

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ - UESPI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
COORDENAÇÃO DO CURSO DE BACHARELADO EM CIÊNCIAS
JURÍDICAS

ATO ADMINISTRATIVO: LIMITE DE ATUAÇÃO DO AGENTE
PÚBLICO NO EXERCÍCIO DO PODER DISCRICIONÁRIO

THIAGO OLIVEIRA SOUZA

Biblioteca UESPI - PHB
Registro Nº M 842
CDD 341.35
CUTI S 719 a
v 01
Data 14 09 12
Visto marcelo

BIBLIOTECA-UESPI
REGISTRO
DATA 14/09/12
DIREITO

BIBLIOTECA-UESPI
REGISTRO
DATA
DIREITO

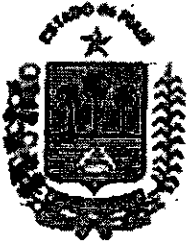
PARNAÍBA
2012

THIAGO OLIVEIRA SOUZA

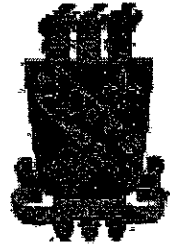
**ATO ADMINISTRATIVO: LIMITE DE ATUAÇÃO DO AGENTE
PÚBLICO NO EXERCÍCIO DO PODER DISCRICIONÁRIO**

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí/UESPI, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas, sob a orientação do prof. Fábio Silva Araújo.

PARNAÍBA
2012



GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ
 FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ
 UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
 CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
 COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO



MONOGRAFIA

**ATO ADMINISTRATIVO: LIMITE DE ATUAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO NO
 EXERCÍCIO DO PODER DISCRICIONÁRIO**

GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ
 UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ
 CAMPUS PIAUI UESPI
THIAGO OLIVEIRA SOUZA
 COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO

MONOGRAFIA

Resultado: APROVADO

ATO ADMINISTRATIVO LIMITE DE ATUAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO NO
 EXERCÍCIO DO PODER DISCRICIONÁRIO

PROFESSOR ORIENTADOR FÁBIO SILVA ARAÚJO

Phablo Rodrigues de Oliveira

PROFESSOR EXAMINADOR PHABLO RODRIGUES DE OLIVEIRA

M^{te} da Graça B. de Moraes Castro

PROFESSOR EXAMINADOR MARIA DA GRAÇA BORGES DE MORAES CASTRO

PROFESSOR ORIENTADOR FÁBIO SILVA ARAÚJO

Dedico a realização dessa pesquisa científica ao prof. Fábio Silva Araújo e a todos aqueles agentes da administração pública que desempenham suas funções com presteza, zelo e seriedade sempre na busca do bem público.

Agradeço ao senhor Deus pela oportunidade da vida, à minha família pelo conforto e segurança que me fazem sentir em momentos de dificuldade e a todas as pessoas que sempre me apoiaram e acreditaram no meu sucesso.

“O fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo, a luta. O direito não é uma simples idéia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma completa a outra. O verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança”.

Rudolf Von Lhering

RESUMO

Este trabalho de pesquisa científica funda-se no Ato Administrativo: Limite de atuação do agente público no exercício do poder discricionário que tem importância inegável para a sociedade em geral, buscando aclarar a visão dos administrados em relação ao Direito Público, tratando especificamente do Direito Administrativo no que diz respeito aos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária, com o fim de despertar uma discussão a respeito da margem de liberdade do agente público no uso desse poder. A pesquisa coloca em análise os excessos provocados pelos administradores, demonstrando que muitos pecam inclusive praticando arbitrariedades quando o ato administrativo não é totalmente vinculado.

Palavras-Chave: Administrados, poder discricionário, agente público e ato administrativo.

ABSTRACT

This scientific research work is based on the Administrative Act: Limit action of public official in the exercise of discretion that has undeniable importance for society in general, seeking to clarify the vision of citizens in relation to Public Law, Administrative Law dealing specifically with respect to administrative acts in the exercise of discretionary powers, in order to trigger a discussion about the degree of freedom of the public official to use that power. The research puts in question the excesses caused by the administrators, demonstrating that many practicing sin even when the arbitrary administrative act is not fully linked.

Keywords: Managed, discretion, public official and administrative action.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPITULO I – BREVE HISTÓRICO DO DIREITO ADMINISTRATIVO	10
1.1 O Direito Administrativo no Brasil	11
CAPITULO II – PRINCÍPIOS BASILARES DA ADMNISTRAÇÃO	12
2.1 Princípio da Legalidade	12
2.2 Princípio da Moralidade	13
2.3 Princípio da Impessoalidade.....	14
2.4 Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade.....	16
2.5 Princípio da Publicidade	17
2.6 Princípio da Eficiência.....	18
2.7 Princípio da Segurança Jurídica	18
2.8 Princípio da Motivação.....	19
2.9 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório	20
2.10 Princípio da Supremacia do Interesse Público.....	21
CAPÍTULO III – ATOS ADMINISTRATIVOS	22
3.1 Requisitos do Ato Administrativo	24
3.1.1 Competência.....	24
3.1.2 Finalidade	24
3.1.3 Forma	25
3.1.4 Motivo	25
3.1.5 Objeto	26
CAPÍTULO IV – O PODER DISCRICIONÁRIO	27
4.1 Fundamentos e Origem da Discricionariedade.....	27
4.2 Vinculação e Discricionariedade.....	28
4.3 Os Limites do Poder Discricionário	32
CONSIDERAÇÕES FINAIS	34
REFERÊNCIAS	36

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo é ramo da ciência jurídica responsável por explicar o funcionamento e a caracterização da administração pública em sentido amplo, como são exemplos o estudo do regime jurídico administrativo, da organização administrativa, dos servidores públicos, dos atos administrativos e vários outros assuntos de interesse dos administrados.

Dentre uma vasta gama de assuntos que compõe e fazem parte da estrutura formadora da administração pública que poderiam ser tratados neste trabalho, foi escolhido um tema específico sobre Ato Administrativo: Limite de atuação do agente público no exercício do poder discricionário, de fundamental importância para a sociedade politicamente organizada, pois o mesmo é instrumento de dúvida para um grande número de pessoas e na maioria das vezes até ignorado por elas e de discussões nem sempre pacíficas entre os estudiosos do direito, ao mesmo tempo responsável por escolhas que afetarão a vida da população.

