/2004, visando o atendimento deste princípio, introduziu o inciso LXXIII ao art. 5º. CF, em que assegurou a todos o direito à razoável duração do processo e aos meios garantidores da celeridade de seu procedimento.

3.9. DEVER DE PRESTAR CONTAS

Segundo Alexandrino, o poder de prestar contas decorre diretamente do princípio da indisponibilidade do interesse público, sendo inerente a função do administrador público, mero gestor de bens e interesses alheios, vale dizer, do povo (ALEXANDRINO, 2009).

É um dever natural decorrente de quem tem o encargo de administrador e gestão dos bens e interesses da coletividade, deve o administrador assim prestar contas de sua atividade. Se no âmbito privado o administrador já presta contas normalmente ao titular dos direitos, com muito maior razão há de prestá-las aquele que têm a gestão dos interesses públicos de toda a coletividade (CARVALHO FILHO, 2010).

Assim é um dever indissociável do exercício de função pública, imposto a qualquer agente que de algum modo seja responsável pela gestão ou conservação de bens públicos.

Este dever inclusive afeta aos particulares que de algum modo participam da gestão ou aplicação de recursos.

Art. 70, CF .

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumo obrigações de natureza pecuniária (BRASIL, 1988).

Finalmente enfatizamos que o dever de prestar contas abrange o círculo integral da gestão, mas, sem dúvida, é na utilização do dinheiro público que mais se acentua.

CAPÍTULO IV

ATO ADMINISTRATIVO

Na Administração Pública, um ato administrativo é o ato jurídico que concretiza o exercício da função administrativa do Estado. Como todo ato jurídico, constitui, modifica, suspende, revoga situações jurídicas. Em geral, os autores adotam o conceito restrito de ato administrativo, restringindo o uso do conceito aos atos jurídicos individuais e concretos que realizam a função administrativa do Estado. O ato administrativo é a forma jurídica básica estudada pelo direito administrativo.

Podemos assim dizer que o ato administrativo são uma espécie do gênero “ato jurídico”, e é nos conceitos de nossos ilustres tratadista que poderemos verificar os elementos delineadores deste instituto.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello:

[...] declaração do Estado (ou quem lhe faça as vezes- como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional (2005, p. 359).

José dos Santos Carvalho Filho, assim preceitua:

[...] é a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público (2010, p. 109).

Marcelo Alexandrino:

Manifestação ou declaração da administração pública, nesta qualidade, ou de particulares no exercício de prerrogativas públicas, que tenha por fim imediato a produção de efeitos jurídicos determinados, em conformidade com o interesse público e sob o regime predominante de direito publico (2009, p. 406-407).

Quanto aos elementos do ato administrativos adotaremos os requisitos constantes do art. 2º da Lei nº 4.717/65, ação popular, cuja ausência provoca a invalidação do atos, adotados pela maioria dos autores, são eles, competência, objeto, forma, motivo e finalidade.

- Art. 2º. 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.

Vejamos o trabalho da ilustre tratadista, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003):

COMPETÊNCIA – prefere fazer alusão ao sujeito ao revés de falar da competência. É o poder que a lei outorga ao agente público para desempenho de suas funções. Competência lembra a capacidade do direito privado, com um plus, além das condições normas necessárias à capacidade, o sujeito deve atuar dentro da esfera que a lei traçou. A competência pode vir primariamente fundada na lei (Art. 61, § 1º, II e 84, VI da CF), ou de forma secundária, através de atos administrativos organizacionais. A CF também pode ser fonte de competência, consoante arts. 84 a 87 (competência do Presidente da República e dos Ministros de Estado no Executivo); arts. 48, 49, 51 inciso IV e 52 (competência do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados e Senado Federal).

Para a ilustre tratadista, competência é: “ o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo” (2003, p. 196)

A competência é inderrogável, isto é, não se transfere a outro órgão por acordo entre as partes, fixada por lei deve ser rigidamente observada. A competência é improrrogável, diferentemente da esfera jurisdicional onde se admite a prorrogação da competência, na esfera administrativa a incompetência não se transmuda em competência, a não ser por alteração legal. A competência pode ser objeto de delegação, transferência de funções de um sujeito, normalmente para outro de plano hierarquicamente inferior, funções originariamente conferidas ao primeiro ou de avocação, órgão superior atrai para si a competência para cumprir determinado ato atribuído a outro inferior, consoante art. 11 da Lei 9.784/99 (Lei do procedimento administrativo federal), A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos (CARVALHO FILHO, 2010).

