

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

BRUNO DE OLIVEIRA PEREIRA

CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

**Três Pontas
2015**

BRUNO DE OLIVEIRA PEREIRA

CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

Trabalho apresentado ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas - FATEPS como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Me. Leiner Marchetti Pereira.

**Três Pontas
2015**

BRUNO DE OLIVEIRA PEREIRA

CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

Trabalho apresentado ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas - FATEPS como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, pela Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em / /

Prof. Me. Leiner Marchetti Pereira

Prof.

Prof.

OBS.:

Dedico este trabalho aos meus pais e ao meu irmão, que sempre estiveram ao meu lado em todos os momentos nesta longa e árdua caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou o meus passos durante esta caminhada.

Aos meus pais, meu irmão, e a toda minha família pelo amor, incentivo e apoio incondicional que foram fundamentais para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

Aos amigos e companheiros de trabalhos que fizeram parte da minha formação.

A FATEPS, seu corpo docente, direção e administração, em especial ao Prof. Me. Leiner Marchetti Pereira, pela oportunidade, apoio e confiança.

E a todos que direta ou indiretamente contribuíram para a minha formação.

“Se você pensa que pode ou se pensa que não
pode, de qualquer forma você está certo.”
Henry Ford

RESUMO

Este trabalho preza em analisar o controle nos atos administrativos. Para tanto, estudou-se a Teoria da Tripartição das Funções do Estado, em que se discorreu sobre a história da Teoria, que teve sua ideia desde a Grécia Antiga, e foi evoluindo com os pensamentos dos filósofos Locke e Montesquieu. Com a sua implantação, as funções estatais foram divididas em administrativa, legislativa e jurisdicional, todas sendo adotadas pela atual ordem constitucional, como harmônicas e independentes entre si. Para compreender melhor sobre o controle que é exercido nos atos administrativos, estes foram examinados em sua natureza jurídica e elementos, os quais podem ser conceituados como toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato resguardar, adquirir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigação aos administrados ou a si própria. Assim, diante da importância dos atos administrativos, percebe-se a finalidade de haver controle sobre os mesmos. Este controle advém de todas as esferas de funções do Estado, mas não de forma absoluta, vale dizer, sempre havendo limitações sobre o quê se pode interferir. E este é o caso do controle judicial no mérito administrativo, que apenas é permitido para anular ilegalidades, mas nunca para intervir na conveniência e oportunidade do administrador.

Palavras-chave: Tripartição das Funções. Ato administrativo. Formas de Controle.

ABSTRACT

This paper stuck in analyzing the control of administrative acts. To this end, he studied the theory of tripartite division of state functions, in which they talked about the history of the theory, which had its idea from ancient Greece, and was developed with the thoughts of philosophers Locke and Montesquieu. With its implementation, the state functions were divided into administrative, legislative and judicial, all being adopted by the current constitutional order, as harmonic and independent. To better understand about the control that is exercised in administrative acts were examined in its legal nature and elements, which can be conceptualized as all unilateral expression of will of the public administration, acting in that capacity, has the immediate end to protect, acquire , modify, extinguish and declare rights or impose obligations on administered or herself. Thus, considering the importance of administrative acts, we see the purpose of having control over them. This control comes from all state functions ball, but not absolutely, that is, there is always limitations on what one can interfere. And this is the case of judicial review in the administrative merit, which is only allowed to cancel illegalities, but never to intervene in convenience and administrator of opportunity.

Keywords: *Tripartite Function. Administrative act. Controlways.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES	11
2.1 Escorço histórico.....	12
2.2 A Teoria da Tripartição das Funções e a CR/88.....	17
2.2.1 Função legislativa.....	19
2.2.2 Função jurisdicional	23
2.2.3 Função administrativa.....	25
3 A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO PODER EXECUTIVO.....	27
3.1 Conceito e Natureza Jurídica dos Atos Administrativos	28
3.2 Elementos do Ato Administrativo	32
3.3 Plano de Existência dos Atos Administrativo	37
3.4 Plano de Eficácia dos Atos Administrativos	39
4 PODERES ADMINISTRATIVOS.....	41
4.1 Conceito e Natureza Jurídica	41
4.2 Poder Hierárquico	42
4.3 Poder de Polícia	44
4.4 Poder Disciplinar	47
4.5 Poder Regulamentar.....	49
4.6 Poder Vinculado	52
4.7 Poder Discricionário.....	54
5 CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	57
5.1 Controle Interno do Ato Administrativo.....	58
5.1.1 Controle de Legalidade.....	62
5.1.2 Controle de Mérito	63
5.2 Controle Externo do Ato Administrativo.....	64
5.3 Controle Legislativo do Ato Administrativo	65
5.4 Controle Judicial do Ato Administrativo	70
5.4.1 Controle de Legalidade e Inconstitucionalidade	73
5.4.2 Controle do Mérito Administrativo	76
5.4.3 O Controle Judicial do Mérito Administrativo e a Teoria da Tripartição das Funções	81
6 CONCLUSÃO.....	86
REFERÊNCIAS	89

1 INTRODUÇÃO

O Estado é um poder incontrolável na mão de apenas uma autoridade. Esta é a conclusão que se pode chegar ao analisar a história mundial, bem como se observa pela luta dos menos privilegiados para conseguir que o Estado não fosse uma máquina de desigualdade, mas de transformação social.

E essa luta gerou vários pensamentos sobre o poder estatal. De Aristóteles até Montesquieu, chegou-se à tese de que este poder deveria ser dividido, a fim de que um não sobrepujasse sobre o outro, mas que pudessem ser harmônicos para a base de um Estado Democrático.

Então chegou-se à Teoria da Tripartição das Funções, com o objetivo de não diminuir a força do Estado, mas fazer com que autoridades à sua frente não abusem do poder.

E para que o Estado funcione, é necessário que o mesmo edite atos administrativos, para que se possa alcançar o interesse público, sua finalidade maior e sempre presente. No entanto, estes atos administrativos não são válidos apenas por existirem, ou seja, devem seguir um regime jurídico, para que a finalidade pública do Estado não possa ser desviada.

Assim, é necessário haver controle dos atos administrativos, o que é feito a partir de inspeções do próprio Poder que emanou o ato, ou até mesmo de outros Poderes. Todavia, questionamentos podem surgir, como se é autorizado um Poder invadir absolutamente a esfera de decisão do outro, e se isso não poderá causar uma usurpação de atribuições que foram distribuídas pela Constituição Federal de 1988.

Portanto, este trabalho visa a demonstrar a importância do controle dos atos administrativos, bem como seus limites, a fim de que a Teoria da Tripartição das Funções seja respeitada.

No primeiro capítulo expositivo se abordará sobre a história da Teoria da Tripartição das Funções, bem como se explicará quais as atribuições da função legislativa, da função jurisdicional e da função administrativa nos moldes da Constituição Federal de 1988.

No próximo capítulo se demonstrará os elementos e a natureza jurídica dos atos administrativos, para que se possa considerá-los como uma forma de manifestação da Administração Pública diante da persecução do interesse público. Além disso, se mostrará os planos de existência e eficácia dos atos administrativos, divisão esta proposta pelo doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello.

No terceiro capítulo os poderes administrativos serão estudados, e na verdade se chegará a um consenso de que são mais deveres do Estado que propriamente poderes. Haverá

considerações sobre o poder hierárquico, o poder de polícia, o poder disciplinar, o poder regulamentar, o poder vinculado e o poder discricionário, sendo estes dois últimos temas importantes para este trabalho.

Por fim, no último capítulo se exporá sobre o controle dos atos administrativos, tanto aquele realizado em âmbito interno da Administração Pública, como aquele feito em âmbito externo, pelos Poderes Legislativos e Judiciários.

Sabe-se que quanto maior a eficiência dos controles, melhor a eficiência para o Estado administrar o interesse público e agir nos limites da lei.

Contudo, não se pode negar que os controles de âmbito externo possuem limites para serem realizados, o que se propõe detalhar mais a frente com discursos de doutrinadores conhecidos pelo Direito Administrativo.

Com isto, este trabalho quer relacionar a Teoria da Tripartição das Funções Estatais com o controle sobre o ato administrativo, para deduzir que tal controle não viola a separação dos poderes, se efetivado nos limites da lei.

2 TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES

A Teoria da Tripartição das Funções é assunto retratado em diferentes períodos, da antiguidade até os dias de hoje, sempre permeada por estudos constitucionais e do Estado. Entende-se que seu surgimento objetivou limitar o poder político do Estado, que poderia se concentrar apenas em uma pessoa ou então em um grupo de comum interesse. Desta forma, impediu-se o homem de usar o poder de forma arbitrária e como forma de proporcionar a desigualdade em relação aos seus atos políticos cogentes.

Sabe-se que, pela história, o homem sempre sentiu necessidade de viver em conjunto, pelo instinto da sobrevivência e também para defesa de ataques de animais selvagens. Assim, as primeiras sociedades foram surgindo, como também os primeiros chefes dos grupos, que lideravam e dirigiam os integrantes.

Neste diapasão, percebe-se que assim surge o poder entre os homens, e conforme os grupos vão evoluindo, este poder também evolui, até chegar no que se conhece nos dias atuais.

José Afonso da Silva explicou o poder como

Um fenômeno sócio-cultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins (SILVA, 2005, p. 106).

Com a evolução das sociedades, através do tempo, o poder institucionalizou o Estado, por conta das relações sociais complexas, como também numerosas, e com a finalidade de concretizar uma estrutura ao seu povo, por meio da soberania e um território.

O povo é o elemento demográfico do Estado e conforme Carvalho, é

O elemento humano constitutivo do Estado, que consiste numa comunidade de pessoas [...]. O grupo humano ou a coletividade de pessoas obtém unidade, coesão e identidade com a formação do Estado, mediante vínculos étnicos, geográficos, religiosos, linguísticos ou simplesmente políticos, que os unem. O povo é, assim, o sujeito e o destinatário do poder político que se institucionaliza. Ele só existe dentro da organização política. Uma vez eliminado o Estado, desaparece o povo como tal (CARVALHO, 2005, p. 59).

Assim, o povo, em um primeiro momento, se estabiliza no território, elemento material do Estado definidora de suas fronteiras e competência. De acordo com Silva, “(...)

território é o limite espacial dentro do qual o Estado exerce de modo efetivo e exclusivo o poder de império sobre pessoas e bens” (SILVA, 2005, p. 98).

Mas então, poderia se indagar de onde vem o poder sobre o povo e o território. E a resposta está na soberania do Estado. Ora, Miguel Reale define a soberania como “[...] o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência” (REALE, 1960 apud DALLARI, 2012, p. 80/81). Interessante é notar que o poder só é exercido dentro de uma ordem social, sendo certo que o poder político (ou poder estatal) é o estruturado pela soberania, “poder absoluto, indivisível e incontestável de organizar-se e de conduzir-se a vontade livre de seu Povo e de fazer cumprir as suas decisões inclusive pela força, se necessário” (MEIRELLES, 2012, p. 60).

Assim, pode-se estabelecer que as sociedades na fase pré-histórica foram se evoluindo até desaguiarem na construção da figura do Estado, pressupondo que, para haver Estado, deve este ter poder, que se caracteriza por ser uno, indivisível, inalienável e imprescritível.

Por tal fato, este estudo adotará a terminologia Tripartição das Funções e não dos poderes, visto que o poder é indivisível; o que se reparte são suas funções e competências em órgãos distintos, independentes, mas harmônicos, como se abordará nas próximas considerações.

Não obstante a soberania legitimar a existência do poder no Estado, deve-se verificar a distribuição deste poder, a fim de que não fique concentrado apenas em um indivíduo, como ocorre nas monarquias absolutas, mas sim partilhado entre os órgãos independentes e harmônicos entre si, numa separação funcional do poder.

Logo, não se pode falar na tripartição das funções sem antes um breve esboço histórico.

2.1 Esboço histórico

Pensadores gregos já entendiam a importância de limitar o poder político, a fim de que não houvesse apenas uma autoridade influente na organização do Estado. Platão foi um dos pensadores que visualizava ser propícia a divisão das funções da cidade, tendo para cada pessoa uma atribuição frente ao seu grupo. Quando discorreu sobre a *Pólis* perfeita, Platão ilustrou seu pensamento através do uso de profissões, como os magistrados que deveriam velar pela ordem social, os mercadores que produziriam e comercializariam os bens de consumo e os guerreiros que protegeriam a cidade. Desta forma, extrai-se que Platão esboçou

a ideologia de descentralizar o poder, baseando no equilíbrio e nos serviços da cidade, para que todos pudessem ter uma ordem justa, equânime e harmônica (COUCEIRO, 2011).

Apesar de Platão ter lançado a ideia de divisão de funções, foi Aristóteles quem deu os primeiros contornos da repartição das competências frente ao Estado e sua forma de governo.

Afirma, pois, Julio Cezar Couceiro que:

O surgimento da doutrina da separação de poderes em corrente tripartite fica evidenciada originalmente na antiguidade grega, em seu notável filósofo Aristóteles, quando investigou a constituição do Estado, no intuito de descobrir quais eram as formas de governo capazes de assegurar a felicidade coletiva, na sua obra *A Política*. Nesta podemos perceber nitidamente uma concepção da tripartição das funções do Estado, que são segundo Aristóteles, as três partes constitutivas do Estado, designadas pelo nome de corpos deliberativos, dos magistrados e dos juízes (COUCEIRO, 2011, p.03).

Percebe-se então que Aristóteles, seguindo o caminho de Platão, tinha como sistema frágil e injusto atribuir poder a uma única pessoa. Para Aristóteles, o governo deveria se dividir em três segmentos, dirigida por corpos deliberativos (votavam sobre os negócios e atos do Estado), magistrados (curiosamente, eram os que aplicavam as decisões dos corpos deliberativos) e juízes (os que possuíam jurisdição); contudo, em sua obra denominada de “*A Política*”, não houve descrições pormenorizadas de atribuições para estas autoridades.

Porém, apesar destes pensadores gregos já cogitarem a divisão das funções do poder, as primitivas repúblicas gregas e romanas e os Estados monárquicos não adotavam esta organização política, sendo que apenas uma autoridade acumulava as funções de julgar, legislar e administrar: nos Estados monárquicos era o monarca, e nas repúblicas gregas e romanas eram as assembleias populares (BATSCHAUER, 2006).

É fato que com a queda do Império Romano do Ocidente, houve o início da Idade Média, cujo período se caracteriza pela existência de vários feudos (espaços territoriais), por onde cada senhor feudal possuía força política e econômica. O feudalismo fragmentou o poder através dos feudos, não havendo em si o que se pode chamar de Estado. Mas dentro do feudo é perceptível também analisar que não havia uma tripartição de funções, já que era governado por meio somente da nobreza (FRANCO JÚNIOR, 2001).

Mas com o fim da Idade Média e o advento da Idade Moderna, pela tomada da cidade de Constantinopla, no ano de 1453, o Estado absolutista e nacionalista surgiu, quando o poder se concentrou na figura do monarca, responsável este pelo governo de um povo e território, se opondo ao esquema da fragmentariedade dos feudos.

Adormecida a ideia de tripartição das funções, esta teoria ganhou força no século XVII, visto o poder que se concentrava nas mãos do monarca, que privilegiava indistintamente a nobreza e não alcançava os ideais da então burguesia.

John Locke foi um empirista inglês, nascido em 1632 e falecido em 1704, autor do livro denominado “O Segundo Tratado do Governo Civil”, em que reparte as funções do poder em três esferas, quais sejam: Executivo, Legislativo e Federativo.

Segundo Locke, o Poder Legislativo se faz supremo frente à sociedade, visto ser ele a comunidade em que o povo delega o exercício de legislar. Contudo, o inglês aduz que a competência para legislar deve ser confiada a quem o povo escolheu, com a finalidade de estabelecer normas equânimes e para o bem-estar comum. Assim, percebe-se que o Poder Legislativo sofreu limitações na concepção de John Locke. O Poder Executivo, órgão a ser perene, seria o competente pela aplicação das leis na ordem interna do Estado, e apesar do terceiro poder ser distinto dos demais, o poder Federativo não pode ser visto sem o Poder Executivo, “que é o responsável pela administração da comunidade, o relacionamento com os estrangeiros, compreendendo ainda a formação de alianças e decisões sobre guerra e paz” (COUCEIRO, 2011, p. 03).

Como se pode observar, Locke não definiu os traços do Poder Judiciário, sendo que desenvolveu as funções jurisdicionais como atividade meio do Poder Executivo. É o que Armando Albuquerque descreve:

Ao conceber o estado de natureza e a lei natural como ponto de partida do seu pensamento político, esboçado fundamentalmente no O segundo tratado sobre o governo civil (1690), Locke compreende o poder político como uma derivação dos dois poderes pertencentes ao homem no seu estado natural e não como poder originário. Assim, não obstante se reporte a três poderes, o legislativo, o executivo e o federativo, de fato, Locke classifica os mesmos essencialmente em dois: o legislativo e o executivo, não obstante, atribua preferencialmente ao monarca o poder federativo. Quanto ao judiciário, este não se configura como um poder autônomo, não se distingue claramente e parece incluído no poder executivo, o qual se ocupa da administração total das leis” (ALBUQUERQUE, 2001, p. 02).

Montesquieu, então, filósofo francês, no século XVIII, teceu a teoria da tripartição das funções em seu livro “Do Espírito das Leis”, a fim de erradicar o regime absolutista, interesse este da burguesia. Com os pensamentos antecessores de Aristóteles e Locke, Montesquieu montou uma análise que rapidamente fora adotada pelos Estados liberais e influencia até os dias de hoje.

A burguesia era uma classe em ascensão, diante do sucesso das rotas de comércio e das Grandes Navegações, que em nada se beneficiava com os excessos de poder do monarca, já que a burguesia se posicionava em desfavor ao intervencionismo estatal.

Antes mesmo da Revolução Francesa, em 1789, a América do Norte já aplicava os ensinamentos de Montesquieu. Os Estados Unidos da América do Norte foram os precursores em instituírem a Separação dos Poderes a nível constitucional nacional, em 17 de setembro de 1787. Neste diapasão, Batschauer complementa que

Antes mesmo dos Estados europeus, a América do Norte acolheu com entusiasmo a fórmula do escritor. A primeira Constituição escrita que adotou integralmente a doutrina de Montesquieu foi a da Virgínia, em 1776, seguidos pelas Constituições de Massachussets, Maryland, New Hampshire e pela própria Constituição Federal de 1787. Reafirmaram os constitucionalistas norte-americanos, de modo categórico, que a concentração dos três poderes num só órgão do governo, representa a verdadeira definição de tirania (BATSCHAUER, 2006, p. 50).

Montesquieu, por sua obra, fortaleceu a luta da burguesia para a limitação do poder absoluto dos monarcas e a instituição de um sistema política e economicamente liberalista. Isto porque mencionou que “há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, 2000, trad., p. 167).

Percebe-se, no entanto, que Montesquieu não atribuiu a um de seus três poderes o nome de Poder Judiciário. Contudo, o autor define as funções da seguinte forma:

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou anula aquelas que já estão feitas. Com o segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos a este último o poder de julgar, e ao outro simplesmente, o poder executivo do Estado (MONTESQUIEU, 2000, trad., p. 167-168).

Desta forma, observa-se que apesar de não haver um nome específico de “Poder Judiciário” na teoria da tripartição das funções de Montesquieu, é claro ver que o mesmo delimitou a função jurisdicional para uma função independente, com o nome de “Poder Executivo daquelas que dependem do direito civil”.

Ademais, ressalte-se que se atribuiu a função de legislar ou corrigir e até anular as leis para o Poder Legislativo, e para o segundo poder – Poder Executivo das coisas que

dependem do direito das gentes – ficou a função administrativa do Estado, como declarar paz ou guerra, estabelecer segurança, enviar ou receber embaixadas.

O objetivo para a divisão das funções do poder seria a manifestação da liberdade do homem, pois esta se encontraria em situação de risco, caso as três funções se convergissem para um só governante, que poderia abusar de seus privilégios. É o que Montesquieu aduz:

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (MONTESQUIEU, 2000, trad., p. 168).

Apesar da tripartição das funções, notório é acrescentar que Montesquieu não formulou sua doutrina em aspectos rígidos de separação. Pelo contrário, concebeu seus poderes em modelos dinâmicos, harmônicos e interdependentes.

Daí poder atribuir a Montesquieu o início do estudo da Teoria dos Freios e Contrapesos, que posteriormente foi desenvolvida por Bolingbroke, na Inglaterra (BATSCHAUER, 2006).

Destarte, é de se compreender através de sua obra que o poder não pode estar nas mãos de uma pessoa, mas sim deve haver distribuição de funções, a fim de que não haja governos tirânicos e abusivos. Não deteve, contudo, em separar rigidamente as funções dos poderes, pelo contrário, quis é equilibrar as funções por meio da teoria dos freios e contrapesos, a fim de também não engessar a estrutura do Estado.

Diante do exposto, constata-se que as primeiras Constituições surgidas se embasaram nos pensamentos acima, em que os constituintes tiveram a preocupação em estabelecer a liberdade de seu povo, designando os poderes em Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário (CUNHA, 2004).

Fato é que instituir órgãos distintos para as funções do poder é um dos requisitos para se estabelecer um Estado de Direito, e definir a importância da Constituição para a estrutura do Estado.

É o que se pode exemplificar com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16, que dita: “Toda a sociedade em que a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição” (DECLARAÇÃO..., 2015).

Percebe-se, então, que a presença da separação das funções na Constituição a torna um documento verdadeiramente constitucional.

2.2 A Teoria da Tripartição das Funções e a CR/88

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CR/88, em seu art. 2º, dispõe que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). Como já retratado, a construção da Tripartição das Funções foi desenvolvida com a evolução do relacionamento político do homem na sociedade, que via a necessidade de não deixar o poder nas mãos apenas de uma autoridade.

Com o desenvolvimento deste pensamento desde a antiguidade greco-romana até o século XVII, percebe-se que até nos dias atuais os Estados adotam essa classificação de funções, dividindo em legislativa, executiva e judicial.