A sociedade sempre lutou por melhorias através de reivindicações promovidas por meio de associações, líderes sindicais e até mesmo individualmente, cobrando de seus governantes, ações para a promoção do bem público, porém para a realização dessas referidas ações é necessária a prática de determinados atos administrativos que busquem suprir as necessidades almejadas e que são responsáveis pelo funcionamento de todos os entes e órgãos públicos.

Nesse ambiente dos atos praticados pelos agentes políticos existe uma variedade enorme de características e diversidade de classificação pelos estudiosos publicistas, então para um estudo mais minucioso foi delimitado um tema relacionado à discricionariedade no exercício do ato administrativo praticado pelos chefes do executivo, para se verificar até onde vai o limite do seu poder dever.

É sabido por todos que os aspirantes ao cargo público do executivo com mandato eletivo de qualquer dos entes da República quando chegam ao poder nem sempre estão preparados para a difícil tarefa de governar, mesmo que se trate da menor entidade entre as que formam a República Federativa do Brasil, ou seja, o município, que na teoria seria a de mais fácil administração, por não ter

dimensões territoriais tão grandes quanto os estados e a união, estando assim o chefe do executivo municipal mais próximo dos problemas a serem solucionados e das necessidades da sociedade local.

É importante deixar claro que discricionariedade não é o mesmo que arbitrariedade, recorrendo ao ilustre mestre Hely Lopes Meirelles (34ª edição, 2008, pag. 120) para quem “Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei”.

Embora se fale em ato administrativo discricionário, como já consagrado na doutrina e jurisprudência, convém explicar, que na verdade, discricionária é a conduta do agente que o exerce.

Tão importante quanto à prática do ato administrativo discricionário, onde se deixa uma margem de atuação ao agente político dentro do limite legal imposto pela legislação, é saber até onde vai essa liberdade dada pelo legislador para o perfeito atendimento do fim público, não ocasionando assim um abuso de poder ou excesso de poder na prática do ato administrativo discricionário.

Acontece que muitos governantes, quando da necessidade de praticar atos onde a lei deixa certa liberdade de atuação, mas dentro de um ambiente determinado, caracterizando uma ação discricionária no uso de suas atribuições políticas, praticam ações excedentes à lei ou contrárias a ela, ocorrendo então a arbitrariedade e como consequência disso a nulidade do ato.

As dúvidas em relação ao poder dever do agente público na prática do ato discricionário fazem parte do cotidiano dos administrados, não sabendo os mesmos em sua grande parte, como proceder quando se sentem atingidos de maneira lesiva ou mesmo quando não forem afetados, mas verificarem que o ato discricionário ultrapassou a fronteira da legalidade imposta ao seu correto fim.

Várias foram as motivações que levaram ao interesse de pesquisa desse tema, primeiramente foi o prazer e a preferência sempre dedicada ao Direito Administrativo nos estudos durante o decorrer deste curso, em segundo lugar a ânsia em aprofundar conhecimentos relacionados ao tema proposto, pois é matéria que nos é vivenciada cotidianamente e em terceiro mas não menos importante, levar motivação para que mais pessoas se interessem pelo assunto e saibam reconhecer quando um agente político exceder os limites do poder dever que lhe é atribuído.

CAPÍTULO I

1. ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo que temos ciência no presente momento teve sua origem na França. O responsável pelas idéias e pensamentos que regulavam as relações entre Administração e administrados não era o poder judiciário, mas um Conselho de Estado vinculado ao Poder Executivo decidindo com força de coisa julgada.

Após o período da monarquia absolutista, sobreveio a revolução francesa, época na qual inexistiam normas que subjugassem ao direito a conduta soberana do Estado em suas relações com os administrados. Nessa época tinha-se conhecimento apenas de disposições que regulavam as relações entre particulares, não sendo estas adequadas para reger situações de outra índole.

Nascia assim a necessidade de um Direito “novo” que tratasse de maneira mais específica as relações entre Administrados e Administração, exorbitando assim do Direito Comum conhecido até então. Foi o referido Conselho de Estado o responsável por converter os princípios e concepções da época no que se dá o nome atualmente de Direito Administrativo.

Após a Revolução Francesa, desenvolveu-se neste país uma singular concepção da tripartição do exercício do poder, segundo a qual haveria uma violação dela se o judiciário controlasse atos emanados pelo executivo. Com receio de que o judiciário continuasse agindo de tal maneira que imprimisse certo controle aos atos do executivo foi estabelecido que as funções do judiciário são distintas e permaneceram separadas das funções administrativas.

Como consequência disto; os casos em que o administrado recorria de decisões que lhe desagradavam, mediante recursos hierárquicos, eram julgados pela própria Administração, ou seja, o mesmo órgão que praticava os atos também era o responsável por julgá-los perante alguma discórdia dos administrados, este período ficou conhecido como o sistema do administrador-juiz.

O sistema do contencioso administrativo, adotado originariamente na França, ganhou grandes proporções e foi seguido em diversas nações. Surgiu da luta entre o parlamento que desempenhava funções jurisdicionais e os intendentess

que representavam as administrações locais.

A Revolução Francesa imbuída de seus ideais de igualdade, liberdade e fraternidade acendeu no povo a chama do liberalismo, encontrando ambiente propício para a separação da Justiça Comum da Administração. A Lei 16 de 24/08/1790 dispôs: "As funções judiciárias são distintas e permaneceram separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar, de qualquer maneira, as atividades dos corpos administrativos".

A constituição de 3/8/1791 dizia: "Os tribunais não podem invadir as funções administrativas ou mandar citar, para perante eles comparecerem, os administradores, por atos funcionais".

Eclodiu assim na França o sistema do administrador-juiz, tornando-se proibida a análise dos atos administrativos pela justiça comum, ficando sujeita à jurisdição especial do *contencioso administrativo*, que fica na órbita da autoridade suprema do conselho de estado, medida fundamental do sistema francês. Esse comportamento foi mantido pela reforma administrativa de 1953 e permanece até hoje sendo mantido pela constituição de 4/10/1958.