OBJETO – Também chamado de conteúdo, é a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe realizar, é identificado pela análise do que o ato enuncia, prescreve ou dispõe. Consiste na aquisição, na modificação, na extinção ou na declaração de direito conforme o fim que a vontade se preordenar. Ex: uma licença para construção tem como objeto permitir que o interessado possa edificar de forma legítima; o objeto de uma

multa é a punição do transgressor da norma jurídica administrativo; o objeto da nomeação, é admitir o indivíduo como servidor público; na desapropriação o objeto do ato é o comportamento de desapropriar cujo conteúdo é o imóvel sobre a qual ela recai (CARVALHO FILHO, 2010).

Nos atos vinculados, um motivo correspondente a um único objeto: verificado o motivo, a prática do ato (com aquele conteúdo estabelecido na lei é obrigatório). Nos atos discricionários, há liberdade de valoração do motivo e , como resultado, escolha do objeto, dentre os possíveis, autorizados na lei. Assim pode-se afirmar que no ato vinculado o motivo e objeto são vinculados e são discricionários no ato discricionário. O binômio motivo-objeto denominam o mérito administrativo (ALEXANDRINO, 2009).

Para ser válido o ato administrativo, o objeto há que ser lícito, determinado ou determinável, possível.

O vício de objeto é insanável, ou seja, invariavelmente acarreta a nulidade do ato.

FORMA - É o meio pelo qual se exterioriza a vontade administrativa. Para ser válida a forma do ato deve compatibilizar-se com o que expressamente dispõe a lei ou ato equivalente com jurídica. O aspecto relativo à forma válida tem estreita conexão com os procedimentos administrativos. O ato administrativo é o ponto em que culmina a seqüência de atos prévios (é um produto do procedimento), há que ser observado um item (procedimento), até mesmo em homenagem ao princípio do devido processo legal. Torna-se viciado o ato (produto) se o procedimento não foi rigorosamente observado. Exemplos: Se a lei exige a forma escrita e o ato é praticado verbalmente, ele será nulo; se a lei exige processo disciplinar para demissão de um funcionário, a falta ou vício naquele procedimento invalida a demissão.

Como anotado por José dos Santos Carvalho Filho, a forma e procedimento se distinguem, a forma indica apenas a exteriorização da vontade e o procedimento uma seqüência ordenada de atos e vontades, porém, a doutrina costuma caracterizar o defeito em ambos como vício de forma. Ex: portaria de demissão de servidor estável sem a observância do processo administrativo prévio (art. 41, § 1º, II, da CF); ou, contratação direta de empresa para realização de obra pública em hipótese na qual a lei exija o procedimento licitatório (CARVALHO FILHO, 2010).

A forma é uma garantia jurídica para o administrado e para a administração, é pelo respeito à forma que se possibilita o controle do ato administrativo, quer pelos seus destinatários, que pela própria administração, que pelos demais poderes do Estado. Em regra a forma é escrita

MOTIVO – É o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato e o pressuposto de fato corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a administração a praticar o ato. A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo. Ex. de motivos: no ato de punição de servidor, o motivo é a infração prevista em lei que ele praticou; no tombamento, é o valor cultural do bem; na licença para construir, é o conjunto de requisitos comprovados pelo proprietário (ALEXANDRINO, 2009).

MOTIVAÇÃO – Motivação é a demonstração por escrito de que os pressupostos de fato realmente existiram. A motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato, vindo sob a forma de "considerandos". A lei 9.784/99 em seu art. 50 indica as hipóteses em que a motivação é obrigatória. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, pela própria leitura do art. 50 da Lei 9.784/99 pode-se inferir que não se pode mesmo considerar a motivação como indiscriminadamente obrigatória para toda e qualquer manifestação volitiva da Administração. Ainda segundo ele, o art. 93, X, não pode ser estendido como regra a todos os atos administrativos, ademais a CF fala em "motivadas", termo mais próximo de motivo do que de motivação (CARVALHO FILHO, 2010).

Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro “a motivação é regra, necessária, tanto para os atos vinculados quanto para os discricionários já que constitui garantia da legalidade administrativa prevista no art. 37, caput, da CF” (2003, p. 204).

TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES – Segundo a qual o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação de vontade. Se o interessado comprovar que inexistente a realidade fática mencionada no ato como determinante da vontade, estará ele irremediavelmente inquinado de vício de legalidade (CARVALHO FILHO, 2010).