Conforme anteriormente já ressaltado, o poder de um Estado Democrático de Direito (como o Brasil) é uno e indivisível, por decorrência de sua soberania. Contudo, na organização interna de um Estado, há agentes legitimados para exercerem as funções do poder, a saber, legislar, administrar e julgar. No Brasil, não seria diferente. A CR/88 avalizou as funções com autonomia e independência, dentro da harmonia do princípio dos freios e contrapesos.

Sobre a independência dos poderes elucidada na CR/88, José Afonso da Silva ensina e ainda descreve os avanços realizados na esfera da função judiciária:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; [...]. Agora, a independência e autonomia do Poder Judiciário se tornaram ainda mais pronunciadas, pois passou para a sua competência também a nomeação dos juízes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária (arts. 95, 96, e 99) (SILVA, 2005, p. 110).

José Afonso da Silva ressalta a liberdade que cada função tem em tomar suas decisões, claro se estas não ofenderem direta ou indiretamente a Constituição ou leis específicas sobre a matéria.

Importante é trazer também o que Gilmar Mendes expõe sobre a separação das funções:

Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam (MENDES, 2009, p. 178).

Deste fragmento de texto, possível é deduzir que não se pode haver uma divisão absoluta das funções, mas sim uma distribuição que estabeleça um equilíbrio entre as competências das funções, a fim de não engessar a estrutura organizacional, mas sim harmonizar as funções de forma a então ter uma independência ainda maior.

Poderia explicar o parágrafo escrito acima com uma exemplificação do que seria uma separação rígida. Caso o Poder Judiciário quisesse aumentar seu quadro pessoal de servidores, o mesmo teria que se reportar ao Poder Executivo, para que elaborasse atos normativos específicos para o caso.

Logo, a severa separação dos poderes não implicaria em uma maior independência, visto que sempre uma das funções teria que se dirigir a outra para realizar atos que não são tipicamente seus.

Aprofundando o assunto, José Afonso da Silva esclarece que

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento do outro e especialmente dos governados (SILVA, 2005, p. 110).

Assim, a harmonização entre as funções não só facilitaria o cotidiano de suas realizações, mas também beneficiaria a coletividade, a fim de que não sofra com abusos ou a arbitrariedade de seus governantes. Portanto, não se deve entender que há uma supremacia entre as funções estatais, pois que todas estão no mesmo grau de importância.

Ademais, para que os órgãos das funções estatais possam frear e contrabalancear uns aos outros, é necessário que no ordenamento jurídico haja garantias e prerrogativas, a fim de que cada função do poder esteja em constante fiscalização pelo outro. Explica-se. Em caso de abuso do exercício de uma atribuição do poder, ou a usurpação da competência do outro poder, a Constituição deve garantir meios que façam com que a ordem jurídica se

restabeleça. E isso está autorizado pela CR/88, com base nas interferências¹ de um poder na esfera do outro, para impedir abusos de poder, excessos de competência, tudo para assegurar o bom funcionamento do Estado, e a afirmação da liberdade do homem (MORAES, 2010).

Grande relevância tem este tema que a CR/88 estampou a Teoria da Tripartição das Funções no rol de cláusulas pétreas, prevista em seu art. 60, §4º, III:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (BRASIL, 1988).

Destarte, a separação das funções é imune a emendas, reformas ou revisões que tendem a erradicá-la da Carta Maior.

A seguir se compreenderá melhor as funções estatais dentro do ordenamento jurídico brasileiro atual.

2.2.1 Função Legislativa

Antes de explanar sobre a função legislativa, se faz necessário tecer algumas considerações acerca do que é atribuição típica ou atípica. Rafaela Berger de Souza Batschauer explica que

Funções típicas são as que guardam uma relação de identidade com o Poder por que são desempenhadas. Atípicas, contrariamente, são aquelas que não guardam nota de identidade e, por isso mesmo, são originariamente desincumbidas pelos outros órgãos de poder (BATSCHAUER, 2006, p. 58).

¹ É o que pode ocorrer, por exemplo, com o Congresso Nacional sustando os atos normativos do Poder Executivo que exorbitou o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa, conforme art. 49, V da CR/88.

É próprio da estrutura das funções estatais que cada poder possua sua função típica e outras atípicas. À função legislativa cabe fiscalizar² e legislar³, sendo tais suas atribuições típicas.

O Poder Legislativo Federal é exercido pelo Congresso Nacional, e se compõe de duas Casas, quais sejam, Câmara dos Deputados e Senado Federal – art. 44, CR/88⁴. Já o Poder Legislativo Estadual é composto da Assembleia Legislativa – art. 27, CR/88⁵, o Poder Legislativo Distrital pela Câmara Legislativa – art. 32, CR/88⁶ e o Poder Legislativo Municipal pela Câmara Municipal – art. 29, *caput*, CR/88⁷.

Tais Casas podem instaurar Comissões Parlamentares de Inquérito - CPIs, com “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos

² A função fiscalizatória constituiu tarefa precípua do Poder Legislativo, desde a sua origem na Revolução Francesa. Isto porque nada melhor deixar que o Poder responsável por criar as leis, também fiscalize o Poder Executivo no seu cumprimento, através do controle externo. José Afonso da Silva traz que “o princípio de que a Administração se subordina à lei – princípio da legalidade – revela-se como uma das conquistas mais importantes da evolução estatal. Seria, contudo, ineficaz, se não se previssem meios de fazê-lo valer na prática. A função de fiscalização engloba esses meios que se preordenam no sentido de impor à Administração o respeito à lei, quando sua conduta contrasta com esse dever, ao qual se adiciona o dever de boa administração, que fica também sob a vigilância dos sistemas de controle” (SILVA, 2005, p. 749).

³ De acordo com José Afonso da Silva, função legislativa “consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis” (SILVA, 2005, p. 108).

⁴ Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos (BRASIL, 1988).

⁵ Art. 27. O número de Deputados à Assembléia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

§ 1º Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

§ 2º O subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º Compete às Assembléias Legislativas dispor sobre seu regimento interno, polícia e serviços administrativos de sua secretaria, e prover os respectivos cargos.

§ 4º A lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual (BRASIL, 1988).

⁶ Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.

§ 2º A eleição do Governador e do Vice-Governador, observadas as regras do art. 77, e dos Deputados Distritais coincidirá com a dos Governadores e Deputados Estaduais, para mandato de igual duração.

§ 3º Aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o disposto no art. 27.

§ 4º Lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar (BRASIL, 1988).

⁷ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (BRASIL, 1988).

regimentos das respectivas Casas” (BRASIL, 1988). É corriqueiro encontrar temas polêmicos nas Comissões Parlamentares de Inquérito, pois que ao exercício do poder legiferante, é indispensável atribuir aos representantes eleitos pelo povo o exercício da fiscalização, para apurar acontecimentos e desvendar situações de interesse público (MENDES, 2009).

Interessante é notar que, apesar de ser uma função típica do Poder Legislativo a fiscalização político-administrativa, os trabalhos das CPIs provocam conflitos com a Teoria da Tripartição das Funções. Paulo Gustavo Gonet Branco explica que

O princípio da separação dos Poderes e as garantias dos direitos fundamentais costumam ser os pontos nevrálgicos das discussões sobre a extensão dos poderes de investigação do Legislativo. Não surpreende que esses sejam os aspectos que dominam os debates sobre o assunto levados tanto à Suprema Corte americana como à brasileira (MENDES, 2009, p. 900).

Assim, são pelos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que vão sendo feitas as delimitações sobre o que a CPI pode investigar ou como investigar, harmonizando o interesse público e principalmente, a separação dos poderes.

Aqui está mais um exemplo de como a interferência admitida constitucionalmente de um poder sobre o outro acarreta a compatibilização dos poderes e sua independência.

Não é somente da fiscalização político-administrativa que a função legislativa é responsável. O Poder Legislativo também fiscaliza como pessoas físicas ou jurídicas de seu respectivo ente federativo aplicam as receitas públicas, através da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, conforme os ditames do art. 70, CR/88⁸. Para tanto, as Casas Legislativas podem contar com o auxílio dos Tribunais de Contas, que também integram o Poder Legislativo. Ressalte-se que com a CR/88 ficou vedada a criação de Tribunais de Contas Municipais, mas os que já existiam desde a promulgação da Carta Magna atual, poderão funcionar normalmente.

No entanto, não são só essas funções que são conferidas ao Poder Legislativo:

Por outro lado, não raras vezes são atribuídas ao Poder Legislativo, funções administrativas, quando esta dispõe sobre sua organização e funcionamento interno, exercendo o provimento de cargos aos seus servidores, assim como, seu plano de

⁸ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

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, assumira obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988).

carreira; também exerce a função de julgar, quando este, por exemplo, exerce o julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade, de acordo com o artigo 52, I e II da CF/88 (COUCEIRO, 2011, p. 10).

As funções atípicas do Poder Legislativo se relacionam com as funções administrativas e de julgamento. A CR/88 entregou ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados a competência de disporem sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, como também a proposta de fixarem a própria remuneração, como se pode observar nos arts. 51, IV e 52, XIII⁹. Tem-se, portanto, uma função eminentemente administrativa entregue ao poder da função legislativa brasileira. Ademais, pelo princípio da simetria, todos os entes federativos devem seguir esta estrutura, ou seja, para que a Constituição Estadual ou a Lei Orgânica sejam constitucionais, devem os mesmos seguir os parâmetros ditados pela Constituição Federal (TAVARES, 2009).

Também se infere que o Senado Federal foi incumbido de “processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles” – art. 52, I, CR/88 (BRASIL, 1988), e à Câmara dos Deputados foi outorgada a função de autorizar por dois terços a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado – art. 51, I, CR/88¹⁰. Ora, a função de julgar é típica do Poder Judiciário, contudo o Poder Legislativo a exerce de forma atípica e de acordo com os requisitos e restrições impostos pela Constituição Federal.

Logo, conclui-se que o Poder Legislativo possui a função típica de legislar e fiscalizar, enquanto exerce as funções atípicas – de outros Poderes – de administrar e julgar.

2.2.2 Função Jurisdicional

⁹ Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:[...]

IV – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988)

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988)

¹⁰ Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado; (BRASIL, 1988)

A função jurisdicional é exercida pelo Poder Judiciário, e conforme art. 92, da CR/88, são seus órgãos:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988)

Logo, observa-se que não há um Poder Judiciário municipal, mas sim a existência de varas de primeiras instâncias da Justiça Estadual nas cidades brasileiras.

Por conseguinte, incumbe ao Poder Judiciário aplicar a lei no caso concreto, quando requerido pelas partes ou interessados. É o que dita o art. 5º, XXXV da CR/88¹¹, ao garantir o acesso à Justiça, o art. 2º, do Código Processo Civil de 1973¹² e o art. 16, do Novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/15)¹³. Não se pode esquecer também da tutela jurisdicional penal, que também será exercida pelos juízes e Tribunais brasileiros já constituídos, pois que é vedado o juízo ou o Tribunal de exceção – art. 5º, XXXVIII, CR/88¹⁴.

Assim, função jurisdicional é a responsável por aplicar o direito no caso concreto, substituindo as partes, a fim de que se possa dirimir os conflitos de interesse (MEIRELLES, 2012). Ademais, ela se realiza por meio de processo, meio pelo qual se pode concretizar o direito ali suplicado e fazer coisa julgada.

A função jurisdicional surgiu a partir do momento em que a autotutela (a justiça feita com as próprias mãos – atualmente há raríssimas exceções de permissão da autotutela, como

¹¹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...] (BRASIL, 1988).

¹² Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais (BRASIL, 1973).

¹³ Art. 16 A jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código (BRASIL, 2015).

¹⁴ [...]XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção, [...] (BRASIL, 1988).

por exemplo em caso de legítima defesa), cedeu lugar à tutela estatal, vale dizer, o litígio será resolvido pelos órgãos judiciários institucionalizados, ao invés da vontade privada.

No entanto, o Poder Judiciário também possui funções atípicas, como organizar suas secretarias e serviços auxiliares, prover os cargos de juiz de carreira e servidores públicos, conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros – art. 96, I, CR/88¹⁵. O que foi acabado de ser citado se refere à função administrativa do Poder Judiciário, que exerce independentemente do Poder Executivo. Ademais, cabe ressaltar que aqui também vale o princípio da simetria, já explicado anteriormente.

Além disso, o Poder Judiciário pode editar normas regimentais, ou seja, dispor sobre seu próprio regimento interno e a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos – art. 96, I, a, CR/88.

Assim, resume André Ramos Tavares: “como todo Poder, também os órgãos do Judiciário exercem funções típicas, inseridas no conceito de jurisdição¹⁶, e funções atípicas, de ordem administrativa e normativa” (TAVARES, 2009, p. 1146).

Desta forma, a Constituição Federal também outorga outras funções ao Poder Judiciário além da sua função típica, qual seja, a jurisdicional.

2.2.3 Função Administrativa

Percebe-se, pela estrutura organizacional dada à República Federativa do Brasil pela Constituição de 1988, que o sistema presidencialista foi o adotado. Tal entendimento se conclui da forma em que a tripartição das funções foi realizada constitucionalmente. Ademais, André Ramos Tavares explica que:

¹⁵Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

- a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;
- b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;
- c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
- d) propor a criação de novas varas judiciárias;
- e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
- f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados (BRASIL, 1988);

¹⁶ “A jurisdição é, exatamente, a atividade pela qual determinados órgãos pronunciam-se, em caráter cogente, sobre a aplicação do Direito. Isso é realizado, contudo, por meio da obediência a um procedimento previamente determinado, ao final e ao cabo do qual se alança uma decisão que é revestida do caráter da imutabilidade, vale dizer, faz coisa julgada entre as partes” (TAVARES, 2009, p. 1147).

De acordo com os ditames da conhecida teoria da Separação dos Poderes, os três poderes exercem, cada um deles, funções específicas no Estado. O modo como esses poderes se relacionam é que indicará o sistema de governo adotado por um Estado. O Presidencialismo, como já dito, é o sistema no qual há uma divisão mais estanque entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. No Brasil, segundo o art. 2º da C.F., os poderes são harmônicos e independentes entre si (TAVARES, 2009, p. 1259).

A principal característica do presidencialismo é a autonomia do Presidente da República ante o Parlamento, visto que aquele não precisa do apoio deste para se manter como chefe de Governo e também do Estado. Ou seja, é ao Presidente da República que competem as ações de direção do Estado, quando em relações internacionais, ou ações de governo, no plano interno político-econômico.

A função administrativa no Brasil é desempenhada de forma típica, portanto, pelo Poder Executivo, que é “exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado” (BRASIL, 1988).

A função administrativa, pois, é, segundo Fernanda Marinela,

[...]gestão de bens e interesses qualificados da comunidade, de âmbito federal, estadual e municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum. Representa toda atividade desenvolvida pela Administração, protegendo os interesses da coletividade e decorre do fato de o Brasil ser uma República, em que toda atividade desenvolvida deve privilegiar a coisa pública (MARINELA, 2013, p. 20).

Não obstante, já fora retratado em tópicos anteriores que o Poder Executivo não tem o monopólio da função administrativa, visto que outros poderes podem a exercer nos limites de suas competências.

Portanto, se faz crer também que o Poder Executivo não só possui sua função típica de administrar. Não se poderia deixar de descrever que o Presidente da República, segundo o art. 84, IV, CR/88¹⁷, tem o poder de expedir regulamentos para a fiel execução da lei e também de editar medidas provisórias com força de lei, em caso de relevância e urgência – art. 62, CR/88¹⁸.

Ora, tais atos extrapolam as funções administrativas, visto que por tais competências pode se constatar a possibilidade de editar normas infralegais de caráter geral e abstrato.

¹⁷Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:[...]

VI – dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) (BRASIL, 1988)

¹⁸ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (BRASIL, 1988).

Ademais, o Poder Executivo também pode exercer a função de julgar determinadas condutas, que foram praticadas por seus funcionários no exercício do cargo ou função administrativa, através dos julgamentos dos contenciosos administrativos.

Sobre as funções atípicas, André Ramos Tavares elucida que

Não tem este, contudo, o monopólio da função administrativa, nem essa é a única função que exerce. Bastaria citar os processos administrativos e a possibilidade de editar medidas provisórias para constatar a possibilidade de julgar e editar normas de caráter geral e abstrato (TAVARES, 2009, p. 1257).

Neste diapasão, afirma-se que o Poder Executivo é o especializado em editar atos administrativos, mas complementarmente exerce também a função de legislar, através das medidas provisórias, como também de decidir sobre os contenciosos administrativos que incidem na sua esfera de atuação.

3 A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO PODER EXECUTIVO

Como já retratado anteriormente, o Poder Executivo tem a função típica administrativa, e o Estado possui todo o aparelhamento à sua realização. São órgãos, agentes e pessoas jurídicas que estão envolvidas para a prestação da atividade administrativa e a consecução do bem comum.

Assim, a Administração Pública

[...]é todo o aparelhamento do Estado pré-ordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. Não pratica atos de governo; pratica atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional. Conforme a competência dos órgãos e de seus agentes, é o instrumental de que dispõe o Estado para colocar em prática as opções políticas do Governo (MARINELA, 2013, p. 18).

Percebe-se, pois, que o Poder Executivo se divide em dois prismas: Governo e Administração Pública. Enquanto o Governo está na seara da condução política dos negócios, por meio de atos de soberania e atos de autonomia, a Administração se responsabiliza pela execução técnica e legal da função administrativa.

Logo, o que interessa no contexto aqui tratado, é o estudo do Poder Executivo sob o prisma da Administração, que é uma atividade neutra, com poder de decisão em área específica administrativa e sem qualquer opção política (MARINELA, 2013).

Para Hely Lopes Meirelles, a Administração Pública pode ser enxergada pelo critério formal, que a define como um conjunto de órgãos constituídos, sinônimo de Estado, ou pelo critério material, que estabelece um conjunto de funções necessárias para os serviços públicos (MEIRELLES, 2012).

Já para José dos Santos Carvalho Filho, a Administração Pública pode ser entendida pelo aspecto objetivo, em que a mesma pode ser resumida na própria atividade administrativa exercida pelo Estado; ou pelo aspecto subjetivo, que a define como um conjunto de órgãos de que o Estado se vale para conseguir seus fins desejados (CARVALHO FILHO, 2014).

Em resumo, pode-se notar que a Administração Pública é vista por dois enfoques: de maneira formal ou subjetiva, quando se refere a estrutura estatal, e pela maneira material ou objetiva, em que deve ser ligada à atividade administrativa exercida pelo Estado.

Por conseguinte, a Administração Pública precisa de personalidade jurídica para elaborar atos, contratar negócios, enfim, atuar no mundo jurídico pelo interesse público. Assim, por a Administração Pública se imiscuir na estrutura do Estado, sua personalidade é reconhecida através dos entes políticos da Federação, como União, Estados, Distrito Federal e

Municípios (que são comumente chamados de Administração Direta e são pessoas jurídicas de direito público interno) e também às pessoas que integram a Administração Indireta (autarquia, fundação, sociedade de economia mista, empresa pública e associação pública).

Desta forma, percebe-se que apesar de possuir personalidade, mas ser um instituto abstrato e de ficção pelo ordenamento jurídico, a Administração Pública precisa de ser comandada por meio de pessoas físicas, a fim de poder atribuí-la uma manifestação de vontade¹⁹.

Para tanto, a Administração Pública precisa emanar atos administrativos para conseguir realizar a função administrativa, e este será o estudo dos próximos tópicos.

3.1 Conceito e Natureza Jurídica dos Atos Administrativos

De início, antes de se explicar o que sejam atos administrativos, é necessário entender a sua natureza jurídica, para então poder enquadrá-los como atos jurídicos.

Na seara do Direito Civil, ato e fato são conceitos distintos, visto que o primeiro é toda conduta imputável ao homem, decorrente de uma manifestação de vontade, isto é, voluntário, enquanto o segundo é qualquer acontecimento natural que ocorre independentemente da ação do homem.

Di Pietro diferencia fato administrativo do fato da Administração com as seguintes palavras:

Quando o fato corresponde à descrição contida na norma legal, ele é chamado fato jurídico e produz efeitos no mundo do direito. Quando o fato descrito na norma legal produz efeitos no campo do direito administrativo, ele é um fato administrativo, como ocorre com a morte de um funcionário, que produz a vacância de seu cargo; como o decurso do tempo, que produz a prescrição administrativa. Se o fato não produz qualquer efeito jurídico no Direito Administrativo, ele é chamado fato da Administração (DI PIETRO, 2014, p. 199).

De acordo com a Maria Sylvia Di Pietro, logo se percebe que quando há algum evento em que o homem não participou voluntariamente, esse instituto é chamado de fato, e se produzir efeitos na esfera administrativa, poderá ser chamado de fato administrativo;

¹⁹ Considerando que as pessoas jurídicas não têm existência concreta, física, o direito precisou criar um modo para que essas pessoas manifestassem a vontade. Para resolver a situação, reconheceu-se que certas pessoas físicas são investidas no poder jurídico de praticar atos que serão atribuídos à pessoa jurídica. Dessa maneira, a vontade da pessoa jurídica se forma e se exterioriza com a atuação da pessoa física. Para essa teoria, as pessoas físicas foram qualificadas como órgãos das pessoas jurídicas cuja vontade formam e exteriorizam. [...] Portanto, a vontade do agente público, manifestada nessa qualidade, e a vontade do Estado se confundem, formam um todo único, e esse 'poder' dado à pessoa física decorre de determinação da lei, de imputação legal, por isso é denominada teoria do órgão ou teoria da imputação (MARINELA, 2013, p. 90).

enquanto se não existir efeitos decorrentes desse fato, ele é chamado de fato da Administração.

Contudo, há aqui uma divergência doutrinária. Para José dos Santos Carvalho Filho, “a noção de fato administrativo é mais ampla que a de fato jurídico, uma vez que, além deste, engloba, também, os fatos simples, ou seja, aqueles que não repercutem na esfera de direitos, mas estampam evento material ocorrido no seio da Administração” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 98).

Assim, depreende-se por Carvalho Filho que fato administrativo engloba tanto os naturais como os voluntários, podendo estes últimos fatos serem divididos em: a) atos administrativos, que formalizam a manifestação da vontade do administrador e b) condutas administrativas, que espelham os comportamentos administrativos, precedidas ou não de atos administrativos²⁰.