1.1 O DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

O Direito Administrativo no Brasil surgiu praticamente em simultaneidade cronológica com as demais nações. Em meados do século XIX essa cadeira foi criada nos cursos jurídicos existentes e pouco tempo depois já era editada a primeira obra sistematizada intitulada de **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro - de Vicente Pereira do Rêgo** sendo o primeiro livro a ser publicado na América Latina. Posteriormente foram publicadas diversas obras durante o império.

A partir da era Republicana no Brasil, diversas obras e estudos sistematizados foram sendo publicados, tomando como referencial o Direito norte-americano, onde os Republicanos foram buscar o modelo para a nossa federação.

CAPÍTULO II

2. PRINCÍPIOS BASILARES DA ADMINISTRAÇÃO

Levando-se em consideração o que já foi exposto, será tratado neste capítulo dos princípios básicos da administração pública, princípios estes que aparecem expressamente na vigente Constituição da República de 1988 e outros que necessariamente estão ligados à lei maior, mesmo que não constem de forma expressa, logicamente agregados a aludida carta republicana.

O artigo 37, caput da Constituição fez constar de forma expressa apenas cinco princípios à Administração Pública:

- a) Legalidade;
- b) Impessoalidade;
- c) Moralidade;
- d) Publicidade e
- e) Eficiência.

Além destes ainda podemos citar os seguintes princípios: Razoabilidade, segurança jurídica, motivação, ampla defesa e supremacia do interesse público.

É importante deixar claro que qualquer ação ou omissão que atente contra os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições vão de encontro com os princípios da Administração Pública.

2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

No âmbito de toda a administração pública, deve estar sempre atrelado a esta os parâmetros da legalidade, por onde se basearam os agentes administrativos, quando da prática de qualquer ato no exercício da função pública.

A observação dos preceitos da lei é requisito para o perfeito cumprimento da finalidade pública, que se chega através dos atos emanados pela autoridade competente.

Sobre o princípio constitucional da legalidade assim preceitua renomado

doutrinador:

A legalidade como um dos princípios da Administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal conforme o caso (MEIRELLES, 2008, P.89).

No artigo 2º, I, parágrafo único da Lei 9.784/99 diz que a eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. Fica claro assim que, além da atuação conforme a Lei, a legalidade significa a observância dos princípios administrativos.

Diferentemente dos particulares que podem fazer tudo que a Lei não proíbe, na Administração Pública deve-se praticar tudo de acordo com as normas em vigor, sendo este comportamento necessário para a validade do ato emanado pelo poder público.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim". (MEIRELLES, 2008, P.89).

Administração legítima é aquela que se envolve da legalidade e da probidade administrativas, para que atenda tanto as exigências da lei com aos preceitos da instituição pública.

2.2 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

A moralidade administrativa, que nos dias de hoje constitui pressuposto de validade para todo e qualquer ato administrativo, não pode deixar de ser exercida pelo agente público, pois na finalidade pública de toda ação ou omissão deve estar entranhada princípios éticos do bem comum.

Essa moral pode ser entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração. Todo indivíduo no exercício da função pública deverá sempre buscar o caminho honesto, do bem, estando esse

obrigado a realizar seus atos sempre pautados na justiça.

Assim o agente administrativo dotado da capacidade de atuar, deve necessariamente distinguir o honesto do desonesto, o bem do mal, o conveniente do inconveniente, o oportuno do inoportuno, o legal do ilegal sempre buscando a melhor maneira de realizar o fim público.

O conceito de bom administrador público esta intimamente ligado à moralidade administrativa, que utilizando o agente de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum.

No âmbito da legislação infraconstitucional o Decreto 1.171/94 aprovou o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil Federal, onde reafirmou o princípio da moralidade administrativa, colocando expressamente que o servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta, seguindo as regras do artigo 37, caput, §4º da CF.

Diz da seguinte forma em sua obra Mello (2010, P.119):

(...) a administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do artigo 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e da boa fé.

Dessa forma é imprescindível que o administrador atue de forma que respeite aos fundamentos éticos e morais, sempre pautando seus atos nos princípios da moralidade, legalidade e eficiência.

2.3 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da Impessoalidade nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, princípio este que exige do administrador público a prática do ato somente para o seu fim legal.

As normas legais indicam expressamente ou virtualmente o fim legal que deverá ser atingido de forma impessoal, sendo este o objetivo do ato.

Quando aquele que detém a competência para a prática do ato, o exercer de maneira pessoal, buscando benefício próprio ou qualquer outro tipo de

vantagem particular estará ele violando cabalmente o princípio da impessoalidade, tornando qualquer ato praticado com este tipo de vício, um ato ilegal. Deve ser rejeitada, dessa forma, qualquer tentativa de promoção pessoal das autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas.

Dessa forma nos diz Meirelles (2008, P. 93):

E a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á a invalidação por desvio de finalidade, que a nossa lei da ação popular conceituou como o "fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência" do agente (Lei 4.717/65, art.2º, parágrafo único, "e").

O que é vedado pelo princípio da finalidade é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a administração, buscando satisfazer somente interesses privados, por amizade ou por perseguição dos agentes governamentais, ficando claro dessa forma o desvio de finalidade.

Esse princípio não é matéria pacificada na doutrina, os estudiosos divergem em alguns aspectos. Para Meirelles (2008, p.93) como já foi abordado anteriormente o princípio da impessoalidade nada mais é do que o próprio princípio da finalidade que se entrelaçam sempre na busca do fim público, já para Celso Antônio Bandeira de Mello o princípio da impessoalidade não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.

Deixo claro aqui meu vultoso respeito pelo pensamento do ilustre professor e estudioso que foi Meirelles, mas concordo com a linha de raciocínio seguida pelo emérito professor Celso Antônio quando afirma que:

(...) a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. (MELLO, 2010, P.114).

A atividade administrativa, sem dúvida, deve seguir a linha que busca o fim público, para tanto não pode o administrador praticar um ato com a intenção de beneficiar uma pessoa por ser um amigo ou por ter grande simpatia por ela, nem praticar um ato capaz de prejudicar um indivíduo simplesmente por ter

animosidades ou conflitos ideológicos. Todos os administrados devem ser colocados em pé de igualdade e serem tratados com base na isonomia em suas relações com a administração.

2.4 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Tratado de maneira implícita na Constituição, o princípio da razoabilidade é sem dúvida, um dos mais importantes na atividade administrativa hoje em dia e esta ganhando cada vez mais força.