[...] “tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade (2010, p. 129).

É nos atos discricionário que se verifica a grande importância deste, exatamente nestes em que se permite ao agente maior liberdade de aferição da conduta. Mesmo que um ato administrativo seja discricionário, não exigindo, portanto expressa motivação, esta, se

existir , passa a vincular o agente aos termos em que foi mencionada (CARVALHO FILHO, 2010).

O Ilustre Prof. José Carlos Santos Carvalho Filho apresenta um exemplo de aplicação da teoria dos motivos determinantes, a merecer transcrição:

[...] se um servidor requer suas férias para determinado mês pode o chefe da repartição indeferi-la sem deixar expresso no ato o motivo; se, todavia, indefere o pedido sob a alegação de que há falta de pessoal na repartição, e o interessado prova que, ao contrário, há excesso, o ato estará viciado no motivo. Vale dizer: terá havido incompatibilidade entre o motivo expresso no ato e a realidade fática; esta não se coaduna com o motivo determinante (2010, p. 129).

FINALIDADE – É o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato. Enquanto o objeto é o efeito jurídico imediato (aquisição, transformação ou extinção de direitos) a finalidade é o efeito mediato, ou seja, o interesse coletivo que deve o administrador perseguir. Ex: numa permissão de transporte urbano o objeto é permitir a alguém o exercício de tal atividade e a finalidade é o interesse coletivo a ser atendido através deste serviço público.

O desrespeito ao interesse público constitui abuso de poder sob a forma de desvio de finalidade, ofendendo também os princípios da impessoalidade da moralidade administrativa, no primeiro caso, enseja tratamento diferenciado a administrados na mesma situação jurídica, e, no segundo, porque relata os preceito éticos que dever nortear a Administração (CARAVLHO FILHO, 2010).

O desvio pressupõe animus, vale dizer, a intenção deliberada de ofender o objetivo de interesse público que lhe deve nortear o comportamento. Sem esse elemento subjetivo, haverá ilegalidade, mas não propriamente desvio de finalidade. (2010, p. 132).

Abaixo jurisprudência do STJ, sobre vício de finalidade, ou seja, desvio de finalidade de ato administrativo, *verbis*:

DESAPROPRIAÇÃO. UTILIDADE PÚBLICA.

Cuida-se de mandado de segurança no qual o impetrante pretende invalidar ato de autoridade judicial que imitiu o Estado do Rio de Janeiro na posse de imóvel objeto de processo expropriatório. Visa, ainda, à anulação do Dec. Expropriatório n. 9.742/1987. A segurança foi concedida pelo TJ-RJ ao entendimento de que haveria ocorrido manifesto desvio de finalidade no ato expropriatório, pois, além de o Decreto omitir qual a utilidade pública na forma do DL n. 3.365/1941, os imóveis desapropriados destinavam-se a repasse e cessão a terceiros, entre eles, os inquilinos. O Min. Relator entendeu que se submete ao conhecimento do Poder Judiciário a verificação da validade da utilidade pública, da

desapropriação e seu enquadramento nas hipóteses previstas no citado DL. A vedação que encontra está no juízo valorativo da utilidade pública, e a mera verificação de legalidade é atinente ao controle jurisdicional dos atos administrativos, cuja discricionariedade, nos casos de desapropriação, não ultrapassa as hipóteses legais regulamentadoras do ato. Com esse entendimento, a Turma não conheceu do recurso. ([REsp 97.748-RJ](#), Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 5/4/2005).

MÉRITO ADMINISTRATIVO – Considera-se mérito administrativo a avaliação (valoração) da conveniência e oportunidade relativas ao objeto e ao motivo, na prática do ato discricionário, ou seja, aquele em que a lei permite ao agente público proceder a uma avaliação de conduta (motivo e objeto), ponderando os aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática do ato (CARAVLHO FILHO, 2010)

Os atos discricionários, possuem requisitos sempre vinculados (competência, finalidade e forma), e outros dois (motivo e objeto) em relação aos quais a Administração decide como valorá-los, desde que observados os princípios constitucionais, e submetendo-se nos casos de desvio de poder ao controle do Judiciário.