Seguindo a Teoria da Tripartição das Funções, pode-se afirmar que todo ato perpetrado na execução da função administrativa é ato da Administração.

Logo, ato da Administração é um conceito mais amplo que ato administrativo, já que abrange todos os atos praticados pela Administração Pública.

Para Carvalho Filho (2014), é necessário que o ato seja emanado pela Administração Pública para que seja enquadrado como ato da Administração, apesar de outras entidades também poderem elaborar atos administrativos²¹.

São atos da Administração:

- [...]a) os atos de direito privado, como doação, permuta, compra e venda, locação;
- b) os atos materiais da Administração, que não contem manifestação de vontade, mas que envolvem apenas execução, como a demolição de uma casa, a apreensão de mercadoria, a realização de um serviço;
- c) os chamados atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor, que também não expressam uma vontade e que, portanto, também não podem produzir efeitos jurídicos; é o caso dos atestados, certidões, pareceres, votos;
- d) os atos políticos, que estão sujeitos a regime jurídico-constitucional;
- e) os contratos;
- f) os atos normativos da Administração, abrangendo decretos, portarias, resoluções, regimentos, de efeitos gerais e abstratos;

²⁰“Em síntese, podemos constatar que os fatos administrativos podem ser voluntários e naturais. Os fatos administrativos voluntários se materializam de duas maneiras: (1ª) por atos administrativos, que formalizam a providência desejada pelo administrador através da manifestação da vontade; (2ª) por condutas administrativas, que refletem os comportamentos e as ações administrativas, sejam ou não precedidas de ato administrativo formal. Já os fatos administrativos naturais são aqueles que se originam de fenômenos da natureza, cujos efeitos se refletem na órbita administrativa” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 98).

²¹“Por outro lado, como se verá adiante, há atos administrativos produzidos por agentes de entidades que não integram a estrutura da Administração Pública, mas que nem por isso deixam de qualificar-se como tais. Já quando se fala em atos da Administração, tem que ser levada em consideração a circunstância de terem emanado desta” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 99).

g) os atos administrativos propriamente ditos (DI PIETRO, 2014, p. 200).

Desta classificação realizada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho diverge apenas por um ponto: o mesmo não considera atos políticos como atos da Administração, visto que “estes emanam sempre da lei; são diretamente subjacentes a esta. Aqueles alcançam maior liberdade de ação, e resultam de normas constitucionais. O caráter governamental sobreleva ao administrativo” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 99).

Pelo fato de o ato jurídico decorrer de uma manifestação de vontade propiciadora de desencadear efeitos jurídicos, o ato administrativo em muito se assemelha com este instituto, pois que possuem elementos em comum, como sujeito, objeto e forma, além da produção de efeitos.

Destarte, o ato administrativo possui algumas qualificações especiais em seus elementos, quais sejam, a competência do sujeito e a finalidade do objeto visando o interesse público. Fernanda Marinela explica que

As noções de ato jurídico e ato administrativo tem diversos pontos em comum, como os elementos estruturais do ato jurídico, tais como: sujeito, objeto e forma. O ato administrativo, todavia, ganha algumas qualificações especiais, como, por exemplo: o sujeito precisa ser agente público, o objeto deve ser preordenado a um interesse público etc. Sendo assim, é possível concluir que o ato jurídico é gênero do qual o ato administrativo é espécie (MARINELA, 2013, p. 248).

Neste diapasão, é notória a diferença de ato administrativo com outra espécie de ato jurídico, qual seja, o negócio jurídico, visto que aquele é elaborado de acordo com a vontade da lei (princípio da legalidade²²), enquanto estes são realizados a qualquer momento e a qualquer circunstância pelas partes. Contudo, não significa que a Administração Pública não possa concretizar um negócio jurídico, já que há momentos em que a Administração Pública irá contratar com o particular no mesmo patamar de igualdade²³.

²² “A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda 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 à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso” (MEIRELLES, 2012, p. 86).

²³Na sistemática do novo Código, por conseguinte, devem os atos administrativos (assim como os atos jurisdicionais e legislativos) enquadrar-se como atos jurídicos, porquanto a vontade jurídica será emitida pelos agentes da Administração em conformidade com a lei, mas não poderão ser qualificados como negócios jurídicos, porque a emissão volitiva decorre diretamente da lei, independentemente de o agente desejar, ou não, a finalidade a ser alcançada pelo ato.

Nada obstante, é preciso considerar que a Administração Pública, conquanto, muito mais voltada à edição de atos jurídicos, qualificados como atos administrativos, também pode praticar negócios jurídicos, conforme sucede, por exemplo, quando celebra contratos com particulares. A razão é simples: aqui o objeto contratual será realmente o alvitado pelas partes (CARVALHO FILHO, 2014, p. 100).

Já definida então a natureza jurídica do ato administrativo como ato jurídico, passa-se agora a sua conceituação.

Fernanda Marinela descreve que:

Ato administrativo é nada mais do que um ato jurídico, tratando-se de uma manifestação de vontade que produz efeitos jurídicos, por ser marcado por peculiaridades que o individualizam como é o caso das condições para sua válida produção, ou ainda, quanto às regras de eficácia.

Na definição desses atos, é possível a fixação de alguns pontos fundamentais, tais como: a vontade, que deve necessariamente emanar de um agente público no exercício de sua função administrativa, o que o distingue do particular; seu conteúdo, que deve propiciar efeitos jurídicos sempre com um fim público; e, por fim, o regime, que deve ser de direito público (MARINELA, 2013, p. 259).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ato administrativo se define como: “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com a observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2014, p. 205).

Na visão de José dos Santos Carvalho Filho, o ato administrativo é: “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob o regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos com o fim de atender ao interesse público” (CARVALHO FILHO, 2014, p.101).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, para conceituar o ato administrativo, deve-se utilizar dois sentidos: o ato em sentido amplo e o ato em sentido estrito, observa-se:

O ato em sentido amplo é a declaração do Estado 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. O ato em sentido estrito representa uma categoria menor de atos, associados por uma quantidade maior de traços de afinidade, isto é, o conceito é o mesmo colocado acima, entretanto, acrescentam-se lhes duas novas características que são a concreção e a unilateralidade. Com efeito, Ato Administrativo é toda declaração unilateral de vontade do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei, expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle pelo Poder Judiciário, ficando, assim, excluídos, os atos abstratos e os convencionais (MELLO, 2009 apud MARINELA, 2013, p.260).

Por tudo que foi exposto, denota-se então que ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato resguardar, adquirir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigação aos administrados ou a si própria. De todos os conceitos transcritos, alguns tópicos anatômicos de ato administrativo podem ser destacados: a) constitui declaração do Estado ou de quem lhe

represente; b) sujeita-se ao regime de direito público; c) há produção de efeitos jurídicos; d) é passível de controle judicial; e) sujeita-se à lei.

3.2 Elementos do Ato Administrativo

A Administração Pública não é uma matéria que se insere em um ramo totalmente homogêneo. Em se tratando de ato administrativo, existe uma divergência doutrinária acerca do uso do vocábulo elementos ou requisitos do ato administrativo.

Cretella Júnior, assim como Humberto Fragola, autor italiano, entendem que os atos administrativos devem ser vistos em anatomia, ou seja, estudando os elementos que os compõem, fazendo analogia às ciências médicas. E ainda tecem que são cinco os elementos básicos constitutivos da manifestação da vontade da Administração Pública: agente, objeto, forma, motivo e o fim (DI PIETRO, 2014).

Para tanto, elementos e requisitos se diferenciam em que os primeiros fazem existir o ato administrativo, enquanto os requisitos são os elementos acrescidos de condições para que possam produzir efeitos jurídicos (agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei). Não obstante a comparação aqui mencionada, a maioria dos doutrinadores entendem que os vocábulos elementos e requisitos são sinônimos. (DI PIETRO, 2014).

Desta forma, a Lei nº 4.717/65 – Lei da Ação Popular, ao dispor no seu art. 2º sobre a ocorrência de atos nulos, menciona os cinco elementos do ato administrativo: competência, forma, objeto, motivo e finalidade²⁴.

Os atos administrativos não são feitos por qualquer indivíduo. Eles devem ser realizados por um sujeito competente, ou seja, agente público ou que a ele seja equiparado. Para tanto, agente público “é qualquer pessoa que exerça de forma temporária ou permanente,

²⁴Art. 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.

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

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência (BRASIL, 1965).

com ou sem remuneração, uma função pública, devendo estar, de alguma forma, ligado à Administração Pública” (MARINELA, 2013, p. 257).

Assim, podem se incluir na categoria de agentes públicos os servidores que atuam em qualquer das funções estatais, na Administração Direta e nas pessoas jurídicas da Administração Indireta, como também aqueles particulares em colaboração, como as concessionárias, permissionárias, mesários, jurados de um Tribunal do Júri etc.

Para tanto, para estes agentes públicos praticarem atos administrativos, é necessário que estejam exercendo uma função administrativa já atribuída aos mesmos por meio de norma legal, como já explicado anteriormente.

Desta forma, ser somente agente público não quer dizer que poderá elaborar atos administrativos, já que deverá ter competência para tal.

De acordo com a Teoria do Órgão, já retratada em linhas passadas, DI PIETRO explica que

Partindo-se da ideia de que só o ente com personalidade jurídica é titular de direitos e obrigações, pode-se dizer que, no direito brasileiro, quem tem capacidade para a prática de atos administrativos são as pessoas públicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

Ocorre que as funções que competem a esses entes são distribuídas entre órgãos administrativos (como os Ministérios, Secretarias e suas subdivisões), e dentro destes, entre seus agentes, pessoas físicas.

Assim, a competência tem que ser considerada nesses três aspectos; em relação às pessoas jurídicas políticas, a distribuição de competência consta da Constituição Federal; em relação aos órgãos e servidores, encontra-se nas leis.

Pode-se, portanto, definir competência como o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo (DI PIETRO, 2014, p. 212).

Neste diapasão, competência se relaciona com as atribuições que determinado ente político e seu órgão recebeu para o exercício de sua função administrativa, já prevista na Constituição ou em leis. É o que afirma também Marcelo Alexandrino: “podemos definir competência como o poder legal conferido ao agente público para o desempenho específico das atribuições de seu cargo. A doutrina também se refere, por vezes, ao elemento competência, simplesmente como ‘sujeito’” (ALEXANDRINO, 2011, p. 442).

A competência se caracteriza por ser irrenunciável, de exercício obrigatório, ou seja, um poder-dever do administrador, imprescritível, imodificável, improrrogável e objeto de delegação ou avocação em determinados casos. Ricardo Alexandre explica tais características da competência:

- [...]a) é de exercício obrigatório pelos órgãos e agentes públicos, uma vez que se trata de um poder-dever. Não é possível imaginar, por exemplo, que um policial deixe de prender um criminoso surpreendido em flagrante delito;
- b) é irrenunciável (ou inderrogável), seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros, pois é estabelecida em razão do interesse público (princípio da indisponibilidade do interesse público). É incabível, por exemplo, que uma delegacia de polícia, diante de um aumento extraordinário da ocorrência de crimes graves e da sua insuficiência de pessoal, decida por não mais registrar boletins de ocorrência relativos a crimes “menos graves”;
- c) é intransferível, pelo mesmo motivo anterior, não podendo ser objeto de transação ou acordo que vise a repassá-la a outra pessoa. É importante registrar que a delegação de competência não implica transferência de sua titularidade, mas mera autorização para o exercício de certas atribuições não exclusivas da autoridade delegante, que poderá, a qualquer tempo, revogar a delegação;
- d) é imodificável por ato do agente, quando tiver sido fixada pela lei ou pela Constituição, de forma que só tais normas poderão alterá-la;
- e) é imprescritível, ou seja, ainda que não utilizada por muito tempo, o agente continua competente;
- f) é improrrogável, salvo disposição expressa prevista em lei, o que quer dizer, em regra, que o agente incompetente não passa a ser competente pelo simples fato de ter praticado o ato ou de ter sido o primeiro a tomar conhecimento dos fatos que motivariam a sua prática (ALEXANDRE, 2015, p. 343).

O elemento forma está intrinsecamente relacionado com a exteriorização da vontade, e consequentemente, com a produção dos efeitos jurídicos do ato administrativo. Contudo, não basta a manifestação da vontade do agente competente, é necessário que a elaboração do ato administrativo seja realizada segundo as exigências definidas em lei. Corroborando com tal entendimento, José dos Santos Carvalho Filho aduz que

A forma é o meio pelo qual se exterioriza a vontade. A vontade, tomada de modo isolado, reside na mente como elemento de caráter meramente psíquico, interno. Quando se projeta, é necessário que o faça através da forma. Por isso mesmo é que a forma é elemento que integra a própria formação do ato. Sem sua presença, o ato (diga-se qualquer ato que vise a produção de efeitos) sequer completa o ciclo de existência.

[...]Por isso, para ser considerada válida, a forma do ato deve compatibilizar-se com o que expressamente dispõe a lei ou ato equivalente com força jurídica. Desse modo, não basta simplesmente a exteriorização da vontade pelo agente administrativo; urge que o faça nos termos em que a lei a estabeleceu, pena de ficar o ato inquinado de vício de legalidade suficiente para provocar-lhe a invalidação (CARVALHO FILHO, 2014, p. 111-112).

Portanto, não basta haver a exteriorização da vontade, pois que a solenidade deve ser também válida. E tal aspecto se relaciona estritamente com os procedimentos administrativos, que é uma série de atos formais que levam a um ato administrativo final, em observância ao princípio do devido processo legal. O processo administrativo legitima e fundamenta a conduta do administrador, e se não respeitado o procedimento legal, estará o ato administrativo final fadado à invalidade.

Quanto ao objeto (ou conteúdo), este elemento se relaciona com o resultado prático do ato administrativo, ou seja, com os efeitos jurídicos que produz, decide, atesta. Ricardo Alexandre explica objeto como

O objeto (ou conteúdo) do ato administrativo consiste no efeito jurídico imediato produzido pelo ato. Em outros termos, podemos afirmar que o objeto do ato administrativo consiste na alteração da situação jurídica que o ato administrativo se propõe a realizar. Assim, no ato impositivo de multa, o objeto é a punição do transgressor; por sua vez, no de nomeação de servidor, o objeto é a sua admissão nos quadros do serviço público. [...] Aos atos administrativos, por serem subespécies dos atos jurídicos, são aplicáveis as mesmas restrições relativas aos objetos destes. Nesse sentido, para que o ato administrativo seja válido, seu objeto deve ser lícito (conforme a lei), possível (suscetível de ser realizado), certo (determinado ou pelo menos determinável quanto aos destinatários, efeitos, tempo e ao lugar) e moral (conforme os padrões aceitos como justos e éticos) (ALEXANDRE, 2015, p. 356-357).

O motivo do ato administrativo são os pressupostos de fato²⁵ e de direito²⁶ que justificam a sua edição. Para o motivo ser legal, deve o mesmo ser verdadeiro e compatível com a realidade fática apresentada pelo administrador, correspondendo o evento que efetivamente ocorreu com o pressuposto declarado para a prática do ato. Ademais, José dos Santos Carvalho Filho salienta que

Toda vontade emitida por agente da Administração resulta da impulsão de certos fatores fáticos ou jurídicos. Significa que é inaceitável, em sede de direito público, a prática de ato administrativo sem que seu autor tenha tido, para tanto, razões de fato ou de direito, responsáveis pela extroversão da vontade. Pode-se, pois, conceituar o motivo como a situação de fato ou de direito que gera a vontade do agente quando pratica o ato administrativo (CARVALHO FILHO, 2014, p. 113).

Em outras palavras, o ato administrativo é praticado quando há a subsunção da situação fática com a norma legal. É o que explica Marcelo Alexandrino

O motivo é a causa imediata do ato administrativo. É a situação de fato e de direito que determina ou autoriza a prática do ato, ou, em outras palavras, o pressuposto fático e jurídico (ou normativo) que enseja a prática do ato. O que a enunciação acima pretende descrever é que os atos administrativos são praticados quando ocorre a coincidência, ou subsunção, entre uma situação de fato (ocorrida no mundo natural, também chamado mundo empírico) e uma hipótese descrita em norma legal. A doutrina, por vezes, utiliza o vocábulo 'causa' para aludir ao elemento motivo (ALEXANDRINO, 2001, p. 451).

²⁵“Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato” (DI PIETRO, 2014, p. 219).

²⁶ “Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato” (DI PIETRO, 2014, p. 219).

O motivo é trazido, muitas vezes, correlacionado com conceitos de móvel e motivação, contudo estas palavras não são sinônimas. Móvel refere-se à intenção do agente que praticou o ato, é a sua vontade emanada no momento da edição do ato administrativo. Em atos discricionários²⁷, o móvel é relevantíssimo para analisar a validade do ato administrativo, visto que se a vontade do agente for viciada, este transformará em inválido todo o ato. No entanto, se o ato é vinculado, a intenção do agente é irrelevante, pois que a lei já estabelece o comportamento possível para o agente naquela situação. Fernanda Marinela aduz que

Inicialmente, é preciso distinguir o motivo do móvel. O motivo consiste na situação objetiva, real, empírica, ou seja, uma realidade objetiva e externa ao agente. Já o móvel é a intenção, o propósito do agente que praticou o ato, ou melhor, a representação subjetiva, psicológica, interna do agente (a sua vontade ou intenção) (MARINELA, 2013, p. 266).

Já motivação é a exposição da justificativa da edição do ato administrativo, apresentando a correlação lógica entre os fatos e o ato praticado, a fim de demonstrar a compatibilidade com a lei. CARVALHO FILHO diferencia estes conceitos com as seguintes palavras:

Motivo, como vimos, é a situação de fato (alguns denominam de ‘circunstâncias de fato’) por meio da qual é deflagrada a manifestação de vontade da Administração. Já a motivação, como bem sintetiza CRETELLA JR., ‘é a justificativa do pronunciamento tomado’, o que ocorre mais usualmente em atos cuja resolução ou decisão é precedida, no texto, dos fundamentos que conduziram à prática do ato. Em outras palavras: a motivação exprime de modo expresso e textual todas as situações de fato que levaram o agente à manifestação da vontade (CARVALHO FILHO, 2014, p. 114).

Destarte, é fácil concluir que o motivo prende o agente aos pressupostos declarados no ato administrativo, impondo-lhe a comprovação de sua ocorrência, e se inferir que são falsos ou inexistentes, será o respectivo ato administrativo declarado nulo. É o que se chama de Teoria dos Motivos Determinantes. Maria Sylvia Di Pietro atesta que

Ainda relacionada com o motivo, há a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade.

²⁷Mais a frente haverá explicação sobre o Poder Discricionário e o Poder Vinculado. No entanto, cabe agora fazer uma explanação sobre o que é ato discricionário e ato vinculado. “Atos discricionários são aqueles atos em que o administrador goza de liberdade para a sua prática, realizando um juízo de valor de conveniência e oportunidade para o interesse público” (MARINELA, 2013, p. 284). Enquanto atos vinculados “são aqueles em que o administrador não tem liberdade, não tem opção de escolha, estabelecendo a lei um único comportamento possível” (MARINELA, 2013, p. 284).

Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros. Tomando-se como exemplo a exoneração *ad nutum*, para a qual a lei não define o motivo, se a Administração praticar esse ato alegando que o fez por falta de verba e depois nomear outro funcionário para a mesma vaga, o ato será nulo por vício quanto ao motivo (DI PIETRO, 2014, p. 220).

Já o quinto elemento finalidade é o objetivo que o ato administrativo visa alcançar, e é notável dizer que todo ato administrativo tem o interesse público como fim mediato. Marcelo Alexandrino complementa:

Podemos identificar nos atos administrativos: a) uma finalidade geral ou mediata, que é sempre a mesma, expressa ou implicitamente estabelecida na lei: a satisfação do interesse público; b) uma finalidade específica, imediata, que é o objetivo direto, o resultado específico a ser alcançado, previsto na lei, e que deve determinar a prática do ato (ALEXANDRINO, 2011, p. 448).

Assim, percebe-se que a finalidade é o elemento que faz virar o agente para o interesse público, e não buscando seus privados interesses, velando assim pelo princípio da impessoalidade da Administração Pública. José dos Santos Carvalho Filho diz então que

Finalidade é o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público. Realmente não se pode conceber que o administrador, como gestor de bens e interesses da coletividade, possa estar voltado a interesses privados. O intuito de sua atividade deve ser o bem comum, o atendimento aos reclamos da comunidade, porque essa de fato é a sua função (CARVALHO FILHO, 2014, p. 120).

Explanados os elementos dos atos administrativos, segue-se agora à classificação dos planos de existência e validade do doutrinador Bandeira de Mello.

3.3 Plano de Existência dos Atos Administrativos

Celso Antônio Bandeira de Mello preferiu sistematizar o tema em outra maneira, visto que, para ele, apenas dois institutos são realmente elementos do ato administrativo: conteúdo e a forma. Isto porque para algo ser elemento, este deve ser seu componente, uma realidade intrínseca da peça. Desta forma, apenas o conteúdo e a forma fazem parte do ato administrativo, enquanto os outros elementos aqui estudados foram divididos em pressupostos de existência e pressupostos de validade. Em seu livro “Curso de Direito Administrativo”, Bandeira de Mello expõe a tal classificação:

Preferimos, pois, sistematizar o assunto de outro modo, levando em conta que, dentre os assim chamados, dois são, realmente, elementos, ou seja, realidades intrínsecas do ato. Em uma palavra, componentes dele, a saber: o conteúdo e a forma. Não, porém, os outros. Daí separarmos os elementos do ato e os pressupostos de existência, ou seja, condicionantes de sua existência, e pressupostos de validade, ou seja, condicionantes de sua lisura jurídica (MELLO, 2014, p. 396).

Os pressupostos de existência são o objeto e a pertinência do ato ao exercício da função administrativa. Como já elucidado, objeto é sobre aquilo que o ato dispõe, e não se confunde com o conteúdo, elemento do ato de acordo com Bandeira de Mello, visto que este é da essência do ato, o teor da decisão, enquanto o objeto é sobre o que o conteúdo se refere. Bandeira de Mello diferencia estes dois institutos assim:

[...] acolhendo o ensinamento de Zanobini, segundo quem o conteúdo dispõe sobre alguma coisa, que é, esta sim, o objeto do ato. Com efeito, quem decide, decide alguma coisa a respeito de outra coisa. O conteúdo e o objeto seriam duas realidades perfeitamente distintas (MELLO, 2014, p. 398).