A razoabilidade deve ser utilizada como um objeto para verificar o perfeito entendimento entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da administração pública.

É notório que o princípio da razoabilidade guarda estreita relação com a proporcionalidade e vice-versa. Deve-se tomar cuidado para não utilizar o referido princípio como meio de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou quem faça a sua interpretação.

O uso desse princípio é verificado mais facilmente, naqueles atos onde o administrador tem uma margem de liberdade para agir, ou seja, quando o agente tem a possibilidade de escolher dentre várias, a melhor alternativa para atingir o fim público. Sendo assim sua aplicação está mais presente na discricionariedade, agindo como um instrumento de limitação, aumentando o campo de controle pelo judiciário e até mesmo pelos Tribunais de Contas.

Dessa forma escreveu importante autor pátrio:

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu um encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a administração para manipular a regra de direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. (MELLO, 2010, P.108).

Podemos perceber que ao administrador em alguns atos é deixada certa liberdade de escolha, mas esse administrador que deve buscar sempre o fim

público tem que verificar a proporção adequada e as razões que vão dar causa à concretização desse ato.

2.5 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Em geral todas as ações que envolvem o poder público, como: a realização de contratos, a prática de atos administrativos e inúmeras outras atividades devem sempre estar acompanhadas de publicidade, a única hipótese onde se admite o sigilo ocorre quando o teor da informação for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, conforme artigo 5º, XXXIII, CF.

A administração tem o dever de manter plena transparência em suas atividades, comportamento este necessário para o atendimento de preceitos garantidos constitucionalmente como o direito à informação.

A publicidade se realiza através da divulgação oficial do ato para o conhecimento público e início de seus efeitos externos, se não houver essa ciência que deve ser dada aos administrados, os atos não adquirem validade perante as partes envolvidas e terceiros.

Pública é a administração, então conseqüentemente todo ato administrativo deve ser publicado em princípio. Somente em alguns casos como já foi declarado deve haver sigilo nos termos da Lei 8.159/91 e pelo Decreto 2.134/97.

A publicidade, como princípio da administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto da divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. (MEIRELLES, 2008, P.97).

O conhecimento pelos administrados dos atos praticados pelo agente público é requisito para o perfeito cumprimento do princípio da publicidade, onde o administrador deve dar ciência de todos os seus atos, exceto daqueles imprescindíveis para a segurança nacional e os que exijam sigilo de justiça.

2.6 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Este princípio é o mais moderno da função administrativa, o mesmo exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Já não satisfaz mais a administração a prática de atos imbuídos apenas de legalidade, cobrando resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da população atingida por ele.

Com o advento deste princípio através da EC nº 45/2004 a eficiência passou a ser um direito constitucional, assegurando a todos no âmbito administrativo e judicial a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Essa mesma EC 45, ao tratar da promoção, por merecimento, do juiz e do membro do Ministério Público, determina ao órgão competente que afira a presteza no exercício da função e que não promova aquele que "retiver autos em seu poder além do prazo legal". (MEIRELLES, 2008, P.98-99).

Todo agente, no exercício de função pública, deve se pautar sempre em praticar seus atos com eficiência, nunca fugindo da legalidade e da moralidade obrigatoriamente devem compor os atos administrativos.

Ainda no que abrange este princípio, deve o mesmo ser levado em consideração para as promoções. Observando-se que um agente seja negligente e não exerça com presteza suas funções, não merece este ser promovido. Já aquele que realize suas atividades com celeridade e em perfeitas condições causando um bom funcionamento da máquina pública está sujeito a ser agraciado com uma promoção.

Existe, portanto, uma objetividade de aferição de merecimento e impedimento da promoção.

2.7 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Este princípio é considerado como um dos pilares que sustentam a ordem jurídica. Nos últimos anos, a segurança jurídica vem aumentando de forma surpreendente sua importância dentro da estrutura estatal do Estado de Direito. Entendido como princípio da boa fé dos administrados ou da proteção da

confiança.

À segurança jurídica está atrelado o sentimento de estabilidade das situações jurídicas, mesmo naquelas onde se apresentam na origem vícios de ilegalidade.

Nas palavras de emérito professor este princípio:

(...) coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso - comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. (MELLO, 2010, P.124).

Em função deste princípio, ficou estabelecido que as orientações seladas pela administração em qualquer matéria, não podem ser modificadas sem o prévio e público aviso, só podendo ser aplicadas de forma diferente aos casos depois de tal notícia.

É importante no estado democrático de direito, a segurança jurídica das relações, pois se a forma como são realizados os atos mudassem a todo momento, ao talante do administrador, aplicando novas interpretações retroativamente a casos já consolidados, geraria com certeza um sentimento de desconfiança.

2.8 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

Dito princípio inserido no nosso sistema político está implicitamente representado em nossa carta política no artigo 1º, II e no parágrafo único deste preceptivo, como ainda no artigo 5º, XXXV.

É assim uma exigência do direito público e da legalidade governamental. Diferentemente do Estado Absolutista onde reinava a vontade pessoal do monarca com força de lei, evoluímos para o estado de direito, onde o que impera é a vontade das normas, ou seja, da sociedade em geral.

Já não existe mais nos estados modernos a autoridade pessoal do governante, senão a autoridade impessoal da lei. A submissão de todos somente à lei e a igualdade de todos perante a lei constituem dois pressupostos fundamentais

do estado de direito.

Ao lado desses fundamentos existem outros direitos e garantias individuais, tendentes a salvaguardar os cidadãos da prepotência do poder público e do capricho dos governantes. A tendência atual é a da substituição da vontade individual pela vontade jurídica, isto é, o comando da autoridade pelo comando da lei.

O que há de mais relevante no Direito Público é a vontade da lei. Se a vontade do administrador, que é menos relevante, não estiver pautada nas bases do direito e da lei não terão eficácia administrativa, nem validade jurídica. A legalidade é a essência de todo ato administrativo.

Pela motivação o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática. Claro está que em certos atos administrativos oriundos do poder discricionário a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público, que é pressuposto de toda atividade administrativa. (MEIRELLES, 2008, P.102).

A motivação do ato como visto deve estar pautada na legalidade e nos pressupostos de fato e de direito, já no tocante ao poder discricionário a motivação pode ser dispensável em certos atos, mas quando ocorrer essa situação, se o agente expuser os motivos, deverá aquele manter sua conduta atrelada a estes.