Os atos administrativos vinculados possuem todos os seus requisitos (elementos) definidos em lei, logo, não há falar-se em mérito administrativo (ex: licença para exercer profissão regulamentada em lei), logo, caberá ao Judiciário examinar todos os seus requisitos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade ou não; já nos atos administrativos discricionários, o controle judicial também é possível, porém, terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei (legalidade administrativa – 37, *caput*, CF) (DI PEITRO, 2005)

Há uma tendência de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, aplicando-se o princípio da razoabilidade para aferir a valoração subjetiva da administração pública. Aplica-se também o princípio da moralidade dos atos administrativos (art. 37, *caput*, CF), todavia, não cabe ao magistrado substituir os valores morais do administrador público pelos seus próprios valores, desde que uns e outros sejam admitidos como válidos dentro da sociedade; o que ele pode e deve invalidar são os atos que, pelos padrões do homem médio, atentar manifestamente contra a moralidade.

O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência e oportunidade de uma ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas

com o próprio princípio da independência dos Poderes consagrado no art. 2º. da Lei Maior (MELLO, 2005, p. 922).

José dos Santos Carvalho Filho cita o STJ :

É defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto da sua legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei. Esta solução se funda no princípio da separação dos poderes, de sorte que a verificação das razões de conveniência ou oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado (ROMS n° 1288-91-SP, Min. Cesar Asfor Rocha, DJ-2-5-1994) (CARVALHO FILHO, 2010, p. 138).

Não obstante, a pretexto de exercer a discricionariedade, pode a Administração disfarçar a ilegalidade como o manto de legitimidade do ato. Tal hipótese, no entanto, sempre poderá ser analisada pelo judiciário, no que toca às causas, aos motivos e à finalidade do ato. Concluindo-se ausentes tais elementos, ofendidos estarão os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, justificando, em consequência a invalidade do ato.

CAPÍTULO V

DISCRICIONARIEDADE E CONCRETIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo seu poder sob suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo (ROUSSEAU, 1999, p.22).

A evolução social e política buscou dar maior significado ao ente estatal tornando-o uma instituição deveras limitadora da autonomia privada, tão essencial para a existência e realização do homem. O resultado desta busca se materializou no direito positivo, sobretudo nas constituições. Por meio delas, visou-se atrelar a atuação do Estado a objetivos específicos e preestabelecidos, que teriam como conteúdo aquilo que a sociedade dele espera. A lei, portanto, passou a limitar a atividade e a própria estrutura estatal ao conteúdo que dela consta, isto é o conteúdo legal atribui sentido ao ente estatal.

O Estado passa a atuar nos limites da lei e no sentido por ela preconizado, não se concebe ação sem que esteja prevista em um dispositivo legal, e despida de objetivo em sintonia com as previsões legais. Coroa-se com isso o princípio da legalidade, fazendo com que a atuação estatal seja com ela vinculada.

O poder conferido ao Estado não é mais que um comando oriundo da lei. Antes de implicar uma possibilidade de livre escolha e ação, se encontra vinculado a uma finalidade disposta na norma. Daí se falar que o eixo metodológico do Direito Público não gira em torno da idéia de poder, mas gira em torno da idéia de dever (MELLO, 2005).

Isto porque, o Estado não é titular de interesses próprios. A ele compete a administração e a consecução dos interesses públicos que emanam de terceiros, membros da sociedade, não pode, por isso dispor deles, poder-dever. Pelo mesmo motivo, não cabe a ele formar sua vontade de acordo com critérios aleatórios e infundados. Emerge disso que se denomina princípio da indisponibilidade do interesse público, determinando que em relação ao bens e interesses públicos, cabe ao Estado apenas geri-los, conservá-los.

A vontade estatal reflete fins preestabelecidos e normatizados, representando os anseios da coletividade que foram traçados e positivada em lei. Destarte, a vontade do Estado e os fins de sua atuação estão totalmente direcionado pelo 'interesse público'(CARVALHO FILHO, 2010).

Neste contexto é de se perguntar afinal qual a extensão do “interesse público” e como ele se manifesta.

A melhor doutrina tem realçado que o interesse público não está dissociado do interesse das partes. Repugna ao Estado Democrático de Direito a concepção transpersonalista que autorizava tal dissociação. Corretamente, acentua Celso Antonio de Mello que o interesse público “só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro” e assim conclui que “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem” (2005, p. 51).

Também a favor desse princípio, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta a função específica das normas de direito público: atender o interesses público, o bem estar coletivo.