Para Bandeira de Mello, sem o objeto não pode surgir ato jurídico, por isso, este requisito se classifica como pressuposto de existência. Um ato que se faz incidir em um objeto inexistente, o faz também ser inexistente, não podendo haver o surgimento do ato administrativo. E ainda o autor aponta alguns exemplos, como intimação por edital a funcionário falecido e decreto que exonera servidor falecido.

Já a pertinência do ato ao exercício da função administrativa tem a ver com o exercício do agente com a função administrativa, pois que não havendo a prática deste exercício, o ato poderá não ser administrativo, e sim privado.

Fernanda Marinela (2013) manifesta ser interessante o raciocínio de Bandeira de Mello, visto que se pode melhor visualizar quando um ato administrativo é expedido por concessionárias de serviços públicos ou particulares em colaboração, caso tenha a pertinência do ato ao exercício da função administrativa. Do contrário, se o ato não pode ser imputado à função administrativa do Estado, ato jurídico este será.

Assim, o ato se qualifica como administrativo se retratar algum aspecto da função administrativa, podendo não só os agentes de órgãos ou entidades estatais, mas também os particulares em colaboração com a Administração Pública e os outros Poderes editarem ato administrativo, se este for pertinente com o regime público.

E para concluir, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que

Sem os pressupostos de existência faltará o indispensável para a produção jurídica daquele objeto constituído pelos elementos, isto é, para o surgimento de um ato

jurídico qualquer (administrativo ou não, válido ou inválido), ou, então, faltar o requerido para a qualificação dele como ato administrativo (válido ou inválido) (MELLO, 2014, p. 397).

Neste sentido, os pressupostos de existência – objeto e pertinência do ato ao exercício da função administrativa – são imprescindíveis para que ocorra a produção de um ato administrativo.

3.4 Plano de Eficácia dos Atos Administrativos

Um ato administrativo é eficaz²⁸ quando produz efeitos próprios; ou seja, quando não há qualquer empecilho para a produção do evento que tem por fim, seja pela inexistência de uma condição suspensiva, termo inicial ou ato controlador a cargo de outra autoridade (MELLO, 2014). Destarte, conceitua-se eficácia como “a situação atual de disponibilidade para produção dos efeitos típicos, próprios, do ato” (MELLO, 2014, p. 392).

Todo ato administrativo realiza ou deve realizar, assim, uma ou mais determinadas funções, cumprindo-se através de certa alteração na realidade jurídica preexistente ao ato, alteração que se dá o nome de efeito jurídico. De acordo com NOVELLI (1960, p. 20-21), “esta modificação, segundo alguns, pode consistir na constituição, na modificação ou na extinção de uma relação jurídica; ao que acrescentam outros a constituição, a modificação ou a extinção de uma qualificação jurídica, de um *status*, de uma situação, de uma qualidade dos sujeitos”.

Segundo Sérgio de Andréa Ferreira (1985), citado por José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 128), a eficácia do ato administrativo comporta três dimensões: a) temporal: consiste em delimitar por quanto tempo aquele ato produziu efeitos (se foram instantâneos ou duradouros); b) espacial: consiste em delimitar o local onde o ato gerou efeitos (por exemplo, um ato originário da competência de um Município produz efeitos nos limites desta urbe); c) subjetiva: consiste em definir quem são os indivíduos que estão sob sujeição do ato.

Há, por fim, três tipos de efeitos:

a) efeitos típicos, que correspondem aos efeitos próprios esperados pelo ato;

²⁸ Complementa-se a ideia de eficácia com os dizeres de José dos Santos Carvalho Filho: “Eficácia é a idoneidade que tem o ato administrativo para produzir seus efeitos. Em outras palavras, significa que o ato está pronto para atingir o fim a que foi destinado. Se o ato completou seu ciclo de formação, podemos considerá-lo eficaz, e isso ainda que dependa de termo ou condição futuros para ser executado. O termo e a condição, como veremos adiante, podem constituir óbices à operatividade do ato, mas nem por isso descaracterizam sua eficácia” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 128).

b) efeitos atípicos, prodrômicos ou preliminares, que existem enquanto há uma situação de pendência do ato, ou seja, que ocorrem durante a intercorrência da produção do ato até o desenrolamento dos efeitos típicos. “Serve de exemplo, no caso dos atos sujeitos a controle por parte de outro órgão, o dever-poder que assiste a este último de emitir o ato controlador que funciona como condição de eficácia do ato controlado” (MELLO, 2014, p. 393);

c) efeitos reflexos, que são os que atingem terceiros não relacionados no ato administrativo. “Os efeitos reflexos, portanto, são aqueles que alcançam terceiros, pessoas que não fazem parte da relação jurídica travada entre a Administração e o sujeito passivo do ato. É o caso do locatário de imóvel desapropriado” (MELLO, 2014, p. 393).

Desta forma, percebe-se que o ato administrativo pode existir, mas não significa que seja eficaz ou que tenha seus efeitos restringidos às partes. No entanto, sabe-se que o pressuposto para que um ato tenha eficácia é a sua existência, certo que se tal ato não exista, não há que se falar em efeitos jurídicos.

4 PODERES ADMINISTRATIVOS

Quando do estudo do regime jurídico administrativo²⁹, nota-se que a Administração Pública se submete a sujeições, apesar de também possuir prerrogativas. “As prerrogativas são privilégios concedidos à Administração para oferecer-lhe meios, a fim de assegurar o exercício de suas atividades, enquanto as sujeições representam limites opostos à atuação administrativa em benefício dos direitos dos cidadãos” (MARINELA, 2013, p. 201).

Desta forma, cabe classificar os poderes administrativos como prerrogativas conferidas aos agentes públicos, a fim de que a Administração Pública possa conseguir realizar a persecução do interesse público.

Notável é diferenciar poderes administrativos dos Poderes do Estado: o primeiro se relaciona com o regime jurídico administrativo, enquanto a última expressão designa os órgãos que exercem as funções estatais, na clássica divisão de Montesquieu. Os primeiros interessam ao estudo do Direito Administrativo, enquanto os últimos são objeto de estudo do Direito Constitucional.

4.1 Conceito e Natureza Jurídica

Por ser uma prerrogativa, o poder administrativo se caracteriza por ser um instrumento ou mecanismo para a consecução do interesse público. Servem para cumprir todas as atribuições que foram conferidas à Administração Pública. São meios que o administrador tem para se valer, com o fito de que consiga cumprir com seus objetivos.

Neste diapasão, poderes administrativos podem ser conceituados como privilégios inerentes à Administração Pública, a fim de fazer sobrepor a vontade da lei à vontade individual, ou seja, o interesse coletivo sobre o interesse particular.

Fernanda Marinela conceitua poderes administrativos como “conjunto de prerrogativas ou de competências de direito público, conferidas à Administração, com o objetivo de

²⁹ “Como já tivemos a oportunidade de afirmar, a expressão ‘regime jurídico-administrativo’ tem sentido restrito, servindo para designar o conjunto de normas de direito público que peculiarizam o Direito Administrativo, estabelecendo prerrogativas que colocam a Administração Pública numa posição privilegiada nas suas relações com os particulares e também restrições que buscam evitar que ela se afaste da persecução incessante da consecução do bem comum. [...]É nesse contexto que se chega à afirmação de que a supremacia do interesse público justifica a concessão de prerrogativas, enquanto a indisponibilidade de tal interesse impõe a estipulação de restrições (sujeições) à atuação administrativa, sendo estes os princípios basilares (ou supraprincípios) cujo estudo é o ponto de partida para a perfeita compreensão do regime jurídico administrativo” (ALEXANDRE, 2015, p. 159).

permitir a aplicação da supremacia do interesse público e a realização do bem comum” (MARINELA, 2013, p. 201).

José dos Santos Carvalho Filho também define o tema de forma convergente: “Pode-se, pois, conceituar os poderes administrativos como o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 51).

Por fim, transcreve-se a definição de Dirley da Cunha Júnior: “são instrumentos de trabalho com os quais os órgãos e entidades administrativas desenvolvem as suas tarefas e cumprem os seus deveres funcionais. Por isso mesmo, são chamados poderes instrumentais, consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são conferidos” (CUNHA JÚNIOR, 2009 apud MARINELA, 2013, p. 201).

Além de serem caracterizados como instrumentos, os poderes administrativos são de exercício obrigatório para o administrador, já que se vinculam para concretizar o interesse público, que é indisponível, o exercício dos poderes administrativos não pode ser considerado como mera liberalidade. Daí então não poderem ser considerados como instrumentos facultativos da Administração Pública, mas sim um poder-dever.

Logo, se o interesse público é indisponível, os poderes administrativos são então irrenunciáveis, em outras palavras, não estão sob a livre disposição do administrador. Ademais, a vedação para a renúncia total ou parcial dos poderes está disposta na Lei nº 9.784/99, em seu art. 2º, inciso II:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
[...] II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; [...](BRASIL, 1999).

E por a Administração Pública estar adstrita à conduta que esteja prevista em lei, além de ter que respeitar os direitos e garantias individuais, os poderes administrativos não são ilimitados, vale dizer, estão condicionados aos limites legais. Assim, todo abuso praticado em decorrência da prática dos poderes administrativos devem sofrer controle, visando o restabelecimento no mundo jurídico ao *status quo*.

4.2 Poder Hierárquico

O Poder Hierárquico, segundo Ricardo Alexandre, “é aquele conferido à autoridade administrativa para distribuir e escalonar funções de seus órgãos, estabelecendo uma relação de coordenação e subordinação entre os servidores sob sua chefia” (ALEXANDRE, 2015, p. 217).

Assim, a Administração Pública tem o poder de escalonar, ordenar e rever as funções dos seus órgãos, bem como as atribuições de seus agentes, estabelecendo uma relação de subordinação.

Destarte, o Poder Hierárquico pode ser visualizado em dois vieses: a distribuição de competências e a hierarquia.

A função administrativa, por seu grande leque de atribuições, não poderia ser realizada por apenas um órgão, sob pena de ser exercida de forma ineficiente e demorada. Por conseguinte, é preciso que haja uma distribuição de competências em todo o aparelho da Administração Pública, escalonados em forma hierarquizada.

Neste sentido, não basta haver a distribuição de competências, deve haver também órgãos superiores a outros. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, hierarquia “é o escalonamento em plano vertical dos órgãos e agentes da Administração que tem como objetivo a organização da função administrativa” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 69).

Em decorrência da hierarquia, observa-se que há órgãos que se subordinam a outros, tanto em comandos como em fiscalização, e que podem sofrer os efeitos da delegação e avocação. Ressalte-se que a ocorrência da delegação e avocação necessita de autorização legal, e deve se dar em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados. Sobre a matéria, transcrevem-se os artigos 12 a 15, da Lei nº 9.784/99.

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial. Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação: I - a edição de atos de caráter normativo; II - a decisão de recursos administrativos; III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial. § 1º O ato de delegação especificará as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada. § 2º O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante. § 3º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior (BRASIL, 1999).

A delegação é a transferência de imputações funcionais em plano horizontal ou vertical, ou seja, acontecendo entre órgãos de mesma hierarquia ou entre um órgão superior delegando para órgão inferior.

Já a avocação é o oposto, o órgão superior irá exercer as competências do subalterno de forma temporária e excepcional.

Por fim, é significativo não atrapalhar-se com os conceitos de hierarquia e vinculação administrativa. A hierarquia é uma decorrência do poder hierárquico e apenas ocorre no âmbito da mesma pessoa jurídica, enquanto a vinculação é resultado do poder de controle ou de tutela que a Administração Direta pratica sobre as entidades da Administração Indireta.

4.3 Poder de Polícia

O Poder de Polícia é o meio conferido ao agente para atribuir efeitos limitadores (restringir, condicionar) à liberdade e a utilização de bens e direitos pelos administrados, conforme o interesse público. José dos Santos Carvalho Filho conceitua Poder de Polícia como “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, 2014, p. 77).

Outro conceito muito importante sobre o Poder de Polícia é dado no Código Tributário Nacional, em seu art. 78:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder (BRASIL, 1966).

Neste diapasão, o Poder de Polícia faz com que o administrador intervenha no exercício das atividades privadas suscetíveis de colocar em risco o interesse público, objetivando de tal modo o bem-estar social e impondo condutas ajustadas com a sociedade. Tudo fundamentado do poder de polícia advém do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Este poder administrativo se expressa através de atos normativos³⁰ ou atos concretos³¹, e também por meio de leis, como ensina Fernanda Marinela:

Destarte, é possível conceituar Poder de Polícia como a atividade da Administração Pública que se expressa por meio de atos normativos ou concretos, com fundamento na supremacia geral e, na forma da lei, de condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos mediante ações fiscalizadoras, preventivas e repressivas, impondo aos administrados comportamentos compatíveis com os interesses sociais sedimentados no sistema normativo (MARINELA, 2013, p. 215).

Como transcrito acima, o Poder de Polícia pode ser exercido de três maneiras: de forma fiscalizadora, preventiva ou repressiva.

De forma preventiva deparam-se os atos normativos, visto que são disposições abstratas e genéricas que condicionam as atividades privadas, em razão do bem estar social. Já a prática da Polícia de forma repressiva se coaduna com os atos materiais, vale dizer, praticados pela Administração, em sujeição à lei e aos regulamentos; e a função fiscalizadora do Poder de Polícia caracteriza-se por proteger os administrados de lesões que possam sofrer. A autora Fernanda Marinela exemplifica todos esses casos, veja-se:

No exercício da polícia administrativa preventiva, encontram-se os atos normativos, como regulamentos e portarias, que são disposições genéricas e abstratas que delimitam a atividade e o interesse de particular, em razão do interesse coletivo, como *v.g.* os atos que regulam o uso de fogos de artifício ou proíbem soltar balão; os que disciplinam horário e condições de vendas de bebidas alcoólicas, entre outros. Caracterizando-se injunções concretas do poder de polícia repressivo, existem os atos específicos praticados, em obediência à lei e aos regulamentos, como a dissolução de uma reunião subversiva; a apreensão de edição de revista com reportagem sediciosa e imoral; o fechamento de estabelecimento comercial, aberto sem prévia observância dos requisitos ou sem o cumprimento das regras sanitárias; a interdição de hotel utilizado para a exploração de lenocínio, e o guinchamento de veículo que obstrua via pública.

Resta, ainda, a atuação da polícia administrativa em sua função fiscalizadora, caracterizando atos que visam prevenir eventuais lesões aos administrados, como a fiscalização de pesos e medidas; das condições de higiene dos estabelecimentos comerciais; a vistoria de veículos automotores como garantia da segurança; a fiscalização da caça, dentre outros (MARINELA, 2013, p. 218).

³⁰ Atos normativos “são aqueles que contêm comandos, em regra, gerais e abstratos para viabilizar o cumprimento da lei. Para alguns autores, tais atos seriam leis em sentido material. Exemplos: decretos e deliberações” (MAZZA, 2014, p. 256).

³¹ Atos administrativos e operações materiais de aplicação ao caso concreto: consiste na adoção de medidas preventivas para evitar que o indivíduo descumpra a lei, tais como: fiscalização, vistoria e concessão de autorização ou licença; e de medidas repressivas, que objetivam obrigar o infrator a cumprir a lei, a exemplo da interdição de estabelecimentos comerciais, apreensão de mercadorias estragadas, dissolução de reunião, demolição de prédio que ameaça desabar ou internação de pessoa com doença contagiosa (ALEXANDRE, 2015, p. 232)

O Poder de Polícia ou a Polícia Administrativa não pode ser confundido com a polícia judiciária, já que a primeira incide sobre bens, atividades ou direitos, fazendo cumprir o regime jurídico administrativo, enquanto a polícia judiciária atua na ocorrência de um ilícito penal, de acordo com as normas processuais penais, incidindo sobre as pessoas. Para Maria Silvy Di Pietro, há mais uma discrepância:

A polícia judiciária é privativa de corporações especializadas (polícia civil e militar), enquanto a polícia administrativa se reparte entre diversos órgãos da Administração, incluindo, além da própria polícia militar, os vários órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister, como os que atuam nas áreas da saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social (DI PIETRO, 2014, p. 126).

O Poder de Polícia, então, possui três atributos: a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade. Portanto, sobre o primeiro atributo, infere-se que a competência do Poder de Polícia é discricionária, em regra. Algumas vezes a lei permite que o administrador aprecie a situação, e escolha a melhor ocasião para agir, qual o meio de ação apropriado, qual a pena admissível diante das já previstas no ordenamento jurídico. Ressalte-se, no entanto, que a polícia administrativa não é totalmente discricionária. Há atos de polícia que são inteiramente vinculados (por exemplo, as licenças), em que não há margem de liberdade do agente para ponderar a conveniência e a oportunidade.

A autoexecutoriedade é a faculdade que tem a Administração de, com os próprios instrumentos, colocar em efetivação as suas decisões, sem precisar recorrer antecipadamente ao Poder Judiciário. Este atributo se desdobra em dois: exigibilidade e executoriedade. A exigibilidade permite a Administração tomar medidas executórias, vale dizer, decisões, sem uma análise jurisdicional, sendo meio indireto de coerção. Já a executoriedade é a possibilidade do administrador concretizar diretamente as suas disposições, compelindo materialmente o administrado por meios diretos de coerção. Sobre a existência da autoexecutoriedade em todos os atos do Poder de Polícia, Di Pietro (2014) ensina que a exigibilidade está presente em todas as medidas de polícia, enquanto a executoriedade não.

Desta forma, para que o Estado possa se valer do atributo da autoexecutoriedade, é necessário que a lei a permita expressamente, ou que se trate de situação de urgência, sob risco de ocasionar lesão para o interesse público. E ainda se pode complementar que

A autoexecutoriedade não existe em todas as medidas de polícia. Para que a Administração possa se utilizar dessa faculdade, é necessário que a lei a autorize expressamente, ou que se trate de medida urgente, sem a qual poderá ser ocasionado prejuízo maior para o interesse público. No primeiro caso, a medida deve ser adotada em consonância com o procedimento legal, assegurando-se ao interessado o

direito de defesa, previsto expressamente no artigo 5º, inciso LV, da Constituição. No segundo caso, a própria urgência da medida dispensa a observância de procedimento especial, o que não autoriza a Administração a agir arbitrariamente ou a exceder-se no emprego da força, sob pena de responder civilmente o Estado pelos danos causados (cf. art. 37, §6º, da Constituição), sem prejuízo da responsabilidade criminal, civil e administrativa dos servidores envolvidos (DI PIETRO, 2014, p. 128).

Logo, com as palavras acima transcritas de Maria Sylvia Di Pietro, não se pode duvidar que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade³² representam limites ao exercício deste Poder, sob pena de responder o Estado sobre o abuso cometido.

Por fim, a coercibilidade é um atributo que é indissociável ao da autoexecutoriedade, visto que transforma em obrigatório o ato independentemente da vontade do administrado.

Cabe ressaltar que tais atributos não impedem que o indivíduo vá bater nas portas do Poder Judiciário para pedir uma tutela protetiva, seja para tolher a ameaça ou uma lesão à sua liberdade, atividade, bens ou direitos.

4.4 Poder Disciplinar

Poder Disciplinar se refere à qualidade que tem a Administração Pública de apurar violações e aplicar sanções às pessoas sujeitas a um vínculo administrativo. Pode ser conceituado da seguinte maneira: “Poder Disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa; é o caso dos estudantes de uma escola pública” (DI PIETRO, 2014, p. 95).

As sanções aos particulares não são aplicadas sob a tutela do Poder Disciplinar, mas sim pelo Poder de Polícia, visto não possuem vínculo com a Administração, e portanto, não estarem sujeitos a sua disciplina interna.

Decorrente da hierarquia, o Poder Disciplinar pode ser considerado discricionário apenas na parte da escolha da pena, de acordo com a natureza e a gravidade da infração e os danos causados pela conduta³³. Por tais fatos, a Administração não tem opção entre punir ou

³² “Por esse princípio é lícito ao Judiciário reapreciar os atos praticados pela Administração Pública para verificar a existência de uma relação de pertinência, de proporcionalidade, com o interesse público que surge como objetivo único a ser por ela perseguido. Em outras palavras, as atitudes tomadas pelo Poder Público devem guardar proporcionalidade com os objetivos específicos a serem alcançados, sob pena de caracterização de desvio de finalidade” (SPITZCOVSKY, 2013, p. 75).

³³ Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

não punir. Uma vez constatada o ilícito administrativo, deve haver a abertura de um processo administrativo disciplinar com a garantia de contraditório e ampla defesa ao investigado, respeitando-se, além disso, a garantia do devido processo legal, conforme previsões dos incisos LIV e LV do art. 5º³⁴ da CR/88.

“O processo administrativo constitui uma sucessão formal de atos realizados por previsão legal ou pela aplicação de princípios da ciência jurídica para praticar atos administrativos” (MARINELA, 2013, p. 1035). Este instrumento é imprescindível ao cumprimento da função administrativa, pois é o que dá base para a edição final do ato administrativo.

Desta forma, o processo assegura que haja a participação das partes atingidas pela conduta de forma igualitária, tornando transparente a tomada de decisão da Administração Pública, a fim de banir a arbitrariedade das deliberações, oportunizando ao acusado o seu direito de defesa e de produzir as provas de seu interesse.

Por tais razões, o processo administrativo é indispensável para que sejam tomadas medidas disciplinares aos sujeitos ao Poder Disciplinar em um Estado Democrático de Direito.

São sujeitos ao Poder Disciplinar aqueles que são servidores públicos da Administração Pública e todos aqueles que possuem vínculo jurídico específico com o Poder Público. Marcelo Alexandrino (2011, p. 223) ensina com maestria:

O poder disciplinar (trata-se, a rigor, de um poder-dever) possibilita à administração pública: a) punir internamente as infrações funcionais de seus servidores; e b) punir infrações administrativas cometidas por particulares a ela ligados mediante algum vínculo jurídico específico (por exemplo, a punição pela administração de um particular que com ela tenha celebrado um contrato administrativo e descumpra as obrigações contratuais que assumiu).