2.9 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO

Este princípio também está assegurado constitucionalmente e, além disso, a lei 9.784/99 o regula na esfera infraconstitucional, prevendo expressamente a observância por parte da administração pública dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Prevê dessa forma a constituição no seu artigo 5º, LV, "aos litigantes em processo (...) administrativo", "o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

A garantia do contraditório e da ampla defesa já existia para o acusado antes da CF/88, porém a grande novidade foi a expressão "litigantes" que só ganharam esta garantia após a referida carta política.

A Constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos

processos administrativos em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes.

2.10 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O princípio do interesse público, também conhecido como princípio da supremacia do interesse público é de observância obrigatória pela administração pública, pois corresponde ao atendimento a fins de interesse geral.

Deste princípio decorre o da indisponibilidade do interesse público, pelo qual a administração não pode abrir mão do interesse geral nem renunciar poderes que a lei lhe conferiu para a proteção do bem público, cujo titular é o estado, este sim mediante lei poderá dispor de algum bem.

Na verdade há uma desigualdade na relação jurídica entre a administração e os administrados, justamente por essa supremacia do interesse público que é um dos pressupostos do direito administrativo.

Deve-se interpretar a norma administrativa da melhor forma para garantir o atendimento do fim público a que se dirige, dessa forma inúmeros privilégios e prerrogativas são conferidas ao poder público.

O princípio ora cogitado, evidentemente, tem de direito, apenas a extensão e compostura que a ordem jurídica lhe houver atribuído na constituição e nas leis com elas consonantes. Donde jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele contra a constituição ou as leis. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo direito posto, e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado. (MELLO, 2010, P.97).

Este princípio coloca em desigualdade administração e administrados, pois a supremacia do interesse público, ou seja, o interesse geral deve prevalecer ao interesse individual, sendo assim vários privilégios e garantias são assegurados ao poder público.

CAPÍTULO III

3. DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A primeira vez que se ouviu falar em ato administrativo no direito foi após a revolução francesa, no Brasil assim como nos demais países não se tem uma definição legal para ato administrativo, tornando-se comum, nos depararmos com conceituações divergentes.

Quando há uma uniformidade de pensamento tanto doutrinário quanto jurisprudencial, isso não quer dizer que se chegou a um conceito perfeito, absoluto na sua definição, pois assim afirma um renomado doutrinador:

Vale notar que a pacificação doutrinária ou jurisprudencial, quando ocorra, em torno de um conceito, não significa, de modo algum, que este sucesso se deva ao fato de ter sido encontrado o conceito "verdadeiro", o "certo". Em verdade, dado o caráter convencional do conceito, terá ávido simplesmente a imposição ou difusão maior dele, em face do prestígio de quem o propôs ou, afinal, por qualquer outra razão que haja contribuído para a adoção daquele "padrão", daquele "modelo" representativo de um conjunto de elementos arrecadados nas indicações do direito positivo. (MELLO, 2010, P.380).

É importante antes de apresentar conceitos de ato administrativo, diferenciá-lo de atos da administração, pois muita gente faz confusão entre os dois conceitos, por exemplo: os atos regidos pelo direito privado como uma simples locação de uma casa para nela instalar-se uma repartição pública. O direito administrativo só lhes regula as condições de emanção, mas não lhes disciplina o conteúdo e correspondentes efeitos. Os atos materiais e os atos políticos ou de governo também não se enquadram como atos administrativos.

Após estas explicações preliminares vamos agora ao conceito de ato administrativo, tomando por base alguns autores pátrios já consagrados nacionalmente e que possuem vasta experiência no campo administrativo, onde são tomados como referência para diversos trabalhos.

Ato administrativo é a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço

público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade pelo órgão jurisdicional. (MELLO, 2010, P.385).

No conceito acima foi determinado o ato administrativo de maneira geral, em sentido amplo, sendo importante expressar que pode haver alguma hipótese excepcional na qual a constituição regule de maneira inteiramente vinculada um dado comportamento administrativo obrigatório.

Segundo o estudioso Hely Lopes Meirelles, um dos mais respeitados doutrinadores especializados em direito administrativo, senão o maior, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro* afirma:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da administração pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria. (MEIRELLES, 2008, P.152).

Foi descrito acima o conceito de ato administrativo típico, que é o ato pelo qual se buscou basear este trabalho, onde há supremacia do interesse público, presunção de legitimidade e auto-executoriedade, diferentemente dos atos bilaterais como nos contratos com o particular, acontecendo da administração ficar em pé de igualdade com este.

Como já havíamos dito anteriormente, vários são os doutrinadores e estudiosos que se dedicam ao direito administrativo e mais especificamente ao ato administrativo, levando em consideração essa pluralidade de pensamentos nem sempre os conceitos para o referido assunto seguem a mesma linha. Então vejamos:

A manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa. (CRETELLA JÚNIOR, 1977, P.19).

Essa situação de divergência sobre algum aspecto de conceituação do ato administrativo acontece com Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro onde esta prefere conceito um pouco menos abrangente,

excluindo os atos normativos do poder executivo que para ela tem características próprias.

Com esses elementos para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p.185), pode-se definir o ato administrativo como “A declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo poder judiciário”.

3.1 REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Para a formação do ato administrativo é necessária a existência de cinco elementos que são:

- a) competência,
- b) finalidade,
- c) forma,
- d) motivo e
- e) objeto

Estes requisitos são os ingredientes necessários para a composição do ato.

3.1.1 COMPETÊNCIA

A competência é requisito para a prática de qualquer ato. O agente que desempenha função pública deve estar dotado deste requisito para que sua ação tenha validade. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou manifestado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática; é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja o poder jurídico para manifestar a vontade da administração.

De acordo com a norma do direito não é competente quem quer, mas quem pode, ela é intransferível ao livre talante do administrador, só podendo ser delegada ou avocada nos casos expressos em lei.

3.1.2 FINALIDADE

A finalidade guarda estreita relação com o princípio da impessoalidade, ora já mencionado neste trabalho. É importante deixar bem claro que a finalidade sempre vai ser pública, não existe ato sem fim público. Este elemento é assim vinculado a todo ato administrativo.

O direito positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou com desvio de sua finalidade específica, sendo nulos quando satisfizerem vontades diferentes do interesse público.