O interesse público, no sentido ideológico, confunde-se com o bem comum, quando designa a preocupação com valores essenciais à existência digna, mediante a diminuição das desigualdades sociais. Essa concepção parece vir ao encontro das funções do Estado e, conseqüentemente, da Administração Pública com é entendida hoje, pois ela permite “o ressurgimento do indivíduo, como centro das liberdade e direitos, através da sociedade em que vive e à qual não deseja renunciar, que devem procurar permitir-lhe gozar efetivamente desses direitos e liberdades, em um jogo de razoável e justa conveniência” (1991, p. 60).

Com efeito, reconhecer a dimensão e o conceito de interesse público implica em contatar também a relevância que o regime democrático dialógico (com a participação dos indivíduos nos procedimentos de formação da vontade estatal) possui para legitimar a existência e a atuação do ente estatal. A esse incumbe, portanto, a função de concretizar finalidade dispostas na norma, que espelhem por sua vez os anseios da sociedade. Tal função se materializa de diferentes formas, de acordo com a estrutura estatal e com os comandos legais que lhe são impostos, mas representam um poder-dever de o Estado agir em busca dos fins legais, devendo proporcionar mecanismos de controle e participação efetiva do cidadão nesta formação.

Quando remetemos a função do Estado, ao dever que o incumbe em atuar conforme estabelecido em lei a fim de promover a consecução do interesse coletivo, assume peculiar destaque o **Poder Discricionário**, já que por muito tempo este serviu de campo de fundamentações equivocadas de certos atos praticados pelo Poder Público, que por sua vez, a princípio logicamente não era abrangido pelo controle jurisdicional no que tange ao mérito.

Nos atos discricionários há vinculação à previsão legal até certo ponto, a partir do qual caberia ao agente público, com base nas circunstâncias fática, concretizar a norma, acrescentando-lhe conteúdo para ser aplicado em uma determinada situação. Assim fica a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o que cabe-lhe preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei (MELLO, 2005).

Celso Antonio Bandeira de Mello, afirma que:

Toda lei cria sempre e inexoravelmente um quadro dotado de objetividade dentro no qual se movem os sujeito de direito. O grau desta objetividade é que varia. [...] em quaisquer situações jurídicas pode-se reconhecer uma limitação que delinea os confins de liberdade de um sujeito. Tal liberdade, entretanto, pode ser mais ou menos ampla, em função das pautas estabelecidas nos dispositivos regedores da espécie (2005, p.891).

A esse respeito mais uma vez o ilustre tratadista nos ensina:

Se a lei, nos casos de discricção, comporta medidas diferentes, só pode porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra solução para outra espécie de casos, de modo a que sempre seja adotada a solução pertinente, adequada à fisionomia própria de cada situação, a fim de que seja atendidas a finalidade própria de cada situação, a fim de que seja atendida a finalidade da regra em cujo nome é praticado o ato. A existência de discricionariiedade ao nível da norma não significa, pois que a discricionariiedade existira com a mesma amplitude perante o caso concreto e nem sequer que existirá em face de qualquer situação que ocorra, pois a compostura do caso concreto excluirá obrigatoriamente algumas das soluções admitidas *in abstracto* na regra e, eventualmente, tornará evidente que uma única medida seria apta a cumprir-lhe a finalidade. Em suma a discricção suposta na norma de Direito é condição necessária, mas não suficiente, para que exista discricção no caso concreto (2005, p. 893).

Neste contexto o poder discricionário contribui para a melhor captação e implementação da norma. A incompletude do texto normativo não se dá por mera omissão do legislador, ao contrário, intencionalmente deixa-se em aberto a decisão a ser tomada justamente porque se espera que, ciente das circunstancias fáticas e dos elementos peculiares que se contemplem caso a caso, o agente público possa encontrar uma melhor solução para a situação fática do que a norma pode abstratamente fazer, isto é, confia-se na subjetividade do agente público para selecionar e aplicar a norma de forma mais funcional, aliando a finalidade normativa à necessidade do caso.

A Administração esta obrigada a sempre escolher os melhores meios para satisfazer o interesse público e não pode arriscar, devem escolher a melhor maneira para praticar tais atos. A eficiência deve ser considerada um limite da discricionariiedade.