Ressalte-se, mais uma vez, que a sanção disciplinar aplicada pela Administração Pública a um agente público é decorrente do Poder Hierárquico. Contudo, quando se aplica uma sanção administrativa a alguém que descumpriu o contrato administrativo, a Administração Pública se faz valer do seu Poder Disciplinar, mas sem a presença da hierarquia.

Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar (BRASIL, 1990).

³⁴ Art. 5º [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...](BRASIL, 1988).

Portanto, não se deve confundir o poder punitivo do Estado (*ius puniendi*), que é exercido pela função jurisdicional, pelo Poder Disciplinar da Administração Pública. Qualquer pessoa pode vir a sofrer o poder punitivo do Estado, enquanto apenas as pessoas que possuem vínculo jurídico específico com o Poder Público podem sofrer o Poder Disciplinar.

Acrescenta-se que os servidores públicos são pessoas que atuam nas pessoas jurídicas da Administração Pública de direito público, ou seja, União, Estados, Municípios, Distrito Federal e autarquias e fundações públicas de direito público. Possuem vínculo estatutário com a Administração Pública, por seguirem o regime jurídico da Lei nº 8.112/90, e não os parâmetros da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Na Lei nº 8.112/90, são elencadas penas administrativas a serem infligidas aos servidores públicos: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada³⁵.

Estas sanções, contudo, só podem ser impostas aos servidores mediante o trâmite do procedimento que está previsto na Lei nº 8.112/90, em respeito ao que já foi mencionado logo acima: devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

4.5 Poder Regulamentar

O Poder Regulamentar tem a ver com o fato da Administração editar normas para fiel execução da lei. Celso Spitzcovsky define como sendo a “faculdade atribuída ao administrador para a expedição de decretos e regulamentos com o intuito de oferecer fiel execução à lei” (SPITZCOVSKY, 2013, p. 93).

O exercício do Poder Regulamentar preserva algumas similaridades com a função legislativa, já que ambos emanam normas gerais, abstratas e *erga omnes*. Contudo, os mesmos não podem se confundir, visto que o Poder Regulamentar é desempenhado precipuamente pelo Chefe do Executivo, enquanto a função legislativa é tipicamente atributo do Poder Legislativo.

Destarte, se observa no art. 84, IV, da CR/88 que

³⁵ Art. 127. São penalidades disciplinares:

I - advertência;

II - suspensão;

III - demissão;

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

V - destituição de cargo em comissão;

VI - destituição de função comissionada (BRASIL, 1990).

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução; [...] (BRASIL, 1988).

Neste sentido, tem-se que decretos e regulamentos são espécies de atos normativos, os quais não podem contrariar a lei que se embasam, nem inovar a ordem jurídica, visto que somente a lei é “uma fonte primária do Direito, enquanto o regulamento não o altera, ficando como fonte secundária e inferior” (MARINELA, 2013, p. 204). Até porque a Constituição outorgou aos decretos e regulamentos oferecer fiel execução à lei já existente.

Em razão disso, os atos normativos não podem ampliar ou restringir os direitos trazidos pela lei, mas devem apenas aclarar sua execução e melhor explicitá-los. Celso Antônio Bandeira de Mello ensina exatamente sobre o tema:

Em suma: é livre de qualquer dúvida ou entre dúvida que, entre nós, por força dos arts. 5.º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.

Este último traço é que faz do regulamento, além de regra de menor força jurídica que a lei, norma dependente dela, pois forçosamente a pressupõe, sem o que nada poderia dispor. No direito pátrio, sem a lei não haveria espaço jurídico para o regulamento.

[...]

É, pois, à lei, e não ao regulamento, que compete indicar as condições de aquisição ou restrição de direito. Ao regulamento só pode assistir, à vista das condições preestabelecidas, a especificação delas. E esta especificação tem que se conter no interior do conteúdo significativo das palavras legais enunciadoras do teor do direito ou restrição e do teor das condições a serem preenchidas (MELLO, 2013, p. 353 e 359).

No entanto, alerta-se que a Constituição da República de 1988, com a Emenda Constitucional nº 32/01, atribuiu também ao Chefe do Executivo a possibilidade de elaborar os chamados decretos e regulamentos autônomos, que inovam “na ordem jurídica, porque estabelecem normas sobre matérias não disciplinadas em lei” (DI PIETRO, 2014, p. 92). Para tanto, transcreve-se *in fine* o art. 84, inciso VI, da CR/88:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VI – dispor, mediante decreto, sobre: (Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Alínea acrescida pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Alínea acrescida pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) [...] (BRASIL, 1988).

A competência quanto à alínea *a* do inciso VI do artigo em comento restringe-se a dispor sobre o funcionamento e a organização da Administração Pública federal, enquanto a alínea *b* retrata a função regulamentar de efeitos concretos, “que, na verdade, são atos administrativos executivos. Regulamentos de efeitos concretos, com destinatários e situações de aplicação determinados, não podem ser considerados, propriamente, regulamentos, mas atos administrativos executivos, ainda que emanados na forma de decreto” (GABRIEL, 2009, p. 01). Logo, decretos e regulamentos autônomos são os somente previstos na alínea *a*.

E consoante a isso, há doutrinadores que divergem sobre a permissão ou não do Poder Executivo em editar regulamentos autônomos.

Para Hely Lopes de Meirelles, a edição de tais regulamentos são faculdades do Chefe do Executivo brasileiro, já que seria implícito ao seu poder de chefia suprir as omissões legais do legislador.

O nosso ordenamento administrativo admite duas modalidades de decreto geral (normativo): o independente ou autônomo e o regulamentar ou de execução. Decreto independente ou autônomo: é o que dispõe sobre matéria ainda não regulada especificamente em lei. A doutrina aceita esses provimentos administrativos *praeter legem* para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as reservas da lei, isto é, as matérias que só por lei podem ser reguladas. Advirta-se, todavia, que os decretos autônomos ou independentes não substituem definitivamente a lei: suprem, apenas, a sua ausência, naquilo que pode ser provido por ato do Executivo, até que a lei disponha a respeito. Promulgada a lei, fica superado o decreto (MEIRELLES, 2012, p. 162).

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, o regulamento e o decreto são atos inferiores, servindo apenas para limitar a discricionariedade administrativa ou dispor a forma de procedimento administrativo, como também para caracterizar conceitos vagos e discriminar o conteúdo dos conceitos sintéticos:

Em síntese: os regulamentos serão compatíveis com o princípio da legalidade quando, no interior das possibilidades comportadas pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos: (I) limitar a discricionariedade administrativa, seja para (a) dispor sobre o *modus procedendi* da Administração nas relações que necessariamente surdirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações técnicas segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; (II) decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos, mediante simples discriminação integral do que neles se contém (MELLO, 2014, p. 370).

Em que pese a divergência doutrinária, fato é que o regulamento autônomo foi estabelecido de forma muito limitada na Constituição, específica para a alínea *a*, do inciso VI, do art. 84 da Lei Magna, sob forma de certo paralelismo com as atribuições de poderem dispor sobre sua estrutura interna a Câmara dos Deputados³⁶, o Senado³⁷ e os Tribunais³⁸. Assim sendo, se os atos normativos forem utilizados fora das situações elencadas, poderá ser realizado um controle de constitucionalidade, como também um controle legislativo, como será estudado mais a frente.

Cabe ressaltar que há atos praticados por outros agentes administrativos³⁹ que podem ser considerados inclusos ao Poder Regulamentar. Fala-se das resoluções, portarias, deliberações e instruções, que podem ser apontados, segundo José dos Santos Carvalho Filho, como atos de regulamentação de segundo grau, pois que possuem um círculo de aplicação mais restrito, subordinados aos decretos e regulamentos.

4.6 Poder Vinculado

Poder Vinculado refere-se às situações que o administrador não possui margem de liberdade para uma análise subjetiva, ficando inteiramente restringido ao enunciado da lei, o qual institui o único comportamento a ser adotado. Para Alexandre Mazza,

Fala-se em poder vinculado ou poder regrado quando a lei atribui determinada competência definindo todos os aspectos da conduta a ser adotada, sem atribuir margem de liberdade para o agente público escolher a melhor forma de agir. Onde houver vinculação, o agente público é um simples executor da vontade legal. O ato resultante do exercício dessa competência é denominado de ato vinculado. Exemplo de poder vinculado é o de realização do lançamento tributário (art. 3º do CTN) (MAZZA, 2014, p. 297).

³⁶ Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

[...] IV – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (BRASIL, 1988).

³⁷ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (BRASIL, 1988).

³⁸ Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais: [...]

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correccional respectiva (BRASIL, 1988, p. 53).

³⁹ Exemplifica-se com os Ministros de Estados, que podem “expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos” (BRASIL, 1988).

O traço marcante, conseqüentemente, deste Poder é a ausência de qualquer traço de liberdade para o administrador, tendo apenas que fazer a subsunção dos acontecimentos à previsão abstrata da lei.

Exemplificando com o lançamento tributário, mostra-se clara a impossibilidade que o agente público tem de exercer um juízo de conveniência e oportunidade para efeito de verificar a ocorrência do fato gerador.

Destarte, se a conduta do contribuinte estiver estipulada como fato gerador, não terá a autoridade outra escolha que não a de lançar o crédito tributário.

De outra sorte, se o fato gerador não estiver satisfatoriamente evidenciado, não poderá o administrador concretizar o lançamento tributário, pois que não há espaço para a realização de um juízo de valores em atos vinculados.

Ou seja, quando o administrador verifica, em caso de um ato vinculado, existirem os requisitos para a sua edição, ele é obrigado a cometê-lo, não podendo se abster ou omitir sua atuação, pois que o conteúdo do ato vinculado já está prescrito inteiramente pela lei. José dos Santos Carvalho Filho ressalta:

Quando o agente administrativo está ligado à lei por um elo de vinculação, seus atos não podem refugir aos parâmetros por ela traçados. O motivo e o objeto do ato já constituirão elementos que o legislador quis expressar. Sendo assim, o agente não disporá de nenhum poder de valoração quanto a tais elementos, limitando-se a reproduzi-los no próprio ato. A conclusão, dessa maneira, é a de que não se pode falar em mérito administrativo em se tratando de ato vinculado (CARVALHO FILHO, 2014, p. 125).

O Poder Vinculado dispõe que a Administração Pública não pode tecer considerações acerca da conveniência e oportunidade de alguns atos administrativos, nem modificar seu conteúdo, pois que está restrita ao que prescreve a lei.

É, portanto, este o Poder que a Administração Pública se utiliza para a prática dos atos vinculados. Cabe aludir que há três elementos do ato administrativo que são sempre vinculados, a saber: competência, forma e finalidade. Assim, denota-se que o Poder Vinculado existe em todas as esferas de Poderes da Administração Pública, quando estes editam qualquer ato administrativo. É o que Marcelo Alexandrino tece considerações:

Cabe anotar, para sermos precisos, que o poder vinculado é fundamento também dos atos discricionários, quanto aos elementos vinculados destes, a saber, a competência, a finalidade e, segundo a doutrina tradicional, a forma (com a ressalva de que a forma é apontada por importantes administrativistas atuais como elemento que pode ser vinculado ou discricionário, dependendo do que dispuser a lei que discipline a prática do ato).

Portanto, na edição de um ato vinculado, o agente administrativo tem respaldo somente no poder vinculado. Na prática de um ato discricionário, a administração pública exerce o poder discricionário e, também o poder vinculado (ALEXANDRINO, 2011, p. 215).

Com isto, constata-se que o Poder Vinculado é um dever que a Administração Pública deve seguir para colimar sua função administrativa aos objetivos da lei, qual seja, o interesse público.

4.7 Poder Discricionário

O administrador, no exercício da sua função, sempre está subordinado aos ditames da lei. Contudo, há situações em que o mesmo:

- a) ou cumpre exatamente o que está na norma legal, tendo em vista não haver opções de comportamentos quando ocorre tal fato – Poder Vinculado;
- b) ou então age com liberdade para atuar de acordo com um juízo de valor – Poder Discricionário.

Desta forma, há disposições legais que prescrevem alternativas para que o agente possa optar por uma delas de acordo com seu entendimento, e claro, visando o interesse público.

José dos Santos Carvalho Filho conceitua Poder Discricionário como

[...]a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade (CARVALHO FILHO, 2014, p. 51).

Já Celso Antônio Bandeira de Mello define com os seguintes ensinamentos:

Em suma: discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: ‘A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal’ (MELLO, 2014, p. 436).

Do conceito ora transcrito, dois pontos merecem destaque. O Poder Discricionário, como qualquer outro poder administrativo, é embasado em lei, ou seja, tem seu exercício restringido ao que lei prevê. Em segundo aspecto, o administrador pode lançar mão da análise

da conveniência e oportunidade para aferir qual conduta é a melhor possível para os fins da Administração Pública.

Por conseguinte, conveniência e oportunidade são elementos importantes do Poder Discricionário, já que o primeiro se refere à análise de valor do agente público, enquanto o segundo alude à escolha do momento em que deve ser realizado tal ato. Sobre estes elementos, ainda José dos Santos Carvalho Filho ensina

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. Registre-se, porém, que essa liberdade de escolha tem que se conformar com o fim colimado na lei, pena de não ser atendido o objetivo público da ação administrativa. Não obstante, o exercício da discricionariedade tanto pode concretizar-se ao momento em que o ato é praticado, quanto, a posteriori, ao momento em que a Administração decide por sua revogação (CARVALHO FILHO, 2014, p. 51).

Tal liberdade de atuação, contudo, não se pode traduzir em condutas arbitrárias da Administração, que nada mais são que desrespeito aos limites da lei. Devem os atos administrativos discricionários ser motivados devidamente, a fim de que se tenha exposto os motivos que levaram o administrador a tomar uma certa medida dentre várias que se apresentavam para determinado caso.

Ademais, essa motivação pode ser sujeita aos controles de legalidade de outros Poderes, bem como os atos expedidos de forma arbitrária. Celso Spitzcovsky, no mérito, atesta:

Note-se, ainda, em razão de todo o exposto, a impossibilidade de se confundir discricionariedade com arbitrariedade, uma vez que, enquanto aquela representa liberdade para agir dentro dos limites da lei, esta se consubstancia na atuação fora, além dos limites previstos em lei.

Enquanto o ato discricionário não pode ter o seu mérito reapreciado pelo Poder Judiciário, porque válido, o mesmo não se verifica com o ato arbitrário, por representar situação de manifesta ilegalidade.

Assim, temos para nós que, conforme explicitado no tópico anterior, também no ato discricionário deverá o administrador esclarecer os motivos que o levaram a tomar uma determinada decisão entre várias que se apresentavam para a situação concreta.

Em outras palavras, quer-nos parecer que a motivação dos atos discricionários assume importância ainda maior que nos atos vinculados para efeito de controle de sua legalidade pelo Poder Judiciário, [...] (SPITZCOVSKY, 2013, p. 87).

Por conseguinte, não há ato que seja totalmente discricionário, ou seja, que possua uma total margem de liberdade, visto que apenas alguns elementos podem estar sujeitos ao exercício do juízo de valor do administrador, que são: a) momento da prática do ato; b) a

forma do ato; c) motivo do ato; d) finalidade imediata do ato; e) conteúdo do ato⁴⁰. O grau de discricionariedade aumenta conforme se percorre da primeira até a última proposição (MELLO, 2014).

Trabalhados os pontos relevantes para cognição da matéria, se abordará mais à frente as situações e as características do controle que os atos administrativos sofrem.

⁴⁰ Estes elementos foram abordados extensivamente no terceiro capítulo deste trabalho.

5 CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Como exposto anteriormente, a Administração Pública é preenchida por pessoas físicas que formam a sua vontade e posteriormente a exteriorizam. Desta forma, o ente pode estar fadado ao cometimento de erros, como também toda e qualquer administração privada ou do terceiro setor.

No entanto, a Administração Pública possui uma particularidade, visto que é a sociedade quem sustenta o Estado Democrático de Direito, e pela supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade, há a necessidade de haver previsão de modos de controle sobre o exercício da atividade administrativa, para que a impessoalidade e o bem-estar comum seja sempre perseguido.

Por conseguinte, pode-se dizer que o controle dos atos administrativos é uma decorrência do governo republicano, que vem do latim *res publica*, vale dizer, que o Estado é uma “coisa de todos”. Logo, a máquina estatal não pode ser movimentada para os interesses de um determinado grupo, ou afligindo a legalidade do ordenamento jurídico, surgindo então a necessidade de haver vigilância, orientação e correção que o próprio Poder deve exercer sobre si mesmo e também sobre o outro. Ademais, a Declaração dos Direitos do Homem, em seu artigo 15 já previa que “a sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração”.

Portanto, a parcela do Estado que exerce atividade administrativa deve ser fiscalizada e controlada, a fim de se evitar abusos, imperfeições e falhas por parte de seus agentes públicos. Com isso, a Administração Pública se sujeita ao controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de poder exercer controle sobre seus próprios atos.

E tal controle tem a finalidade de

[...] assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa (DI PIETRO, 2014, p. 808).

Logo, o controle é uma obrigação atribuída aos órgãos de corrigirem seus atos ilegais ou arbitrários, sob pena de se responsabilizar o agente que se omitiu em extirpar do mundo jurídico a medida ilegal, e em certos casos, a inconveniente e a inoportuna.

Neste sentido define-se controle da Administração Pública como o poder de controle e correção que sobre ela exercem os Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário),

com o objetivo de garantir a conformidade da atividade administrativa com o ordenamento jurídico, analisando a legalidade e até possivelmente a conveniência e a oportunidade.

5.1 Controle Interno do Ato Administrativo

O controle interno ou controle administrativo é a fiscalização que surge da própria Administração Pública, e constitui na possibilidade de rever e corrigir seus próprios atos. Para Maria Sylvia Di Pietro, o controle administrativo é “o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação” (DI PIETRO, 2014, p. 811).

Tal controle decorre do poder de autotutela, que consente a Administração em fiscalizar seus atos, de maneira que se presente vícios de ilegalidade, o ato será anulado, enquanto se presente a inconveniência ou a importunidade, haverá a revogação do ato.

O poder de autotutela é de reconhecida aplicabilidade, visto que o Supremo Tribunal Federal já sumulou o tema duas vezes, reconhecendo, na súmula nº. 346 que “a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos” (BRASIL, 1963); e na súmula nº. 473 que “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (BRASIL, 1969).

Decorre a autotutela da predominância do interesse público e o respeito dos atos administrativos à ordem legal e constitucional. Assim, parte-se do ponto que é a própria Administração Pública que exerce uma maior revisão sobre seus atos, até porque se a ela não fosse outorgada tal obrigação, se desestruturaria a tripartição dos Poderes e aumentaria o ônus de atribuições expressivamente do Poder Legislativo e Poder Judiciário, que não ficariam apenas com suas funções típicas para exercerem, mas também com um sistema de controle que iria paralisar o funcionamento normal de suas atividades, tudo para intervirem diretamente no Poder Executivo. Estaria, então, o Estado tomado pelo caos e pela insegurança jurídica.

Ademais, a autotutela faz com que a Administração exerça o controle não só de forma subsequente, mas também de forma preventiva ou concomitante à edição dos atos administrativos, o que economiza tempo, gastos públicos e retira o ato impróprio com mais celeridade e eficiência.

O controle preventivo ou prévio “é o que antecede a conclusão ou a operatividade do ato, sendo um requisito para sua eficácia”. Já o controle concomitante ou sucessivo “é todo aquele que acompanha a realização do ato para verificar a regularidade de sua formação, como a realização de auditoria durante a execução do orçamento”. E o controle subsequente ou corretivo “é o que se efetiva após a conclusão do ato controlado, visando a corrigir-lhe eventuais defeitos, declarar sua nulidade ou dar-lhe eficácia” (MARINELA, 2013, p. 989).

Conforme o art. 74, da Constituição da República de 1988, os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo manterão um sistema integrado para controle interno com a finalidade de

Art. 74 [...]

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional [...](BRASIL, 1988).

Observa-se, então, que o controle interno na Constituição Federal de 1988 se figura no âmbito financeiro e orçamentário do Estado, além de sobre a fiscalização da legalidade de seus atos. Com o Decreto-lei nº. 200/67, que trata sobre a organização da Administração Federal, o controle interno (chamado de supervisão ministerial pelo ato normativo em epígrafe), tem por objetivos

Art. 25 [...]

I - Assegurar a observância da legislação federal.

II - Promover a execução dos programas do Governo.

III - Fazer observar os princípios fundamentais enunciados no Título II.

IV - Coordenar as atividades dos órgãos supervisionados e harmonizar sua atuação com a dos demais Ministérios.

V - Avaliar o comportamento administrativo dos órgãos supervisionados e diligenciar no sentido de que estejam confiados a dirigentes capacitados.

VI - Proteger a administração dos órgãos supervisionados contra interferências e pressões ilegítimas.

VII - Fortalecer o sistema do mérito.

VIII - Fiscalizar a aplicação e utilização de dinheiros, valores e bens públicos.

IX - Acompanhar os custos globais dos programas setoriais do Governo, a fim de alcançar uma prestação econômica de serviços.

X - Fornecer ao órgão próprio do Ministério da Fazenda os elementos necessários à prestação de contas do exercício financeiro.

XI - Transmitir ao Tribunal de Contas, sem prejuízo da fiscalização deste, informes relativos à administração financeira e patrimonial dos órgãos do Ministério (BRASIL, 1967).

Percebe-se, pois, que o controle também abrange não só o aspecto financeiro, orçamentário e patrimonial, mas também o aspecto administrativo. E este art. 25, do Decreto-lei nº. 200/67 explana a fiscalização hierárquica, ou seja, a exercida pelos órgãos superiores sobre os inferiores da mesma competência, sendo fundamentada no poder hierárquico, já estudado acima.

Destarte, esta fiscalização hierárquica é um meio de controle que visa ordenar, coordenar, corrigir e orientar as atividades administrativas e seus agentes (MARINELA, 2013). Decorre da ideia da hierarquia administrativa ou desconcentração, em que o chefe pode rever os atos de seus agentes que trabalham em órgãos subalternos, *ex officio* ou por provocação, por conta do vínculo de subordinação.