3.1.3 FORMA

A forma corresponde ao elemento exteriorizador do ato administrativo, sendo requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição. A forma do ato administrativo difere-se da forma do ato emanado pelo particular, enquanto aquele deve obedecer a certas regras de conduta, este é manifestado livremente.

Não existindo forma, também inexistirá ato administrativo, a regra geral para a forma do ato de administração é a escrita, embora existam atos baseados em ordens verbais e até mesmo em sinais convencionais. Convém fixar que só se admite o ato administrativo não escrito em casos de urgência, de transitoriedade de manifestação da vontade administrativa ou de irrelevância do assunto para a administração.

3.1.4 MOTIVO

O motivo é o elemento integrante da perfeição do ato, podendo vir expresso em lei ou também pode ser deixado ao critério do administrador, ele representa a situação de direito ou de fato que determina e autoriza a realização do ato.

A motivação é em regra obrigatória, só não será quando a própria lei a dispensar ou se a natureza do ato for com ela incompatível, sem ela o ato será inválido ou pelo menos invalidável, por ausência da motivação.

Quando a motivação não for requisito para a perfeição do ato, fica o administrador com a faculdade de descrevê-la ou não, mas se optar por indicá-la

ficará obrigado a aduzi-la, demonstrando sua ocorrência.

3.1.5 OBJETO

A criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do poder Público são o objeto de todo ato administrativo. Conteúdo e objeto têm a mesma identidade, pois é o meio pelo qual a administração manifesta o seu poder e a sua vontade.

Nos atos praticados com discricionariedade, o objeto fica a cargo do agente competente para realizá-lo, constituindo assim o mérito administrativo, dessa forma, não pode substituir a escolha da administração pelo pronunciamento do judiciário, pois isto importaria em revisão do mérito administrativo através da mudança de juízo subjetivo do *administrador* pelo *juiz*.

CAPÍTULO IV

4. O PODER DISCRICIONÁRIO

4.1 FUNDAMENTOS E ORIGEM DA DISCRICIONARIEDADE

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro em sua obra *Direito Administrativo* (2008), a discricionariedade decorre de previsão legislativa, de omissão legislativa em razão da impossibilidade de previsão de todas as situações supervenientes à promulgação ou, ainda, de quando a lei prevê a competência, mas não regula a conduta a ser adotada.

Para a autora, o poder discricionário se justifica em três fundamentos não excludentes, quais sejam: o deliberado intento de conferir à Administração certa margem de liberdade em razão dos acontecimentos singulares; a impossibilidade material de prever todas as situações possíveis; e, a inviabilidade jurídica de supressão da discricionariedade em vista da separação dos poderes.

Da mesma forma, Bandeira de Mello no seu *Curso de Direito Administrativo* (2010) afirma que não há como admitir que a discricionariedade resulte da ausência de lei. Pelo contrário, a esfera de liberdade advém da própria norma. Desta forma, a esfera de liberdade administrativa circunscrita pode resultar da hipótese da norma jurídica a ser implementada, do mandamento dela ou de sua finalidade.

Na hipótese da norma jurídica, a liberdade decorre da imprecisão da norma na descrição dos motivos. A discricionariedade pode resultar também do mandamento da lei que ocorre quando a norma faculta um comportamento ao invés de exigí-lo ou quando exige um comportamento facultando, pelo menos, duas alternativas. A atividade discricionária surge ainda, quando a finalidade é expressa por conceitos práticos e plurissignificativos, como moralidade pública e segurança pública.

Embora a discricionariedade seja determinada por um dos três fatores acima mencionados (hipótese, mandamento ou finalidade), a discricionariedade administrativa só se manifesta em um único elemento que é o conteúdo do ato. Exceção surge nos casos em que a lei faculta agir ou não agir, caso a Administração se omita, a

discrição se traduz na omissão.

4.2 VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

Depois de mostrar os conceitos básicos de introdução ao estudo do ato administrativo na visão subjetiva de cada autor, vamos abordar agora a classificação desses atos quanto à discricionariedade que os agentes públicos exercem para o perfeito cumprimento da finalidade pública.

Vamos tratar primeiramente do poder discricionário que para Meirelles (2008, p.120) é: "O que o direito concede à administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo".

É importante deixar claro que poder discricionário não é o mesmo que poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes completamente distintas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei.

Sabemos que grande parte dos administradores públicos desconhece os conceitos e doutrinas da ciência jurídica, que regem a administração pública e regula o agir dos agentes públicos nem sempre estando familiarizados com o direito.

A faculdade discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede esta faculdade. (MEIRELLES, 2008, p.121).

Ao contrário do que muitos agentes pensam o poder discricionário não lhes dá total liberdade de agir na prática do ato administrativo, essa liberdade de escolha é sempre parcial e relativa, nos limites que a lei enquadrada na aplicação do ato ditar.

O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado por forma diversa da prescrita em lei, ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo. Em tal circunstância, deixaria de ser ato discricionário para ser ato arbitrário – ilegal, portanto. (MEIRELLES, 2008, p. 121).

Para que não houvesse o perigo de ocorrer arbitrariedade na conduta do

agente público, o ideal seria que a lei regulasse detalhadamente o exercício administrativo, moldando cada ato a ser praticado, de forma que, obedecendo a todos os demais requisitos, o ato fosse considerado perfeito.

Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se, quer para evitar automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que ampliar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar, isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação, com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis. (DI PIETRO, 2008, p. 202).

No que diz respeito ao fim do ato administrativo, Celso A. B. de Mello tem uma opinião diferente da pacificada aqui no Brasil entre os demais juristas, trazendo da seguinte forma em sua obra Curso de Direito Administrativo.

Contrariando a opinião que prevalece pacificamente na jurisprudência e na doutrina brasileiras e majoritariamente fora do Brasil, entendemos, pelo contrário, que pode haver certa discricionariedade quanto ao fim. Embora seja indiscutível que o fim do ato administrativo deva ser sempre e necessariamente um interesse público, sob pena de invalidade, na maior parte das vezes a apreciação do que é o interesse público depende, em certa medida, de uma apreciação subjetiva, isto é, de uma investigação insuscetível de se reduzir a uma objetividade absoluta. (MELLO, 2010, p.431).