A responsabilidade pelos atos discricionários não é maior nem menor que a decorrente dos atos vinculados. Ambos representam facetas da atividade administrativa, a que todo homem público, a que toda autoridade há de perflorar. A timidez da autoridade é tão prejudicial quanto o abuso do poder. Ambos são deficiências do administrador, que sempre redundam em prejuízo para a Administração. O tímido falha, no administrar os negócios públicos, por lhe faltar a firmeza de espírito para obrar com firmeza e justiça nas decisões que contrariem os interesses particulares; o prepotente não tem moderação para usar do poder nos justos limites que a lei lhe confere. Um peca por omissão; o outro, por demasia no exercício do poder. (MEIRELLES, 2002, p. 166-167).

Assim podemos compreender o poder discricionário, não como uma faculdade, uma liberdade ou simples prerrogativa do agente público. Consiste, diferentemente, de uma técnica de integração da norma, um mecanismo de concretização do texto legal. Não deixa de ser, ao mesmo tempo, uma competência atribuída ao agente público, que assume a função, ou dever de dar concretude às finalidades legais, em face a impossibilidade de tudo se prever na letra da norma.

Entretanto, quando o agente atua fora dos objetivos expressos ou implicitamente traçados na lei ocorre o abuso de poder, rechaçado pelo mundo jurídico e social.

O desvio de poder é a conduta mais visível nos atos discricionários. Decorre desse fato a dificuldade na obtenção da prova efetiva do desvio, sobretudo porque a ilegitimidade vem dissimulada sob a aparência da perfeita legalidade. “Trata-se pois de um vício particularmente censurável, já que se traduz em comportamento soez, insidioso. A autoridade atua embaçada em pretensão interesse público, ocultando destarte seu malicioso desígnio” (MELLO, 2005,).

Hely Lopes Meirelles (2002), trata o desvio de poder ou finalidade com uma violação ideológica ou moral a lei, porque o agente público estaria usando motivos e meios imorais para a prática administrativa, disfarçando o capuz da legalidade e dos interesses públicos.

Importa ressaltar, que a muito tempo se condenou o controle do mérito administrativo no ato discricionários por parte do poder judiciário, pois se entendia que isso implicaria em uma violação do princípio da separação dos poderes, já que caberia somente ao agente público o juízo de oportunidade e conveniência. Todavia, a evolução doutrinária veio a demonstrar que mesmo esse juízo de mérito encontra limites legais, já que não se pode conceber, sob o princípio da legalidade qualquer atuação estatal que não esteja pautada em finalidades impostas por lei, sobretudo aquelas expressas por princípios como os da moralidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade entre outros.

Esse sem dúvidas foi um dos grandes passos dado pela sociedade especificamente pelo poder judiciário para a efetiva concretização dos interesses coletivos, quando não mais permitiu que sob o manto da impossibilidade do controle do mérito administrativo cometessem injustiças sociais.

Destacamos, como fato histórico, o célebre julgamento do Ministro Orozimbo Nonato do Supremo Tribunal Federal, acerca da possibilidade do controle jurisdicional de legitimidade das demissões de funcionários públicos.

Não me convenço, porém, de que, na apreciação do ato administrativo, deva o juiz limitar-se a verificar a formalização, não entrando no mérito da decisão impugnada. Não entendo que deva o poder judiciário limitar-se a apreciar o ato administrativo do ângulo visual da legalidade extrínseca e não do seu mérito intrínseco, ou seja, da sua justiça ou injustiça. A essa tese jamais darei meu valioso apoio. Entendo, ao revés, que ao Poder Judiciário é que compete, principalmente, decidir o direito que a parte oponha à administração baseada em lei do país. Quem dirá se o ato foi justo ou injusto: a própria administração, acobertada por um inquérito formalmente perfeito, ou, a cabo de contas, o Poder Judiciário? A minha resposta é que cabe ao Poder Judiciário, por que a este compete, especificamente, resolver as pendências, as controvérsias que se ferem entre cidadãos ou entre cidadãos e o Estado. (Embargos na Apelação Cível nº 7.307, Pleno STF, 1944).

A liberdade decisória expressa por meio do poder discricionário compreende um poderoso canal pelo qual podem permear os interesses públicos, o que não ocorreria caso a atuação do Estado estivesse completamente limitada à letra da lei. Como já dito, o interesse público é um conceito de conteúdo dinâmico, mutável, e sua aferição passa, impreterivelmente, pela ponderação dos interesses em jogo, que por sua vez são encontrados nas múltiplas expressões e manifestações do ambiente social.

Essa compreensão abrangente permite que a ação administrativa esteja vulnerável ao desvio de finalidade, dando margem à imoralidade administrativa velada, escondida sob a cobertura da legalidade.