Quanto à Administração Indireta, o controle administrativo que recebem da Administração Direta é abrandado, visto que são pessoas jurídicas distintas e por tal fato, não se subordinam umas às outras; ao invés da hierarquia, há o vínculo da supervisão ministerial. A supervisão ministerial consiste no controle finalístico das entidades da Administração Indireta pelo Ministério da Administração Direta relacionado a ele. O art. 26, do Decreto-lei nº. 200/67 dispõe exatamente sobre o tema:

- Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:
- I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade.
 - II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.
 - III - A eficiência administrativa.
 - IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.
- Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento:
- a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se fôr o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;
 - b) designação, pelo Ministro dos representantes do Governo Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade;
 - c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;
 - d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;
 - e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou controle;
 - f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;
 - g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;
 - h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;
 - i) intervenção, por motivo de interesse público (BRASIL, 1967).

Para Maria Sylva Di Pietro, a supervisão ministerial (que para a autora chama-se tutela),

[...] é a fiscalização que os órgãos centrais das pessoas públicas políticas (União, Estados e Municípios) exercem sobre as pessoas administrativas descentralizadas, nos limites definidos em lei, para garantir a observância da legalidade e o cumprimento das suas finalidades institucionais” (DI PIETRO, 2014, p. 558).

Portanto, é um controle limitado e externo, por estar ausente a hierarquia entre as entidades, mas presente o vínculo de finalidade entre as mesmas.

O direito de petição também é um meio de controle administrativo, visto que é concedido a qualquer indivíduo formular uma petição à autoridade pública e dele obter uma resposta. É o que dita o art. 5º, XXXIV, a:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; [...](BRASIL, 1988)

Neste sentido, percebe-se que o administrado pode provocar o controle administrativo, não apenas em defesa de seus direitos individuais, mas também pelo interesse público. É o caso do §3º do art. 37⁴¹, que foi parcialmente disciplinada pela Lei de Acesso a Informações – Lei nº. 12.527/11.

Ademais, o processo administrativo é o meio pelo qual o controle administrativo se dá, já que é por onde a legalidade, a conveniência e a oportunidade do ato são investigadas. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, processo administrativo “é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo” (MELLO, 2014, p. 495). Ou seja, é por meio do processo administrativo que a criação do ato administrativo vai ganhando fundamentação e legitimidade, sendo necessário para a sua validade.

⁴¹Art. 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: [...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública [...] (BRASIL, 1988).

Diante disso, o processo administrativo é

[...] um meio apto a controlar o *iter* de formação das decisões estatais, o que passou a ser um recurso extremamente necessário a partir da multiplicação e do aprofundamento das ingerências do Poder Público sobre a Sociedade. [...] Uma vez que a ‘vontade’ administrativa do Estado é formada na sequência que se denomina ‘procedimento administrativo’, discipliná-lo é o meio idôneo para mantê-la sob controle. Assim, antes que desemboque em sua conclusão final – antes, pois, de se fazer eventualmente gravosa a alguém -, pode-se zelar por seu correto e prudente encaminhamento (MELLO, 2014, p. 502 e 505).

Portanto, o processo administrativo é um dos meios de controle preventivo e até concomitante do ato administrativo, mas se ainda assim houver uma decisão imprópria, poderá o mesmo ser revisto através do recurso administrativo.

Como meio de controle se tem também os recursos administrativos, que são todos os instrumentos cabíveis que podem fazer a Administração reexaminar sua decisão interna (MARINELA, 2013, p. 993). São direcionados à autoridade superior em razão da hierarquia, a fim de que possa analisar o ato praticado pelo seu subalterno.

Sua interposição não pode sofrer impedimentos, visto que é garantia constitucional – art. 5º, LV, CR/88⁴² – que todo e qualquer ato administrativo passe por recurso administrativo, caso assim a parte sucumbente assim queira. Ademais, conforme já sumulado pelo Superior Tribunal Justiça, não é legítimo a exigência de depósito prévio de valores em sede de recurso administrativo, visto que poderia haver um obstáculo ao administrado para fazer com que um ato seja revisado.

Vale dizer que se houver o esgotamento dos recursos administrativos, haverá um esgotamento no trâmite no processo administrativo⁴³, mas que não irá impedir que o respectivo ato administrativo fosse revisado pelo Poder Judiciário. Este é o controle judicial, que se estará estudando mais à frente.

5.1.1 Controle de Legalidade

⁴²Art. 5º [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...] (BRASIL, 1988).

⁴³“Embora se faça referência apenas à hipótese em que se exauriu a via administrativa, não cabendo mais qualquer recurso, existem outras possibilidades: (a) a decisão não mais pode ser revogada por razões de mérito; (b) a Administração perdeu o prazo para rever os atos ilegais previsto no artigo 54 da Lei nº. 9.784/99; (c) ocorreu a prescrição judicial; (d) já foi proferida decisão judicial transitada em julgado” (DI PIETRO, 2014, p. 820).

O controle pode ser dividido por sua natureza em controle de legalidade e controle de mérito. Tal classificação leva em conta qual é o fato que gerou o controle no ato administrativo.

O controle de legalidade “objetiva verificar unicamente a conformação do ato ou do procedimento administrativo com as normas legais e constitucionais que o regem” (MARINELA, 2013, p. 987).

É como se conferisse se determinado ato ou procedimento administrativo foram pautados ou editados respeitando as razões legais. Para José dos Santos Carvalho Filho,

Controle de legalidade, como informa a própria expressão, é aquele em que o órgão controlador faz o confronto entre a conduta administrativa e uma norma jurídica vigente e eficaz, que pode estar na Constituição, na lei ou em ato administrativo impositivo de ação ou de omissão. Verificada a incompatibilidade da ação ou omissão administrativa com a norma jurídica incidente sobre a espécie, deve ser revista a conduta por ser ilegítima (CARVALHO FILHO, 2014, p. 956).

O controle de legalidade pode ser realizado pela Administração Pública e também pelos Poderes Legislativo e Judiciário. O Poder Judiciário, exemplificando, analisa a legalidade de atos administrativos em mandado de segurança – art. 5º, LXIX, CR/88⁴⁴. O Poder Legislativo, através do Tribunal de Contas, aprecia a legalidade dos atos de admissão de pessoal – art. 71, III, CR/88⁴⁵. E a Administração Pública de qualquer ente federativo controla a legalidade de seus próprios atos administrativos.

Por conseguinte, o resultado deste controle pode ser pela confirmação do ato/processo administrativo ou por sua invalidação, que é comumente chamado de anulação, cujos efeitos, em regra, são *extunc*, ou seja, deleta as consequências jurídicas do ato desde a sua origem.

5.1.2 Controle de Mérito

O mérito do ato administrativo, como já explicado anteriormente, considera a vontade discricionária do agente público, ou seja, indica a sua valoração da conduta administrativa.

⁴⁴Art. 5º [...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público; [...] (BRASIL, 1988)

⁴⁵ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete [...]

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; [...] (BRASIL, 1988).

Vale dizer, é o comportamento de analisar o que é mais conveniente, mais oportuno, mais adequado, mais justo, tudo para propiciar que a Administração alcance seus fins.

O controle de mérito é realizado sobre a conveniência e oportunidade do ato, atingindo especificadamente a discricionariedade do Administrador. Para José dos Santos Carvalho Filho, controle de mérito é “o controle que se consuma pela verificação da conveniência e da oportunidade da conduta administrativa. Nesse controle, nada se questiona sobre a legalidade da conduta; afere-se apenas se uma conduta anterior merece prosseguir ou se deve ser revista” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 956-957).

Contudo, aqui há uma particularidade, visto que o controle de mérito deve ser realizado privativamente pela Administração Pública, não se admitindo a revisão por outros Poderes. Tal acontece porque somente a Administração pode avaliar sua discricionariedade, já que esta é inteiramente administrativa, não podendo o Poder Judiciário intervir nessa esfera, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes.

Por conseguinte, há uma certa polêmica gerada sobre este assunto que José dos Santos Carvalho Filho explica

A respeito desse tema, tem surgido alguma polêmica acerca da possibilidade de controle judicial sobre as denominadas políticas públicas. É que, em regra, tais políticas caracterizam-se como atividade administrativa, de forma que somente à Administração caberá instituí-las e executá-las. No entanto, a ineficiência administrativa tem permitido que o Judiciário profira decisões que provocam ingerência no campo da Administração. Colidem, no caso, os princípios da separação de Poderes e da efetividade constitucional. De qualquer modo, embora possa aceitar-se a referida ingerência determinadas situações, em outras a pretensão determinativa dirigida a órgãos administrativos se revela juridicamente impossível e, conseqüentemente, inexecutável (CARVALHO FILHO, 2014, p. 957).

Como resultado final se pode ter sua confirmação, ou então sua revogação, que nada mais é que o desfazimento de situações administrativas a partir da data da anulação, tendo em vista a conveniência e a oportunidade do agente público, com efeito *ex nunc*.

5.2 Controle Externo do Ato Administrativo

Conforme já explanado, Montesquieu formulou uma teoria com o objetivo de controlar o poder estatal, a fim de que não concentrasse nas mãos de uma pessoa, e com isso, fosse realizado de forma arbitrária.

Para tanto, Montesquieu dividiu as funções do Estado em três esferas, “e foi o primeiro a analisar as relações que as leis têm com a natureza e os princípios de cada governo,

que, em resumo, buscam distribuir a autoridade por meios legais para evitar o abuso” (MARINELA, 2013, p. 982).

Com esta teoria, surgiu a ideia do sistema de freios e contrapesos, em que só o poder freia outro poder, considerando, destarte, que os Poderes estatais não podem ser rigidamente separados, visto que afetaria a estrutura e a autonomia dos Poderes.

Neste sentido, para que houvesse um maior controle sobre os atos expedidos pelos agentes públicos, necessário é que não haja somente o controle interno administrativo, mas também o controle externo, pois que com os freios e contrapesos, um Poder deve ser controlado por outros Poderes, consubstanciando a harmonia dos atos decisórios de cada um no ordenamento jurídico.

Controle externo é, portanto, quando a entidade fiscalizadora é externa à Administração Pública, sendo tal tarefa instituída por lei ou constitucionalmente. José dos Santos Carvalho Filho explica que

Ocorre o controle externo quando o órgão fiscalizador se situa em Administração diversa daquela de onde a conduta administrativa se originou. É o controle externo que dá bem a medida da harmonia que deve reinar entre os Poderes, como o impõe o art. 2º da CF. Por envolver aspectos que de alguma forma atenuam a independência entre eles, esse tipo de controle está normalmente contemplado na Constituição. É caso do controle do Judiciário sobre atos do Executivo em ações judiciais. Ou do Tribunal de Contas sobre atos do Executivo e do Judiciário (CARVALHO FILHO, 2014, p. 956).

Neste diapasão, divide-se o controle externo em dois: controle legislativo e controle judiciário.

5.3 Controle Legislativo do Ato Administrativo

O controle legislativo nada mais é que o controle realizado na Administração Pública pelo Poder Legislativo. Diogo de Figueiredo Moreira Neto com propriedade analisa o controle legislativo, ou como o próprio autor chama, controle parlamentar:

O Poder Legislativo, por sua representatividade, é fonte formal de juridicidade. Esta alta missão vem acompanhada do correlato controle parlamentar: uma tutela juspolítica, ampla, geral e inespecífica da constitucionalidade, legalidade, da licitude, bem como da economicidade da atividade administrativa do Poder Executivo, extensiva à administração indireta (art. 49, X, CF) e, por compreensão e no que couber, à administração associada (MOREIRA NETO, 2014, p. 316).

Desta transcrição, pode-se inferir que o controle legislativo visa a tutelar a atividade administrativa em dois vieses: político e financeiro.

A representatividade do Poder Legislativo vem do povo, o qual elege os candidatos de acordo com a sua vontade. Sua função precípua é de criar as normas jurídicas, representando o poder e a ideologia do povo, e não apenas executar os mandamentos legais, como é dado à Administração Pública. Desta forma, nada mais natural que a fiscalização política e financeira da atividade administrativa seja realizada pelo Poder Legislativo, já que seus integrantes representam o povo e permite que a Administração Pública não exerça sua competência de forma arbitrária, harmonizando assim a divisão dos poderes.

Entretanto, o controle legislativo também precisa respeitar limites impostos pelo ordenamento jurídico. Maria Sylvania Zanella Di Pietro atesta que

O controle que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública tem que se limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, uma vez que implica interferência de um Poder nas atribuições dos outros dois; alcança os órgãos do Poder Executivo, as entidades da Administração Indireta e o próprio Poder Judiciário, quando executa função administrativa. Não podem as legislações complementar ou ordinária e as Constituições estaduais prever outras modalidades de controle que não as constantes da Constituição Federal, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes; o controle constitui exceção a esse princípio, não podendo ser ampliado fora do âmbito constitucional (DI PIETRO, 2014, p. 823).

Desta forma, se aprende que o controle legislativo deve ser exercido nos estritos limites que a Constituição Federal aprova, para que não haja a vulneração no princípio da tripartição dos poderes.

Ressalte-se que o controle legislativo externo se exerce sobre a atividade administrativa, seja a concretizada pelo Poder Executivo, seja pelo Poder Judiciário em forma de sua função atípica de administrar.

O controle político vai apreciar não somente a legalidade, mas também a discricionariedade das decisões administrativas, e por isso possui a natureza política (DI PIETRO, 2014, p. 823). Trocando em miúdos, a oportunidade e a conveniência podem ser objeto do controle político.

A seguir serão enumerados os casos de controle político que a Constituição da República de 1988 outorgou ao legislador, conforme Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2014, p. 823-824):

a) O Congresso Nacional e o Senado possuem competência para apreciar preventivamente ou subsequentemente os atos do Poder Executivo, já que o ato precisaria de uma autorização (decreto legislativo ou resolução) para ser levada em efeito;

b) O Ministro de Estado ou quaisquer outras autoridades titulares de órgãos subordinados à Presidência da República podem ser convocados por cada uma das Casas Legislativas brasileiras, ou por suas Comissões, para prestarem informações sobre assunto já determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justa causa;

c) Quando se encaminha a um Ministro de Estado ou autoridade pública – titular de órgão diretamente subordinado à Presidência da República – pedidos escritos de informação, que deverão estes ser respondidos pelo prazo de 30 dias, sob pena de responder sobre crime de responsabilidade;

d) A instituição de Comissões Parlamentares de Inquérito, que possuem poderes de investigação próprios de autoridades judiciárias, fazendo remeter seu relatório para o Ministério Público;

e) A competência do Senado Federal para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, além dos Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; a competência para julgar e processar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

f) A fixação, pelo Senado Federal, dos limites globais para o montante da dívida consolidada da União, Estados, Distrito Federal e Municípios; para dispor sobre os limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno dos entes políticos e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal; para dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo ou interno;

g) A sustação de atos normativos do Poder Executivo, pelo Congresso Nacional, que exorbitem o poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa, mediante provocação ou por iniciativa própria;

h) A aprovação, após arguição pública e por voto secreto, de magistrados, nos casos previstos pela CR/88, dos Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pela Presidência da República, do Presidente e diretores do Banco Central, do Procurador-Geral da República e dos chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Enumeradas as situações de controle político, com os respectivos dispositivos constitucionais permissivos, passa-se então ao tema do controle financeiro. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu a fiscalização contábil, financeira e

orçamentária, definindo procedimentos que devem ser aplicados a todos os entes políticos do país, bem como aos respectivos Tribunais de Contas.

Ora, os Tribunais de Contas são órgãos administrativos ligados ao Poder Legislativo, que possuem a função de julgar as contas dos administradores que utilizam, arrecadam, guardam, gerenciam ou administram verbas públicas. Trocando em miúdos, “todo aquele que direta ou indiretamente lide com recursos públicos está sob jurisdição de um dos Tribunais de Contas” (MARINELA, 2013, p. 998). São órgãos colegiados e autônomos. Em âmbito federal, o Tribunal de Contas da União possui nove ministros, sendo seis escolhidos pelo Congresso Nacional e três pelo Presidente da República, dentre estes dois alternadamente escolhidos entre auditores e membros do Ministério Público.

Os Tribunais de Contas auxiliam o Poder Legislativo no controle externo das atividades administrativas, em matéria contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Ajudam ao Poder Legislativo a decisão de aprovar ou não as contas públicas do Chefe do Executivo, por exemplo.

O art. 70, da Constituição de 88 dispõe, pois:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

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, assuma obrigações de natureza pecuniária (BRASIL, 1988).

Deste artigo podem-se depreender alguns pontos:

- a) A ação fiscalizada pelo controle financeiro abrange a contábil, a financeira, a orçamentária, a operacional e a patrimonial, permitindo a análise da contabilidade, das receitas e despesas, dos resultados patrimoniais e execução do orçamento;
- b) Compreende o controle de legalidade dos atos e o controle de legitimidade, ou seja, analisa o mérito do ato, no que condiz sobre a prioridade dos gastos e também o respeito à ordem estabelecida no plano plurianual;
- c) Procede ao controle de economicidade, outra análise do mérito, para averiguar se o órgão público realizou a despesa pública no modo mais econômico, atendendo à relação do custo-benefício;
- d) Controle de resultados de programas e metas, realizados em obras ou prestação de serviços;

e) Verificar, por meio de controle externo, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e entidades da Administração Indireta, bem como qualquer pessoa física ou jurídica que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que assuma obrigação pecuniária.

Pelas atribuições dos Tribunais de Contas dispostos no art. 71, da CR/88, observa-se:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Deste artigo subtraem-se as competências do Tribunal de Contas, em que se pode destacar o auxílio que o mesmo presta ao Poder Legislativo, diante do exame das contas dos administradores e demais responsáveis pelos recursos públicos, em que o Poder em comento deverá julgar as contas do Chefe do Executivo – cabe aqui evidenciar que o resultado do exame das contas pelo Tribunal de Contas não vincula o julgamento que deve ser feito pelo Poder Legislativo, no caso das contas do Chefe do Poder Executivo –, aplicar sanção aos responsáveis, nos casos de ilegalidade de despesa ou irregularidades de contas, como a multa proporcional ao dano causado ao erário, assinar prazo para que órgão adote as providências necessárias ao cumprimento da lei, podendo até sustar a execução do ato impugnado, e em caso de contrato administrativo, sustá-lo se após o prazo de 90 dias caso o Congresso Nacional ou o Poder Executivo não efetivar as medidas para que o contrato administrativo seja extirpado do ordenamento jurídico. Note-se que primeiramente a competência para sustar o ato é do Congresso Nacional, mas se este resultar inerte, tal competência caberá ao Tribunal de Contas da União.

5.4 Controle Judicial do Ato Administrativo

O controle judicial do ato administrativo repousa em uma das bases instituídas para a formação de um Estado Democrático de Direito, que é o princípio da legalidade. De nada adiantaria conter a Administração Pública aos ditames da lei, se seus atos não pudessem ser controlados por uma entidade imparcial que possa apreciar e invalidar os atos ilegítimos praticados.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 1027), “controle judicial é o poder de fiscalização que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário”.

Assim, o controle judicial é aquele realizado pelo Poder Judiciário sobre a atividade administrativa dos Poderes Executivo, Legislativo e até mesmo do Judiciário⁴⁶.

Para Marcelo Alexandrino,

[...] o denominado controle judiciário, ou judicial, é o controle realizado pelos órgãos do Poder Judiciário, no desempenho de atividade jurisdicional, sobre os atos administrativos praticados pelo Poder Executivo, bem como sobre os atos

⁴⁶ “O controle judicial incide especificamente sobre a atividade administrativa do Estado, seja qual for o Poder onde esteja sendo desempenhada. Alcança os atos administrativos do Executivo, basicamente, mas também examina os atos do Legislativo e do próprio Judiciário, nos quais, como já vimos, se desempenha a atividade administrativa em larga escala” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1028).

administrativos editados, no exercício da função administrativa, pelo Poder Legislativo e pelo próprio Poder Judiciário (ALEXANDRINO, 2011, p. 855).

Percebe-se, pois, que o entendimento firmado por Marcelo Alexandrino muito se parece com o doutrinado por José dos Santos Carvalho Filho sobre o conceito de controle judicial.

Para tecer maiores comentários sobre o tema, necessário é entender o sistema de jurisdição adotado pelo Brasil. Diferentemente do que ocorre em muitos países europeus⁴⁷, o direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una ou única, baseado no sistema jurisdicional inglês, “pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos” (DI PIETRO, 2014, p. 827).

Vale dizer, o sistema da jurisdição una consiste em ter apenas um órgão que possui a função de julgar todos os litígios, sejam de âmbito administrativo ou não. Celso Antônio Bandeira de Mello estende mais sobre o tema:

No Brasil, ao contrário do que ocorre em inúmeros países europeus, vigora o sistema da jurisdição única, de sorte que assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida. Assim, o Poder Judiciário, a instâncias da parte interessada, controla, *in concreto*, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso. Diz o art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (MELLO, 2014, p. 964-965).

Neste diapasão, observa-se que Celso Antônio Bandeira de Mello relaciona com propriedade o controle judicial com o sistema judicial uno, visto que qualquer prejudicado pelo ato administrativo pode acionar as vias judiciais, a fim de que o Poder Judiciário possa controlar concretamente a legalidade da conduta do Poder Público. Nota-se que somente à função jurisdicional é dado apreciar lesão ou ameaça de direito, independentemente da natureza da ação, se administrativa ou não.

⁴⁷ Países como a França e Itália adotam o sistema do contencioso administrativo, também chamado de sistema da dualidade de jurisdição, que se caracteriza “pelo fato de que, ao lado da Justiça do Poder Judiciário, o ordenamento contempla uma justiça Administrativa. Esse sistema [...] apresenta juízes e tribunais pertencentes a Poderes diversos do Estado. Em ambas as Justças, as decisões proferidas ganham o revestimento da *res iudicata*, de modo que a causa decidida numa delas não mais pode ser reapreciada pela outra. É desse aspecto que advém a denominação de sistema de dualidade de jurisdição: a jurisdição é dual na medida em que a função jurisdicional é exercida naturalmente por duas estruturas orgânicas independentes- a Justiça Judiciária e a Justiça Administrativa (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1031)”. Os litígios direcionados à Justiça Administrativa, no caso, terão sempre como parte o Poder Público.