Desta maneira Celso A. B. de Mello pensa diferente quanto ao fim do ato administrativo, dizendo que a qualificação do interesse público comporta certa margem de juízo discricionário.

A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público. Daí a justa observação de Nunes Leal de que só por tolerância se poderá falar em ato discricionário, pois o certo é falar-se em poder discricionário da administração. (MELLO, 2008, p.171).

Como já foi dito anteriormente e bem colocado por Mello, não são os atos discricionários e sim o poder e conseqüentemente a conduta do agente é que o são.

A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da ilegalidade. (DI PIETRO, 2008, p.206).

Importante definir a vinculação e a discricionariedade do ato administrativo para melhor compreender a atuação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, os quais "têm forte incidência frente a atos discricionários em que os desvios da "desproporcionalidade" e "desarrazoabilidade" têm maior possibilidade de existência".

O ato administrativo pode ser vinculado, quando o legislador determina previamente qual deve ser a conduta do agente administrativo, ou discricionário, caso em que cabe ao administrador encontrar a melhor solução para atuar, nos limites impostos pelo legislador, vez que este não consegue prever todas as situações do caso concreto.

Os atos discricionários, por sua vez, são os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles. O ato pode ser vinculado ou discricionário conforme o elemento a ser analisado

No tocante ao sujeito, o ato será sempre vinculado, ou seja, somente o agente a quem a lei atribuiu competência poderá praticá-lo. Quanto à finalidade, o ato também é vinculado, uma vez que cada ato administrativo possui um fim específico previsto em lei, sob pena de desvio de poder. No que se refere à forma, que corresponde à materialização de um ato administrativo, normalmente é vinculado, sob pena de nulidade. No entanto, é importante observar em muitos casos o princípio da instrumentalidade das formas, quando não houver prejuízo na inobservância da norma, uma vez que a forma não é um fim em si mesma.

A discricionariedade ocorre com maior frequência no motivo e no objeto do ato. O motivo são as razões de fato e de direito que resultaram na prática de um determinado ato, ou seja, o motivo antecede o ato. Este elemento pode ser vinculado, quando a lei descrever exatamente qual ato deve ser praticado quando ocorrer determinado fato, sem deixar margem a apreciações subjetivas, ou pode

ser discricionário, quando a lei não estabelece o ato a ser praticado, deixando ao administrador a possibilidade de atuar conforme critérios de oportunidade e conveniência. Por fim, o objeto poderá ser vinculado quando a lei fixá-lo como única alternativa para atingir um fim específico, ou discricionário quando houver mais de um objeto possível para atingir uma mesma finalidade.

Nas situações em que o administrador não encontra previsão normativa ou se depara com conceitos indeterminados e atua conforme juízo de oportunidade e conveniência deve respeitar a razoabilidade e a proporcionalidade, sob pena de revogação.

Quando a lei estabelece que, perante determinadas circunstâncias, a Administração só pode dar uma específica solução, toda a atuação do administrador público se encontra vinculada ao determinado pelo legislador, como no exemplo de cobrança de um tributo pelo agente fazendário. Se o legislador entender que, diante do caso concreto, caberá ao agente público decidir qual será a melhor solução dentre aquelas permitidas pela lei, existe discricionariedade administrativa. A escolha dessa decisão realiza-se por meio de critérios de oportunidade, conveniência e justiça. Como exemplo de discricionariedade administrativa, tem-se o deferimento ou não de licença para capacitação ao servidor público federal (art. 87 da Lei nº 8.112/90). O servidor pode, após cada quinquênio de efetivo exercício, afastar-se das suas atribuições, com a respectiva remuneração, por até três meses, para participar de curso de capacitação profissional, *no interesse da Administração*. Caberá à autoridade competente decidir se é conveniente ou oportuno, permitir que o servidor usufrua dessa licença.

Não se deve confundir, entretanto, discricionariedade com arbitrariedade. Na discricionariedade, o agente público age com liberdade dentro da lei, enquanto, na arbitrariedade, a atuação do administrador ultrapassa os limites legais. Todo ato arbitrário é nulo, pois extrapola o permitido pelo ordenamento jurídico, acarretando a responsabilidade do agente que o emitiu.

Como certos aspectos do ato sempre são vinculados, não há ato administrativo inteiramente discricionário. No ato vinculado, todos os elementos estão estabelecidos em lei. Já no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos minuciosamente em lei (competência, finalidade e forma), enquanto outros são deixados para a análise do agente público (motivo e objeto).

Em consequência disso, o ato vinculado só é examinado sob o aspecto da legalidade, isto é, apenas é contrastado com a previsão legal. O ato discricionário, por sua vez, pode ser analisado sob aspecto da legalidade e do mérito (oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir). O mérito do ato administrativo representa a escolha feita pelo administrador público quanto à conveniência e oportunidade na expedição de um ato discricionário. Não há mérito nos atos vinculados, pois não há decisão a ser tomada pelo agente público. O legislador já decidiu previamente qual é a solução adotada para determinada hipótese nos atos vinculados.

4.3 OS LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO

O poder discricionário exercido pelo agente público, nos casos de conveniência e oportunidade, em sua essência, sempre são vinculados, pois mesmo nos casos em que lhe é previsto um leque de opções, para escolher a que melhor atinja o fim público, sempre estará esse agente subordinado à legalidade, moralidade e finalidade pública.

A liberdade de atuação existe, mas sempre deverá estar dentro dos limites estabelecidos pela lei, nunca podendo extravasá-la ou ir de encontro ao que preceitua a norma.

O agir discricionário é sempre relativo. É relativo, pois o administrador em todo e qualquer caso é limitado pela lei, sendo que a liberdade conferida só existe na extensão, medidas e modalidades que dela resultem. Ademais, a discricionariedade só pode ser exercida em convergência com a busca da finalidade legal. Além disso, quando decorrente do uso de expressões vagas ou imprecisas, a discricionariedade não pode se desviar do campo significativo mínimo que tais palavras recobrem. E, finalmente, quando, apesar de a lei definir certa margem de liberdade, esta liberdade pode diminuir ou mesmo desaparecer diante do plano fático no qual a regra deve ser aplicada.

A atividade discricionária é uma condição de liberdade limitada, ou seja, configura-se em uma liberdade-vínculo. É uma liberdade onerosa que só pode ser exercida com base na atribuição legal. Existe, portanto, certa margem livre de apreciação de conveniência e oportunidade de soluções legalmente possíveis.