Em que pese ser a discricionariedade fundamental para a concretização do interesse público é nela também que encontramos o distanciamento desta concretização. O que se observa no cotidiano é o distanciamento dos atos discricionários dos gestores públicos com a vontade da grande parte da sociedade.

O poder discricionário envolve motivos e decisão, e a decisão, com já mencionado, será pessoal, subjetiva, carregada de influencia políticas, circunstanciais e ideológicos.

Verifica-se então que o agente público, valendo da discricionariade, por si só, não é a garantia de eficácia na realização do interesse coletivo.

Aliada a esse contexto não podemos negar a existência de casos em que não é possível dizer, sem certa margem de dúvida, qual dentre duas ou mais medidas traria melhor resultado, com o menor ônus aos cidadãos. Nestes casos, pela própria limitação da compreensão humana, fica difícil, senão impossível, asseverar qual a medida mais razoável, oportuna, justa, conveniente e adequada.

Em determinadas situações, nem a Administração Pública nem o Poder Judiciário podem seguramente dizer qual a medida mais adequada, já que, pelas peculiaridades do fato concreto, pela indeterminação do mandamento normativo, pela subjetividade da apreciação, não há como se pretender uma homogeneidade decisória.

E é neste conjectura, oriundo da complexidade social e humana, que se abre espaço para interesse diversos na medida em que se aproximam “grupos de interesses” junto a Administração afastando-a dos reais interesses da sociedade.

A complexidade da sociedade moderna, a autonomia pública torna-se um fenômeno extremamente denso e multifacetado; afinal, não representa apenas o poder de um grupo de indivíduos homogêneos quanto ao seu interesses e estilos, como ocorria nas primeiras formas de sociedade. Ao contrário: a sociedade moderna é marcada, pela complexidade das operações e relações que ocorrem em seu ambiente, de forma que a Administração por si só não é capaz de atender a todos os anseios da sociedade, ou seja, da efetiva concretização do interesse público em sua mais ampla acepção.

A própria dinamicidade e as estruturas de organização da sociedade e do Estado, hoje em dia, demandam em diversas situações, um contato maior e mais imediato entre Estado e indivíduos, para que se possa captar as necessidades desses.

É através dos institutos de participação popular, essência do regime democrático, que encontramos esta aproximação. De fato, à medida que se consagram institutos com tais, mais forte fica o canal entre Estado e sociedade, o que, como sabe, compreende a legitimidade, isto é, a recepção, pelo Estado, dos interesses públicos que dela (sociedade) emanam.

A criação destes canais dialógicos no seio da população possibilita a captação de sua expressão com fonte inspiradora de seus atos. A idéia, por trás disso, como já exposto, é o fato de que o ente, Estado, não é capaz de coordenar e de receber na origem todas as formas de expressão popular que inspiram os anseios sociais.

Entre as mais relevantes encontramos as audiências públicas e o orçamento participativo. As audiências publicas consistem de verdadeiros fóruns de debates abertos a

coletividade ou a comunidades específicas, mas sempre se garantindo transparência e representatividade.

Outros tantos, como as consultas públicas, o instituto da gestão democrática da cidade e da gestão orçamentária participativa, implantados pela Lei. 10.257/2001, etc. contribuem como instrumentos de concretização do interesse pública pela administração no uso da discricionariedade.

Dessa forma, unindo-se a liberdade de avaliação, ponderação e valorização dos fatos e interesses sociais, conferido aos agentes públicos, discricionariedade, aos institutos de participação social, cada vez mais adotados nos diversos âmbitos das funções estatais, pode se chegar a uma síntese que só tem a promover a legitimidade da atividade do Estado na concretização do interesse coletivo. Afinal, na medida em que o ordenamento se conecta com os anseios sociais, permitindo sua evolução em conjunto, por meio de procedimentos idôneos e de acesso a todos, será mais eficiente e justo, em meio a todo complexo contexto da sociedade moderna (GUERRA, 2011).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caráter complexo da sociedade moderna, repleta de antagonismos e divergências quanto a valores e expectativas de sua plural população, inviabiliza a construção de normas e padrões universais.

A imprecisão destas normas, a utilização de conceitos fluídicos, a amplitude política, sociológica e filosófica que permeia o “interesse público”, bem como o afastamento da própria população da vontade estatal, contribuem para que o ato estatal se afaste dos reais interesses da sociedade, seja pela própria complexidade seja pelo desvio de finalidade já que nestes cenário encontramos um terreno fértil para tais manifestações.