Como meios judiciais cabíveis para a correção da conduta administrativa, pode-se enumerar alguns instrumentos processuais de previsão constitucional, sendo: o *habeas corpus*⁴⁸, o *habeas data*⁴⁹, o mandado de segurança⁵⁰, o mandado de injunção⁵¹, a ação popular⁵² e a ação civil pública⁵³.

⁴⁸Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; [...] (BRASIL, 1988).

⁴⁹ Art. 5º [...]

LXXII - conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; [...] (BRASIL, 1988).

⁵⁰ Art. 5º [...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; [...] (BRASIL, 1988).

⁵¹ Art. 5º [...]

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; [...] (BRASIL, 1988).

⁵² Art. 5º [...]

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de 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 do ônus da sucumbência; [...] (BRASIL, 1988).

⁵³Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

VIII - ao patrimônio público e social.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados (BRASIL, 1985).

[...]Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (BRASIL, 1985).

Importa saber quais as situações que o administrado pode se socorrer ao Poder Judiciário para reajustar os efeitos do ato administrativo, o que será demonstrado na sequência.

5.4.1 Controle de legalidade e inconstitucionalidade

Inicia-se o raciocínio pelo fato de que, num Estado Democrático de Direito, a Administração Pública apenas pode agir nos limites da norma legal. “Por isso se diz, generalizadamente, que a Administração, além de estar proibida, como qualquer, de atuar em desacordo com a lei, demais disso, só pode emitir atos jurídicos em conformidade com lei que a habilite a tanto” (MELLO, 2014, p. 965).

A sujeição da Administração Pública ao princípio da legalidade não deriva somente da visão organizacional e burocrática da função administrativa, mas também é um princípio que visa a garantir a liberdade de todos os cidadãos. Ademais, toda ação administrativa que venha a forçar uma pessoa a suportar o que a lei não permite não é apenas uma ação ilegal, mas é também uma agressão ao direito garantido constitucionalmente: a liberdade. Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 965-966) comenta:

O princípio da legalidade – como é claro a todas as luzes – não se impôs e nem se propõe a ser um mero instrumento de organização burocrática do aparelho administrativo do Estado para delinear os contornos de suas unidades internas e desenhar seus correlatos meios de atuação. O que deveras se pretendeu e se pretende com tal princípio, como é óbvio, foi e é, sobretudo, estabelecer em prol de todos os membros do corpo social uma proteção e uma garantia. Quis-se outorgar-lhes a certeza de que ato administrativo algum poderia impor limitação, prejuízo ou ônus aos cidadãos sem que tais cerceios ou gravames estivessem previamente autorizados em lei, e que ato administrativo algum poderia subtrair ou minimizar vantagens e benefícios que da lei resultariam para os cidadãos se esta fosse observada (MELLO, 2014, p. 965-966).

Assim, a lei não pode ser vista somente como instrumento organizacional da Administração Pública, mas também como um meio de resguardo das pessoas contra os malefícios que podem ser praticados pelas autoridades públicas. Nesta linha de pensamento, surge a conclusão mais óbvia: a de que deve ser prestada proteção jurisdicional a quem seja agravado por ação ou omissão ilegal do Poder Público, sempre que a conduta contrária à lei ocorra.

Com efeito, enquanto na atividade privada pode ser feito tudo aquilo que não é proibido pelo ordenamento jurídico, na atividade administrativa somente se pode fazer o que é permitido. Vê-se, portanto, que a relação da função administrativa com a lei é de subsunção,

ou seja, os atos administrativos devem ser embasados por norma legal, não sendo suficiente o fato de ser expedido só por não contrariar a lei (DI PIETRO, 2014, p. 65).

Assim, aponta-se os casos em que deve haver a prestação jurisdicional ao administrado:

Dessarte, é imperioso reconhecer que existe direito à proteção judicial toda vez que (a) a ruptura da legalidade cause ao administrado um agravo pessoal do qual estaria livre se fosse mantida íntegra a ordem jurídica, ou (b) lhe seja subtraída uma vantagem a que acederia ou a que se propõe nos termos da lei a aceder e que pessoalmente desfrutaria ou faria jus a disputá-la se não houvesse ruptura de legalidade (MELLO, 2014, p. 966).

Quando um cidadão se vê prejudicado em seu interesse material ou moral por atuações administrativas ilegais, este adquire, pela união dos elementos de prejuízo e ilegalidade, um direito subjetivo de pleitear a eliminação desse ato administrativo ilegal, de modo que restabeleça a integridade de seus interesses.

Cabe aqui fazer uma consideração para incluir a Constituição da República Federativa do Brasil como instrumento que o Poder Judiciário se utiliza para realizar o controle de legalidade, e, no caso, constitucionalidade. Como José dos Santos Carvalho Filho complementa: “(...) o Judiciário, por ser um Poder equidistante do interesse das pessoas públicas e privadas, assegura sempre um julgamento em que o único fator de motivação é a lei ou a Constituição” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1028). Transcreve-se, pois, jurisprudências que atestam que o Poder Judiciário pode realizar o controle de legalidade quando a Administração Pública descumpre os ditames do ordenamento jurídico:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONCURSO PARA A MAGISTRATURA DO ESTADO DO PIAUÍ. CRITÉRIOS DE CONVOCAÇÃO PARA AS PROVAS ORAIS. ALTERAÇÃO DO EDITAL NO CURSO DO PROCESSO DE SELEÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O Conselho Nacional de Justiça tem legitimidade para fiscalizar, inclusive de ofício, os atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário (MS 26.163, rel. min. Carmem Lúcia, DJe 04.09.2008). 2. Após a publicação do edital e no curso do certame, só se admite a alteração das regras do concurso se houver modificação na legislação que disciplina a respectiva carreira. Precedentes. (RE 318.106, rel. min. Ellen Gracie, DJ 18.11.2005). 3. No caso, a alteração das regras do concurso teria sido motivada por suposta ambigüidade de norma do edital acerca de critérios de classificação para a prova oral. Ficou evidenciado, contudo, que o critério de escolha dos candidatos que deveriam ser convocados para as provas orais do concurso para a magistratura do Estado do Piauí já estava claramente delimitado quando da publicação do Edital nº 1/2007. 4. **A pretensão de alteração das regras do edital é medida que afronta o princípio da moralidade e da impessoalidade**, pois não se pode permitir que haja, no curso de determinado processo de seleção, ainda que de forma velada, escolha direcionada dos candidatos habilitados às provas orais, especialmente quando já concluída a fase das provas

escritas subjetivas e divulgadas as notas provisórias de todos os candidatos. 5. Ordem denegada. (BRASIL, STF, MS 27160, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 05/03/2009, grifo nosso).

EMENTA: 1. Recurso Extraordinário. 2. Concurso Público. 3. Edital que não previu prazo de validade. Inexistência de ato de prorrogação. Alegação de validade de ato de anulação da nomeação realizada pelo Governador do Estado do Mato Grosso. Precedentes invocados pelo recorrente: RE no 201.634-BA, 1ª Turma, Red. Para acórdão Min. Moreira Alves, DJ de 17.05.2002 e RE no 352.258-BA, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 14.05.2004. 4. Nomeação posterior de 25 defensores públicos dentro do número de vagas originariamente previstos no edital. Precedentes: RE no 192.568-PI, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ de 13/06/1996; e RE no 199.733, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ de 30.04.1999. 5. **Inobservância dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal(CF, art. 5º LIV e LV). Revogação, por ato unilateral e sem a devida audiência, de situação constituída com relação a defensores públicos em estágio probatório. Impossibilidade de anulação arbitrária dos atos de nomeação dos defensores pelo Governador do Estado do Mato Grosso.** Precedente: MS no 24.268-MG, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.09.2004. 6. **Inadmissibilidade de exoneração ad nutum de funcionários públicos em estágio probatório.** Aplicação da Súmula no 21/STF. Precedente: RE no 378.041-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Brito, DJ de 11.02.2005. 7. Repercussão social, política e jurisdicional. Defensoria Pública Estadual. Essencialidade e relevância nos termos do art. 134, da Constituição Federal. Precedentes: HC no 76.526-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ de 17/03/1998 e RE nº 135.328-SP, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 20.04.2001. Recurso desprovido. (BRASIL, STF, RE 452.721, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 22/11/2005, grifo nosso).

Por conseguinte, uma medida judicial que se aciona ao Supremo Tribunal Federal⁵⁴, com a finalidade de se realizar o controle de constitucionalidade a leis ou atos normativos⁵⁵, é a Ação Direta de Inconstitucionalidade, regulada na Lei nº. 9.868/99. Não obstante, os demais órgãos do Poder Judiciário também poderão realizar o controle incidental ou difuso de constitucionalidade, em que analisarão um ato no caso concreto, e incidentalmente, poderão se manifestar pela inconstitucionalidade do ato administrativo.

Tanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade, como o controle difuso de constitucionalidade propõem combater a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, a fim de afastar a norma conflitante inconstitucional com o texto da Carta Maior. Contudo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade discute o conflito entre uma lei ou ato considerados inconstitucionais possam provocar diante da Constituição Federal, para preservação da ordem e harmonia no ordenamento jurídico. Já o controle difuso de inconstitucionalidade se desenvolve no curso de um processo, em que a controvérsia constitucional é “antecedente

⁵⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;[...] (BRASIL, 1988).

⁵⁵ “No caso do ato normativo é considerado, também aquele advindo de atividade administrativa, que tendo conteúdo genérico e abstrato regula situações jurídicas atingindo materialmente, pelos seus efeitos os indivíduos” (GONÇALVES, 2007, p. 02).

lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência de relação jurídica” (MENDES, 2014, p. 1066).

Por todas estas explicações sobre o controle de legalidade realizado pelo Poder Judiciário, chega-se, enfim, à conclusão de sua natureza. O controle judicial sobre atos administrativos é exclusivamente de legalidade, normalmente utilizado em momento posterior à sua edição e de maneira corretiva, podendo até estes virem a ser anulados. Desta forma, não poderá o Poder Judiciário adentrar ao mérito do ato administrativo, o que maiores explicações serão dadas na próxima seção.

5.4.2 Controle do mérito administrativo

Em algumas situações, a lei não prevê para o administrador qualquer margem de liberdade para a realização da conduta administrativa, já que, em seu texto, há a configuração dos pressupostos para a prática e o conteúdo do ato administrativo, devendo este ser editado na ocorrência das hipóteses legalmente previstas. Tais episódios consistem no instituto da vinculação, em que o agente não possui qualquer possibilidade de valorar a situação diante dos elementos do ato administrativo, a saber, forma, finalidade, competência, objeto e motivo, visto que todos estes já estão detalhados e traçados pela lei. Advém do que se chama Poder Vinculado da Administração Pública.

Inversamente, a discricionariedade é o instituto em que a norma legal dá ao administrador uma certa esfera de liberdade para cumprir com sua função administrativa, cabendo a este fazer um juízo de valor no campo da indeterminação da lei, a fim de satisfazer o interesse público.

José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 125) explica muito bem estas duas posições:

Quando o agente administrativo está ligado à lei por um elo de vinculação, seus atos não podem refugir aos parâmetros por ela traçados. O motivo e o objeto do ato já constituirão elementos que o legislador quis expressar. Sendo assim, o agente não disporá de nenhum poder de valoração quanto a tais elementos, limitando-se a reproduzi-los no próprio ato. A conclusão, dessa maneira, é a de que não se pode falar em mérito administrativo em se tratando de ato vinculado. O contrário se passa quanto aos atos discricionários. Nestes se defere ao agente o poder de valorar os fatores constitutivos do motivo e do objeto, apreciando a conveniência e a oportunidade da conduta. Como o sentido de mérito administrativo importa essa valoração, outra não pode ser a conclusão senão a de que tal figura só pode estar presente nos atos discricionários.

Como se observa, a discricionariedade se coaduna com o Poder Discricionário da Administração Pública, e ainda é o elemento para o que se denomina mérito administrativo.

Mérito administrativo é, pois, “em poucas palavras, o poder conferido pela lei ao agente público para que ele decida sobre a oportunidade e conveniência de praticar determinado ato discricionário, e escolha o conteúdo desse ato, dentro dos limites estabelecidos em lei. Vale repetir, só existe mérito administrativo em atos discricionários” (ALEXANDRINO, 2011, p. 457).

Conclui-se, desde logo, que não se fala de mérito administrativo em ato vinculado, visto que os elementos motivo e objeto já estão previstos em lei. No entanto, os atos discricionários possuem o mérito administrativo, visto que o motivo e o objeto são requisitos que estão a cargo da discricionariedade do administrador, ou seja, do seu juízo de valor diante do caso concreto. Percebe-se, portanto, serem dois elementos que podem estar no crivo da discricionariedade do agente – motivo e objeto, dependendo do ato administrativo, e três elementos que serão vinculados – forma, finalidade e competência.

Contudo, não se pode entender que a discricionariedade resulta da ausência da lei. Isto é errôneo, tendo em vista que ela mesma procede de previsão legal, já que a Administração Pública só atua no consentimento da lei (DI PIETRO, 2014).

O que o legislador fez foi autorizar o administrador, em certas ocasiões concretas, a tomar medidas especiais capazes de atender com precisão a finalidade do ato administrativo. Isto se deve ao fato de que, para poder alcançar o interesse público, o mérito administrativo é capaz de atender inúmeras situações fáticas que se distinguem nas circunstâncias envolvidas. Assim, o caso A não poderia ser tratado igual o caso B, se as conjunturas não são iguais. “Desta forma, é preciso que o agente possa, em consideração à fisionomia própria de cada qual, proceder à eleição da medida idônea para atingir de modo perfeito o objetivo da regra aplicada” (MELLO, 2014, p. 980).

Caso a lei sempre previsse a conduta do administrador, o seu comportamento seria consecutivamente padronizado, tornando-a invariável. Deste modo, injustiças poderiam ser feitas aos administrados, visto que há casos que não podem ser tratados sempre da mesma maneira. É o que Celso Antônio Bandeira de Mello aduz:

Se a lei todas as vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizaria sempre a solução, tornando-a invariável mesmo perante situações que precisariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança, justamente porque a realidade do mundo empírico é polifacética e comporta inumeráveis variantes. Donde, em muitos casos, uma predefinição normativa estanque levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis (MELLO, 2014, p. 980).

Neste diapasão, algumas considerações devem ser dadas. Se a lei, nas situações de discricionariedade, autoriza medidas distintas, deve-se ao fato de pretender que se dê uma correta e pertinente solução para cada caso concreto, a fim de que se atinja a finalidade do ato administrativo. Ademais, cumpre ressaltar que a finalidade alvo da função administrativa é o interesse público, e nestes moldes, não há totalmente uma liberdade de conduta dentro da discricionariedade.

Com isto, pode-se complementar que a autoridade judicial poderá verificar se o mérito administrativo do ato discricionário está em conformidade com a razoabilidade adotada no caso concreto, ou seja, se a conduta tomada pelo administrador, dentre as mais diversificadas possibilidades de comportamento, esteve razoável diante dos fatos da ocorrência, e também poderá analisar se o ato discricionário editado se propôs a atingir a sua finalidade. Marcelo Alexandrino explica detalhadamente:

Não se deve, entretanto, confundir a vedação de que o Judiciário aprecie o mérito administrativo com a possibilidade de aferição pelo Poder Judiciário da legalidade dos atos discricionários.

Com efeito, os atos discricionários podem ser amplamente controlados pelo Judiciário, no que respeita a sua legalidade ou legitimidade. Por exemplo, um ato discricionário do Poder Executivo pode ser anulado pelo Poder Judiciário em razão de vício de competência, de desvio de finalidade, de vício de forma (se foi desatendida determinada forma ou formalidade que a lei considerasse essencial à validade do ato), de vício de motivo (por exemplo, comprovação de inexistência dos fatos alegados pela administração, na motivação do ato, como ensejadores de sua prática) e de vício de objeto (por exemplo, ato praticado com conteúdo não previsto em lei; imagine-se, na esfera federal, um ato de suspensão disciplinar por 100 dias: seria nulo, por vício de objeto, porque a lei só autoriza a suspensão até 90 dias).

Ainda, os controles de razoabilidade e proporcionalidade possibilitam anulação, pelo Poder Judiciário, de atos discricionários que tenham sido praticados fora da esfera de mérito administrativo estabelecida pela lei (ALEXANDRINO, 2011, p. 855-856).

Diante disso, entende-se que o Poder Judiciário pode apreciar a legalidade e a razoabilidade de um ato discricionário. Ou seja, pode aferir se a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto do ato foram devidamente respeitados, ou seja, se não possuem qualquer tipo de vício. É o que se pode observar nas seguintes jurisprudências:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. **O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de**

moralidade e razoabilidade. 4. [...] 5. Recurso especial provido." (BRASIL, STJ, REsp 429570, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 22.03.2004, grifo nosso).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ENSINO SUPERIOR. PÓS-GRADUAÇÃO.

RESIDÊNCIA MÉDICA. OFERECIMENTO DE ALOJAMENTO E ALIMENTAÇÃO PELO PODER PÚBLICO DURANTE O PERÍODO DA RESIDÊNCIA (AUXÍLIOS IN NATURA). LEI N. 6.932/81. DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL QUE ENVOLVE A ADEQUAÇÃO DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS. TUTELA ESPECÍFICA.

IMPOSSIBILIDADE. ART. 461, § 1º, DO CPC. CONVERSÃO EM MEDIDA QUE GARANTA RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. AUXÍLIO EM PECÚNIA.

1. Trata-se de recurso especial em que se discute se a Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul tem o dever legal de oferecer alojamento e alimentação aos residentes de Medicina e, em não o fazendo, se é cabível a conversão da obrigação em pecúnia. 2. É a seguinte a redação do art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.932/81: "As instituições de saúde responsáveis por programas de residência médica oferecerão aos residentes alimentação e moradia no decorrer do período de residência". 3. **Há limites para a discricionariedade administrativa, especialmente quando o dispositivo legal é peremptório a respeito da obrigatoriedade no fornecimento de alojamento e alimentação.** 4. **Se o Poder Público insiste em desconsiderar a norma, fazendo dessa previsão letra morta, caberá controle e intervenção do Judiciário, uma vez que, nestes casos, deixa-se o critério da razoabilidade para adentrar-se a seara da arbitrariedade, fato que, em último grau, caracteriza a omissão como ilegal.** 5. **A partir do momento em que opta pela inércia não autorizada legalmente, a Administração Pública se sujeita ao controle do Judiciário da mesma forma que estão sujeitas todas as demais omissões ilegais do Poder Público, tais como aquelas que dizem respeito à consecução de políticas públicas** (v., p. ex., STF, AgR no RE 410.715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJU 3.2.2006). 6. É óbvio que o Judiciário não tem o condão de determinar que a Secretaria de Estado competente forneça pontualmente moradia e alimentação (i.e., de forçar que este órgão crie um mecanismo bastante para atender a um residente específico), pois isso seria contrariar uma premissa pragmática inafastável, qual seja, a de que o magistrado, no exercício de sua função, não possui condições para avaliar, no nível macro, as condições financeiro-econômicas de certo Estado-membro para viabilizar tal e qual política de assistência. 7. Contudo, a simples inexistência de previsão legal para conversão de auxílios que deveriam ser fornecidos in natura em pecúnia não é suficiente para obstaculizar o pleito recursal, pois é evidente que se insere dentro do direito constitucional individual à tutela jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República vigente) a necessidade de que a prestação jurisdicional seja adequada. 8. É por isso que o Código de Processo Civil, em seu art. 461, § 1º, dispõe que, na impossibilidade de tutela específica, é dado ao Poder Judiciário determinar medidas que garantam um resultado prático equivalente - ou mesmo se que converta a obrigação em perdas e danos. 9. Na inicial, a recorrente pede que os magistrados fixem um percentual sobre a bolsa de estudos em substituição ao dever estatal de prestação de alojamento e alimentação. Nada obstante, esta instância especial não tem poderes para analisar questões fático-probatórias para auxiliar a fixação desses valores, sob pena de violação à Súmula n. 7 desta Corte Superior. 10. Recurso especial provido, determinando o retorno dos autos à origem a fim de que lá seja determinado um valor razoável que garanta um resultado prático equivalente ao que determina o art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.932/81. (BRASIL, STJ, REsp 813.408, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 15/06/2009, grifo nosso).

Como já relatado, a competência, a finalidade e a forma são elementos vinculados do ato administrativo, que devem sempre respeitar os parâmetros trazidos pela norma legal. Assim, pode haver controle judicial desses elementos, mesmo que em atos discricionários,

tendo em vista estar havendo controle não do mérito administrativo, mas da legalidade da edição do ato. Se verificado qualquer tipo de vício, o ato deverá ser anulado⁵⁶.

Ademais, o ato discricionário está estritamente ligado aos motivos que levaram sua expedição. É o que denominamos Teoria dos Motivos Determinantes. Logo, se verificado que o administrador elencou como motivo uma determinada ocorrência, e que na realidade não se concretizou, o ato poderá ser anulado, visto que o motivo é ilegal⁵⁷.

E não se para por aqui. O motivo também será considerado ilegal se não existir compatibilidade entre o motivo declarado no ato e a previsão legal, se não existir relação de congruência entre o motivo declarado no ato e a previsão legal – ou seja, razoabilidade, ou quando o motivo depender de um critério subjetivo de valoração do administrador e este extrapolar os limites legais (MARINELA, 2013, p. 270).

O desvio de finalidade também é uma ilegalidade, visto que contraria todo o ordenamento jurídico administrativo, principalmente a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.

Abordando o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello arremata:

Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer a apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária (MELLO, 2014, p. 997).

Por tudo isto, pode-se afirmar que o Poder Judiciário controla os atos administrativos em sua legalidade e constitucionalidade, ou seja, podem atingir o mérito administrativo se a

⁵⁶ Observação aqui se vale para os elementos da competência e forma, que poderão, em determinados casos, serem convalidados: “convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado” (DI PIETRO, 2014, p. 258). As exceções para que não ocorra a convalidação com (a) a forma é se ela for prescrita como especial para determinado ato administrativo, e com (b) a competência é se apenas uma autoridade poderia ter feito editado o ato, visto ser sua exclusiva atribuição. Os demais elementos – motivo, finalidade, objeto – nunca poderão ser convalidados.