Após o necessário exame da norma e do caso concreto, define-se o

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

A relatividade e a limitação da competência discricionária acima apontadas demonstram que "a situação concreta afunila o campo de liberdade abstratamente aberto na lei e pode eliminá-lo por completo". Em conseqüência, a existência da discricionariedade só pode ser verificada e dimensionada no caso concreto, na medida em que a discricção normativa é apenas condição necessária, mas não suficiente para seu exercício.

Sendo a discricionariedade essa margem de liberdade que guarda ao administrador público para eleger, segundo critérios de consistência de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis em frente a cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando não se possa extrair objetivamente uma solução para a ocasião em questão.

É necessário deixar claro que as noções práticas vazadas no pressuposto ou na finalidade legal são sempre relativas, em hipótese alguma existe imprecisão absoluta, se exercita o poder discricionário fora deste quadro terá manipulado forças que a lei não lhe concedeu, haverá rompido a regra da competência. Vê-se aí, ao propósito de um mesmo ato, o convívio entre vinculação e discricionariedade, sendo visível que a discricionariedade é sempre e inevitavelmente relativa.

Não se pode examinar a existência de discricionariedade ou de sua extensão buscando-a simplesmente no exame da lei que porventura a contemple, porque é imprescindível analisar o caso concreto, pois a discricção ao nível da norma é apenas uma condição necessária, mas não suficiente, para que irrompa ou para dimensionar-lhe a extensão. (MELLO, 2010, p.989).

Nas palavras de Mello podemos verificar que o administrador, deve estar atento tanto às leis quanto ao caso concreto em questão, para o perfeito atendimento do fim público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De início é importante ressaltar a importância do ato administrativo para o funcionamento da máquina pública, sendo indispensável seu uso para se chegar a determinados objetivos.

A sociedade em geral sempre espera que o administrador público exerça esses atos, os quais tenham competência de praticá-los, da melhor maneira possível, de acordo com a conveniência e oportunidade que verificarem ser a melhor, mas nunca esquecendo que, do leque de opções apresentado ao governante, deverá ele escolher a mais conveniente para o bem público, dentro dos limites legais que lhe são impostos.

O estudo do tema apresenta grande relevância no âmbito público, pois os cidadãos têm pleno direito de cobrar dos seus governantes, a execução de seus atos, da forma mais benéfica e que melhor atenda às suas necessidades e cobrar quando verificar que aquele ato foi praticado através de uma conduta excedente ou contrária à lei, trazendo prejuízo para as pessoas atingidas pelo mesmo.

Então, levantar o interesse das pessoas pela fiscalização do atuar do administrador público, conseqüentemente demonstrando a elas, que um ato administrativo arbitrário é nulo e passível de controle judicial, não podendo o governante atuar da maneira que quiser, mas sempre de acordo com a lei, é claro que nem sempre o legislador consegue prever todas as situações para indicar a conduta do administrador deixando nestes casos certa liberdade de exercício, mas sempre dentro das fronteiras da legalidade.

Os motivos e a finalidade indicados na lei, bem como a causa do ato, fornecem as limitações ao exercício da discricção administrativa, é pois, precisamente em casos que comportam discricção administrativa que o socorro do judiciário ganha foros de remédio mais valioso e necessário para os jurisdicionados, na pronúncia última para contenção do administrador dentro dos limites de liberdade dados pelo sistema normativo.

A moderna doutrina, sem exceção, tem consagrado a limitação ao poder discricionário, possibilitando maior controle do Judiciário sobre os atos que dele derivem. Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na **adequação** da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei

expressa. Se a conduta eleita desto da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial. Outro fator é o da verificação dos motivos inspiradores da conduta. Se o agente não permite o exame dos fundamentos de fato ou de direito que mobilizaram sua decisão em certas situações em que seja necessária a sua averiguação, haverá, no mínimo, a fundada suspeita de má utilização do poder discricionário e de desvio de finalidade. Tais fatores constituem meios de evitar o indevido uso da discricionariedade administrativa e ainda possibilitam a revisão da conduta no âmbito da própria Administração ou na via judicial.

O que devemos ter é a consciência de que o controle do ato administrativo discricionário pelo o Poder Judiciário não interfere de maneira alguma na separação de poderes defendido pelo o art. 2º da Constituição Federal. A discricionariedade é algo legítimo sem a qual a administração pública estaria vinculada aos desejos e anseios do Poder Legislativo. O que acontece que muitas das vezes, ocorre um mau uso dessa discricionariedade por parte do Poder Executivo (Administração Pública), passando essa da esfera do legítimo para o ilegítimo, e, por conseguinte, deixando de ser discricionariedade para ser tão somente arbitrariedade. Então para evitar isso, é que a doutrina, a frente das leis, começam a traçar teorias e princípios para um maior controle dessa discricionariedade. Pois devemos ter sempre em mente que o princípio básico que deve seguir a Administração Pública é tão simplesmente atender o interesse coletivo.

REFERÊNCIAS

Constituição Federal; 1ª Ed; São Paulo; Saraiva; 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda; Dicionário de Língua Portuguesa; Mini Aurélio; 5ª Ed; Rio de Janeiro; Nova Fronteira; 2001.

MAGALHÃES, Gildo; *Metodologia da pesquisa científica: caminhos da ciência e tecnologia*. São Paulo: Ática, 2005.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri; Dicionário Técnico Jurídico; 8ª Ed; São Paulo; Rideel; 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes; Direito Administrativo Brasileiro; 34ª Ed; São Paulo; Malheiros; 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de; Curso de Direito Administrativo; 27ª Ed; São Paulo; Malheiros; 2010.

MORAES, Alexandre de; Direito Constitucional; 23ª Ed; São Paulo; Editora Atlas; 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; Direito Administrativo; 21ª Ed; São Paulo; Editora Atlas; 2008.

RONZANI, Dwight Cerqueira; Direito Administrativo Concreto; Única; Rio de Janeiro; Impetus; 2000.

SILVA, Clarissa Sampaio; Limites à Invalidação dos Atos Administrativos; Única; São Paulo; Max Limonad; 2001.

Vade Mecum; 2ª Ed; São Paulo; Rideel; 2011.