A discricionariedade, embora se apresente como um dos mais importantes instrumentos de que dispõe a Administração Pública para a concretização do interesse público, mesmo com os grandes avanços em torno deste instituto ocorrido nas últimas décadas e exemplo da construção jurídica ocorrida em torno do mérito administrativo que permitiu seu controle pelo judiciário, não tem por si só sido capaz de dar concretude aos interesses da sociedade.

O que se observa é que esta concretude não ocorrerá com base na imposição do consenso contencioso das normas, mas terá grandes chances de ser atingida quando a organização social se pautar em procedimento de caráter dialógicos e participativos.

Cabe ao Estado possibilitar a inserção da população nesses procedimentos e o dever de observá-los em sua atuação, pois, dessa forma, se garante o controle de suas atividades perante o interesse público delineado pela ordem jurídica. O interesse positivado, por sua vez, deve ser submetido aos mesmos instrumentos participativos para que se permita a sua evolução conforme os anseios. Igualmente incumbe ao Estado e à sociedade a garantia dos direitos fundamentais, sem os quais é impossível a formação de um povo consciente e participativo (GUERRA, 2011).

O atributo da discricionariedade nos atos do Poder Público (que é o inerente aos agentes públicos em qualquer função do Estado) ganha um nova importância, pois, praticados os atos com observância dos procedimentos democráticos, permite-se maior controle e a segurança de que os resultados visados serão efetivamente aqueles voltados para os interesses públicos. Em termos práticos, isso pode ser concretizado por meio de mecanismos de inserção e de participação da população nos procedimentos de formação da vontade estatal (GUERRA 2011).

A discricionariedade fica, assim, ainda mais restrita no que tange à finalidade do ato estatal, pois passa a ser controlada pelos interesses públicos. Mas, ao mesmo tempo, ganha maior amplitude na formação de seu conteúdo, pois os procedimentos democráticos levam ao agente público um maior número de interesses a serem discutidos e possivelmente concretizados. Essa leitura do ato discricionário permite, portanto, que a dinâmica democrática-dialética ocorra em âmbitos decisórios ainda mais restritos, antes pouco controlados pela sociedade e talvez por isso tão ineficientes (GUERRA, 2011).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANRINO, Marcelo e Vicente Paulo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 17ª ed. São Paulo: Método, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Distrito Federal: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos na Apelação Cível nº 7.307*. Relator Ministro Castro Nunes, julgamento pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 20 de dezembro de 1944. In. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, trimestral, vol. III, 1946, p. 80. Domínio público. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/7258/algumas-consideracoes-acerca-do-controle-jurisdicional-do-merito-administrativo/2>> Acesso em : 15 de out. 2011.

CALEGARI. Luciano Robinson. *Definição de Estado*. Domínio público. Disponível em : <www.Conteudojuridico.com.Br/?artigos&ver=2.29283> Acesso em : 19 de out. 2011.

CAMPOS, Murilo de Mello. *Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e o processo administrativo disciplinar*. Revista eletrônica do instituto de estudos avançados em controle e democracia. Domínio Público. Disponível em: <<http://www.ieacd.com/revista/Os%20Princ%C3%ADpios%20da%20proporcionalidade%20e%20razoabilidade%20e%20o%20processo%20administrativo%20disciplinar.pdf>> Acesso em : outubro 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FURASTÉ, Pedro Augusto. *Normas Técnicas Para o Trabalho Científico*. 14 ed. Porto Alegre: s.n., 2008.

GASPARIN, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo:Saraiva,1995.

GUERRA, Martins Evandro. *A Discricionareidade no Estado Contemporâneo*. Domínio publico. Disponível em : <http://www.revistaadm.mcampos.br/EDICOES/artigos/2011volume8/evandromartinsguerraadiscricionariadenoestadocontemporaneo.pdf> > Acesso em : 28 de out. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos da Metodologia Científica*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PESSOA, Leonardo Ribeiro .*Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira*. Domínio Público. Disponível em : <<http://Jus.com.br/revista/texto/5989/os-principios-da-proporcionalidade-e-da-raoabilidade-na-jurisprudencia-tributaria-norte-americana-e-brasileira>> Acesso em : outubro 2011.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SILVA, De Pácido. *Vocabulário Jurídico*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA. José Afonsa da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.