⁵⁷RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. LICENCIAMENTO. ATO DISCRICIONÁRIO. RAZÕES. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. VINCULAÇÃO. VÍCIO. ANULAÇÃO. MOLÉSTIA. INCAPACIDADE DEFINITIVA. REFORMA EX OFFICIO. I - **Apesar de o ato de licenciamento de militar temporário se sujeitar à discricionariedade da Administração, é possível a sua anulação quando o motivo que o consubstancia está eivado de vício. A vinculação do ato discricionário às suas razões baseia-se na Teoria dos Motivos Determinantes.** II - É incapaz definitivamente para o serviço ativo das Forças Armadas, para efeitos de reforma exofficio (art. 106, II, da Lei nº 6.880/80), o militar que é portador de síndrome definida no art. 1º, inciso I, alínea "c", da Lei nº 7.670/88. Recurso conhecido e desprovido. (BRASIL, STJ, REsp 725.537, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 01/07/2005, grifo nosso).

conveniência e a oportunidade do ato estiverem incompatíveis e ilegais com o ordenamento vigente.

5.4.3 O controle judicial do mérito administrativo e a Teoria da Tripartição das Funções

Contudo, o Poder Judiciário não poderá analisar a conveniência e a oportunidade⁵⁸ do ato administrativo, pois que não é sua função conferir qual seja a melhor decisão a se tomar naquele ato, já que estaria, desta forma, invadindo a função precípua da Administração Pública que é administrar. Não se pode esquecer que o poder do Estado não está concentrado na mão de uma autoridade, mas foi tripartida em esferas, a fim de que não houvesse abusos e arbitrariedades de uma função sobre a outra.

Escrevendo sobre o tema, Marcelo Alexandrino pontua:

Deve-se repisar que não se admite a aferição do mérito administrativo pelo Poder Judiciário. Não faria sentido o juiz, órgão voltado à atividade jurisdicional, muitas vezes distante da realidade e das necessidades administrativas, substituir, pela sua, a ótica do administrador. Significa que, se fosse dado ao juiz decidir sobre a legitimidade da valoração de oportunidade e conveniência realizada pelo administrador na prática de atos discricionários de sua competência, estaria esse juiz substituindo o administrador no exercício dessa atividade valorativa, vale dizer, substituindo a avaliação de conveniência e oportunidade realizada pelo administrador, que vivenciou a situação que ensejou a prática do ato, que tem como mister exatamente o exercício de atividades administrativas, por uma avaliação de conveniência e oportunidade realizada por ele, juiz, evidentemente distanciado do cotidiano da administração pública (ALEXANDRINO, 2011, p. 855).

Desta forma, o controle judicial do ato, principalmente quando se trata de mérito administrativo, sofre limitações, para que a estrutura da divisão dos poderes estatais reste intacta e não haja uma superioridade do Poder Judiciário sobre a Administração Pública. Eis algumas jurisprudências que convergem para tal entendimento:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. MÉRITO ADMINISTRATIVO.

⁵⁸“Conveniente é aquilo que é adequado, apropriado ao objeto que se destinou. A medida administrativa editada será conveniente se for apta a cumprir o objetivo previsto, se for proporcional e útil, ajustada ao interesse público. ‘Conveniência diz respeito a fatos, lugares, acontecimentos, situações, razoabilidade, utilidade, moralidade, economia’(CRETELA JÚNIOR, 1966, p. 198).A oportunidade se refere à adaptação da medida ao cumprimento dos fins pretendidos pelo mandamento normativo que o ato administrativo busca satisfazer. Oportuno é o que se pratica em tempo hábil, em boa hora. O critério de oportunidade guarda afetação às circunstâncias de tempo e ambiente, sendo, portanto, variável de um indivíduo a outro, em diferentes lugares e momentos históricos” (CRISTÓVAM, 2010, p. 02).

IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. No âmbito do processo administrativo disciplinar, ocorre ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório na criação de obstáculos ao acusado ou a seu representante legalmente constituído a fim de lhes negar o acesso aos autos, à apresentação de contestação, à produção de contraprovas, ou, ainda, à presença nos atos instrutórios. 2. O processo administrativo disciplinar transcorreu, porém, na espécie, em estrita obediência aos preceitos contidos no art. 5º, LV, da Constituição Federal, com a comissão processante franqueando ao acusado todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. 3. **Ao Poder Judiciário compete apenas o controle da legalidade do ato administrativo, ficando impossibilitado de adentrar na análise do mérito do ato, sob pena de usurpar a função administrativa, precipuamente destinada ao Executivo.** 4. Recurso a que nega provimento. (BRASIL STJ, RMS 15.959, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJe 10/04/2006, grifo nosso).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL. ATO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE OU ABUSO. INEXISTÊNCIA. **Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público.** Recurso ordinário desprovido. (BRASIL, STJ, RMS 14967, Rel. Min. Vicente Leal, DJe 22.04.2003, grifo nosso).

É evidente que para a Tripartição das Funções funcionar no Brasil de forma harmoniosa e independente, conforme dicção do art. 2º da Constituição da República de 1988, cada Poder deve realizar o controle de sua função nos demais Poderes, pelo fundamento do sistema de freios e contrapesos.

Não obstante, não é dado a um Poder invadir a esfera de decisão do outro, sob pena de se desrespeitar a esta separação dos Poderes.

Como visto, o controle do mérito pelo Poder Judiciário é realizado quando evidenciado alguma ilegalidade em seus elementos, desrazoabilidade ou quando o motivo do ato se mostra viciado. Todas estas hipóteses atacam a legalidade do ato administrativo, podendo atingir a conveniência e oportunidade realizada pelo administrador de maneira indireta, mas fato é que nunca o Poder Judiciário poderá valorar o mérito administrativo, decidindo o que seria melhor para a Administração Pública. Caso tal situação ocorresse, seria manifesta a invasão do Poder Judiciário sobre o Poder Público.

Assim, “com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei” (DI PIETRO, 2014, p. 229).

A avaliação do mérito administrativo foi previamente atribuída ao administrador pelo Poder Legislativo, que deixou intencionalmente para a Administração Pública um leque de opções na lei, a fim de que possa fazer sua decisão dentre aquelas já legitimadas. Desta forma, se respeitada a discricionariedade que foi assegurada para a Administração Pública nos limites

da lei, qualquer escolha que o agente faça será legal. Doravante este é o motivo do Poder Judiciário não ser legitimado para analisar o mérito administrativo, visto que este espaço de discricionariedade foi somente atribuído ao administrador pela lei, “caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto” (DI PIETRO, 2014, p. 229).

Traga-se, agora, jurisprudência pertinente ao assunto:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. 2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. **4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.** 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. 7. Recurso provido. (BRASIL, STJ, REsp 169.876, Rel Min José Delgado, DJe 21/09/1998, grifo nosso).

Nesta jurisprudência, percebe-se que não é legítimo o Poder Judiciário interferir na atividade administrativa, não podendo obrigar a Administração Pública a edificar ou a construir, sob pena de violar a independência dos Poderes, já que o administrador está vinculado a sua dotação orçamentária aprovada pelo Poder Legislativo, não podendo se desvencilhar de suas despesas públicas, mesmo que para atender o meio ambiente. Assim, não cabe ao Poder Judiciário julgar quais obras são prioridade da Administração Pública, já que isto faz parte da discricionariedade administrativa, não podendo a autoridade judiciária nela interferir.

Não se pode negar, entretanto, que o poder discricionário da Administração Pública esteja sendo cada vez mais alvo do Poder Judiciário. Essa tendência visa a impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.

Um exemplo é a formulação da Teoria do Desvio de Poder, em que o Poder Judiciário fica legitimado a decretar a nulidade do ato, se a autoridade administrativa usa da discricionariedade para atingir fim diferente daquele que a lei fixou.

Outro exemplo é a Teoria dos Motivos Determinantes, que já foi mencionada. O ato administrativo será anulado pelo Poder Judiciário se este, ao examinar os pressupostos de fato e as provas, deferir que o motivo não aconteceu ou que não foi realizado daquela forma. Traga-se, pois, um exemplo descrito na obra de Fernanda Marinela:

Imagine que um determinado governador de um Estado tem uma filha que está namorando um rapaz que não é do seu agrado. Sabendo que este indivíduo é um servidor público estadual, decide removê-lo para uma cidade bem distante, alegando necessidades do serviço, quando na verdade, o administrador deseja prejudicar o relacionamento. Nesse caso, o ato fica viciado em virtude de o motivo ser incompatível com a lei, havendo a inexistência material e jurídica dos motivos (MARINELA, 2013, p. 270).

Transcreva-se uma jurisprudência que alude a esta circunstância.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROGRESSÃO FUNCIONAL POR MERECIMENTO. DECRETO. DISPOSIÇÃO CONTRÁRIA A LEI. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. MOTIVAÇÃO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. 1. O ato que indeferiu a progressão funcional por merecimento do servidor, ora Recorrente, foi embasado no fato de que ele esteve à disposição do Poder Executivo por 02 (dois) anos consecutivos, enquadrando-se, portanto, no impedimento contido no inciso II do art. 4º do Decreto Judiciário n.º 190/2000. **2. O Decreto regulamentador não pode inovar na ordem jurídica, dispondo de modo contrário ao que determina a norma que lhe é hierarquicamente superior, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.** 3. É o que ocorre, na hipótese, em que as condições definidas na Lei Estadual n.º 11.719/97 para a progressão funcional foram alteradas por ato normativo infralegal, qual seja, o Decreto Judiciário n.º 190/2000. **4. "Ao motivar o ato administrativo, a Administração ficou vinculada aos motivos ali expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tem aí aplicação a denominada teoria dos motivos determinantes, que preconiza a vinculação da Administração aos motivos ou pressupostos que serviram de fundamento ao ato. A motivação é que legitima e confere validade ao ato administrativo discricionário. Expostos os motivos, a validade do ato fica na dependência da efetiva existência do motivo. Presente e real o motivo, não poderá a Administração desconstituí-lo a seu capricho. Por outro lado, se inexistente o motivo declarado na formação do ato, o mesmo não tem vitalidade jurídica."** (RMS 10.165/DF, 6.ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 04/03/2002). 5. No caso dos autos, não mais existindo o único fundamento em que se embasou o ato administrativo, em face da revogação do inciso II do art. 4º do Decreto n.º 190/2000, inexistente fato concreto que obste a progressão funcional do Impetrante, sendo nulo o ato impugnado, por falta de motivação. 6. Recurso ordinário conhecido e provido (BRASIL, STJ, RMS 19013, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 03/11/2009, grifo nosso).

Aqui, esta jurisprudência se refere a duas situações. No caso retratado, um Decreto regulamentador, que é ato administrativo da espécie normativo, previu um caso de progressão

funcional por merecimento não abarcado em lei, o que gerou sua anulação, por ofensa ao princípio da legalidade. Apenas uma lei poderia alterar a lei sobre as condições para progressão funcional por merecimento, e não uma norma infralegal. Desta forma, com a revogação do Decreto regulamentador, que feriu o ordenamento jurídico, já que o Administrador quis fazer papel do legislador para prever situações, sem respeitar a separação dos Poderes, os atos administrativos que tinham como motivo tal Decreto foram desconstituídos, já que não existia mais o motivo para validar a conduta administrativa. É o que dita a Teoria dos Motivos Determinantes, pois que se deve demonstrar a ocorrência dos motivos declarados no momento da edição do ato administrativo, e se este restar falso ou inexistente, o respectivo ato será nulo.

Por tudo que foi exposto, não se pode conceber como absoluta a afirmativa de que o Poder Judiciário não pode fazer controle no mérito administrativo. Sabe-se que a discricionariedade foi outorgada ao administrador pela lei, contudo deve esta sempre pautar pela legalidade e pelo fim da função administrativa, que é alcançar o interesse público.

6 CONCLUSÃO

Pelo que foi analisado nesta pesquisa, percebe-se que o controle dos atos administrativos é uma matéria que se perpassa não somente na seara administrativa, mas também na constitucional.

Para entender melhor o controle dos atos administrativos e seus limites, necessário é abordar a história da Tripartição das Funções estatais. Na antiguidade, os pensadores gregos já entendiam a importância de limitar o poder estatal. Platão e Aristóteles tinham como sistema injusto e frágil atribuir poder a apenas uma autoridade pública, e para este último filósofo, o governo deveria ser dividido em três segmentos, quais sejam, corpos deliberativos (votavam sobre os negócios e atos do Estado), magistrados (curiosamente, eram os que aplicavam as decisões dos corpos deliberativos) e juízes (os que possuíam jurisdição).

Com a Idade Média e o advento dos feudos, a Teoria em questão ficou adormecida, mas foi com o início da Idade Moderna, mais precisamente no Século XVII que a ideia tomou força. John Locke, pensador inglês, dividiu os Poderes do Estado em três esferas, quais sejam: Executivo, Legislativo e Federativo. Para o autor, a função jurisdicional não estava separada do Executivo, já que se ocupava da administração total das leis. Não obstante, Montesquieu, em sua obra, “Do Espírito das Leis”, teceu a Teoria da Tripartição das Funções como se conhece atualmente. Foi dele a ideologia empregada pela burguesia francesa ao derrubar o regime absolutista na França.

Assim, com o crescente emprego da Separação dos Poderes pelos estados modernos, pôde-se implementar a liberdade do homem frente ao governo, para a erradicação dos abusos e arbitrariedades da autoridade absolutista. Assim, se delimitou quais funções do Estado podem se dividir e conviver de forma independente, que são a legislativa, a jurisdicional e a administrativa.

A função legislativa se refere ao ato de editar regras gerais e abstratas tendentes a constituir direitos e deveres ao povo de um Estado, sendo responsável, segundo a Constituição Federal de 1988, o Poder Legislativo, já a função jurisdicional é aquela em que se permite julgar quem desrespeite o ordenamento jurídico daquele território, atributo específico do Poder Judiciário e a função administrativa é a gestão de bens e interesses públicos visando o bem comum, que representa a esfera de dever do Poder Executivo. Logo, infere-se que as funções do poder estatal foram demarcadas sem invadir a outra esfera, contudo sabe-se que para uma harmoniosa existência do Estado, deve-se permitir que controles sejam feitos de um Poder sobre o outro.

Ademais, quando o assunto é controle de ato administrativo, precisa-se permitir conhecer melhor sobre esta forma de manifestação da Administração Pública. O ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato resguardar, adquirir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigação aos administrados ou a si própria.

Por este conceito dá para deduzir a tamanha importância deste instituto para o ordenamento jurídico brasileiro, pois que o ato administrativo pode alterar o patrimônio jurídico de certo indivíduo, seja para retirar ou conceder um direito seu.

Destarte, os atos administrativos possuem cinco elementos, quais sejam, competência, finalidade, motivo, objeto e forma, que devem ser corretamente preenchidos, sob pena de inexistência ou ineficácia dos mesmos. São desses elementos que se analisam o controle dos atos administrativos.

Fato é que a própria Administração Pública pode exercer controle sobre seus próprios atos administrativos, anulando-os, em caso de ilegalidade, ou revogando-os, em caso de conveniência e oportunidade, em detrimento do regime jurídico administrativo, especialmente a autotutela.

Contudo, ressalta-se que no Brasil é adotado o Sistema de Jurisdição Una, em que a jurisdição pertence unicamente ao Poder Judiciário, conseqüentemente os atos administrativos podem ser apreciados pelo Poder Judiciário, já que não há coisa julgada no procedimento administrativo, como em outros países europeus. Desta forma, o Poder Judiciário pode exercer controle sobre os atos administrativos, mas esta não é dada de forma ilimitada.

O Poder Judiciário poderá realizar controle nos atos administrativos no quesito legalidade, ou seja, inferindo se o administrador respeitou os limites da lei para a edição daquele ato, respeitando também os ditames constitucionais, sem a violação do interesse público, principalmente. Ademais, o Poder Judiciário poderá também intervir na razoabilidade e proporcionalidade do controle de mérito do ato administrativo, visto que estes são princípios implícitos da Administração Pública, a que deve seguir. O que não é permitido ao Poder Judiciário é o controle da discricionariedade administrativa, ou então, a conveniência e a oportunidade do administrador, sob pena de violar a Separação dos Poderes e exercer a função administrativa a que não foi confiada, segundo a Constituição da República de 1988.

O Poder Legislativo controla os atos da Administração Pública na esfera política e financeira. Ora, conhece-se que a Administração Pública pode editar normas para fiel execução da lei, através do Poder Regulamentar, mas se exacerbado este poder administrativo,

editando atos normativos que ultrapassem o que foi disposto em lei, o Poder Legislativo pode realizar o controle, a fim de que seja respeitada sua função típica, que a só ele foi atribuído.

Ademais, não se pode esquecer que o ato administrativo pode ser controlado politicamente pelo Poder Legislativo, não sendo apenas no quesito legalidade, mas também no mérito administrativo, como por exemplo quando o Congresso Nacional e o Senado possuem competência para apreciar preventivamente ou subsequentemente os atos do Poder Executivo, já que o ato precisaria de uma autorização (decreto legislativo ou resolução) para ser levada em efeito.

Desta forma, o controle dos atos administrativos é de extrema importância para o Estado Democrático de Direito, visto que busca coibir as arbitrariedades e abusos dos administradores da máquina pública frente aos administrados.

Sabe-se que controlar o poder estatal é garantir a liberdade do povo, já que o governante não pode mais administrar a seu bel-prazer. Pelo contrário, deve ele alcançar o interesse público, governando o Estado de forma a concretizar não seus ideais, mas o que democraticamente os governados precisam.

Manifestações administrativas arbitrárias não podem causar efeitos, porque além de poderem ser anulados através do controle do Poder Legislativo e Poder Judiciário, ferem todo o regime jurídico administrativo. Assim, a tripartição harmônica entre as funções estatais colaboram com os controles dos atos administrativos, principalmente no que se refere à usurpação de funções de um Poder sobre o outro, ou então no dever de se atentar estritamente à legalidade das normas, que à Administração somente é dado editar suas manifestações com a permissão da lei.

Por tudo isso, deve-se ressaltar a importância do controle dos atos administrativos, para que possam ser adequados ao ordenamento jurídico, pois que se possuem a presunção de legitimidade, os atos administrativos devem ser editados conforme as normas e princípios vigentes, pretendendo sempre alcançar o interesse coletivo.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Armando. **A teoria lockeana da separação de poderes**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>>. Acesso em: 15 de setembro de 2015.
- ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito administrativo esquematizado**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. São Paulo: Método, 2011
- BATSCHAUER, Rafaela Berger de Souza. **A Influência da Teoria da Tripartição dos Poderes Defendida por Montesquieu na Constituição da República Federativa Do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Rafaela%20Souza%20Batschauer.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2015.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html/ConstituicaoTextoAtualizado_EC90.pdf>. Acesso em: 23 de setembro de 2015.
- _____, **Decreto-Lei nº. 200/67**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/orcamento/documentos/legislacao/decreto-lei-200/view>>. Acesso em: 15 de setembro de 2015.
- _____, **Lei nº. 5.869/73**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-normaatuizada-pl.pdf>>. Acesso em: 15 de Setembro de 2015.
- _____, **Lei nº. 13.105/15**. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13105-16-marco-2015-780273-publicacaooriginal-146341-pl.html>>. Acesso em: 15 de setembro de 2015.
- _____, **Lei nº. 4.717/65**. Regula a Ação Popular. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4717-29-junho-1965-377818-normaatuizada-pl.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2015.
- _____, **Lei nº. 9.784/99**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9784-29-janeiro-1999-322239-normaatuizada-pl.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2015.
- _____, **Lei nº. 5.172/66**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e Institui Normas Gerais de Direito Tributário Aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5172-25-outubro-1966-358971-normaatuizada-pl.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2015.

_____, **Lei nº. 8.112/90.** Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8112-11-dezembro-1990-322161-norma-pl.html>>. Acesso em: 15 de setembro de 2015.

_____, **Lei nº. 7.347/85.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7347-24-julho-1985-356939-norma-actualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2015.

_____, Superior Tribunal de Justiça.REsp 169.876.Rel Min José Delgado. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 21/09/1998, disponível em: <www.stj.jus.br>.

_____, Supremo Tribunal Federal.MS 27160. Rel. Min. Joaquim Barbosa, **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília,05/03/2009, disponível em: <www.stf.jus.br>.

_____, Supremo Tribunal Federal.RE 452.721. Rel. Min. Gilmar Mendes, **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília,22/11/2005, disponível em: <www.stf.jus.br>.

_____, Superior Tribunal de Justiça.RMS 19013. Rel. Min. Laurita Vaz, **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília,03/11/2009, disponível em: <www.stj.jus.br>.

_____, Superior Tribunal de Justiça.RMS 15.959. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília,10/04/2006, disponível em: <www.stj.jus.br>.

_____, Superior Tribunal de Justiça.RMS 14967. Rel. Min. Vicente Leal, **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília,22/04/2003, disponível em: <www.stj.jus.br>.

_____,Superior Tribunal de Justiça.REsp 429570. Rel. Min. Eliana Calmon, **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília,22/03/2004, disponível em: <www.stj.jus.br>.

_____, Superior Tribunal de Justiça.REsp 813.408. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 15/06/2009, disponível em: <www.stj.jus.br>.

_____, Superior Tribunal de Justiça.REsp 725.537. Rel. Min. Felix Fischer, **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 01/07/2005, disponível em: <www.stj.jus.br>.

_____, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 346. A Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos.**Diário de Justiça da União**, Brasília, 13/12/1963.

_____, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473.A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.**Diário de Justiça da União**, Brasília, 10/12/1969, p. 5929.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional:** teoria do Estado e da constituição direito constitucional positivo. 13. ed. rev. atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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

COUCEIRO, Julio Cezar. Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 15 de setembro de 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 802, 13 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7258>>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Fundamentos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DECLARAÇÃO dos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FRANCO JÚNIOR, Hilário. **A Idade Média: nascimento do ocidente**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Brasiliense, 2001.

GABRIEL, Ivana Mussi. Poder regulamentar no sistema jurídico brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2199, 9 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13119>>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

GONÇALVES, Eduardo Chiari. A Ação Direta de Inconstitucionalidade contra Leis e Atos Administrativos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 47, nov 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2592>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 7 ed. Niterói: Impetus, 2013.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo**. 14 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.