



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

FRANCISCO GEORGE DE OLIVEIRA GONÇALVES

O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO
DISCRICIONÁRIO EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE
E PROPORCIONALIDADE

SOUSA - PB
2011

FRANCISCO GEORGE DE OLIVEIRA GONÇALVES

O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO
DISCRICIONÁRIO EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE
E PROPORCIONALIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. José Idemário Tavares de Oliveira.

SOUSA - PB
2011

FRANCISCO GEORGE DE OLIVEIRA GONÇALVES

O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO EM
FACE DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas
e Sociais da Universidade Federal de
Campina Grande, como exigência parcial
para obtenção do título de bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor José Idemário Tavares
de Oliveira.

Banca examinadora:

Data de Aprovação: _____

Prof.^a José Idemário Tavares de Oliveira

Orientador

Jailton Macena de Araújo

Alexandre da Silva Oliveira

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me deu luz para a realização deste trabalho. Permitiu que, pelas adversidades que sofri durante esse pedaço da longa caminhada que se chama vida, estar aqui nesse momento, cheio de vida, com fé e certo de que um futuro próspero está por vir.

Agradeço aos meus pais (Oliveira e Joana) pela dedicação com que conduziram nossa família e proporcionaram uma linda educação aos seus três filhos, sempre com amor, carinho e paciência.

Agradeço a minhas irmãs Geany e Georgia que sempre tiveram do meu lado, com compaixão, me ajudando quando mais precisei.

Agradeço aos colegas de República, segunda família que tive nesta urbe e que pelos maus e bons momentos, proporcionaram momentos felizes que sempre levarei para a vida.

Agradeço a meu Orientador Idemário Tavares que com parcimônia e elegância me orientou na feitura deste trabalho.

Agradeço também a todos os professores, demais funcionários da Universidade e amigos com que convivi durante esses anos, que sem duvida nenhuma vão ficar marcados na bela lembrança que levarei deste campus.

RESUMO

O controle da atividade administrativa discricionária feita pelo Poder Judiciário pode ser realizado tendo como parâmetro de análise além da lei em sentido estrito, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, podendo esse poder quando do referido controle, fazer uso dos princípios já citados, penetrando na discricionariedade administrativa e invalidando o ato administrativo caso não se amolde ao ordenamento jurídico. O trabalho perfaz desde a expressão da atividade administrativa através da divisão dos três poderes e tendo os poderes administrativos como apanágios necessários para a realização da finalidade da administração pública, chegando-se aos elementos norteadores da discricionariedade que afixam ao administrador público a regalia de decidir mediante a possibilidade de inúmeras condutas a que melhor atinja a finalidade social que tem na 'razoabilidade e proporcionalidade' a própria limitação de sua liberdade discricionária, uma vez que os mesmos têm por função impedir as arbitrariedades cometidas pela administração pública em detrimento dos direitos dos cidadãos. Desta análise deduz-se que apesar da função administrativa ser exercida essencialmente pelo Poder Executivo, ela pode ser exercida pelos outros poderes através de atos de natureza administrativa, sendo estes submissos não somente as leis mas também ao direito consubstanciado nos princípios constitucionais, neste caso os da proporcionalidade e razoabilidade. Analisa pois, que aos princípios não se propiciou apenas o controle dos atos administrativos discricionários, mas sim o impedimento por parte do administrador de tomar decisões que não reflitam o interesse público que é a finalidade da atividade administrativa.

Palavras – chave: Ato administrativo. Proporcionalidade. Razoabilidade. Discricionariedade.

ABSTRACT

Control of discretionary administrative activities performed by the judiciary can be accomplished with as a parameter of analysis beyond the law in the strict sense, the principles of reasonableness and proportionality, can this power when control of that, making use of the above mentioned principles, penetrating the administrative discretion and invalidating the administrative act if it conforms to the legal. The work makes the expression from the administrative activity by dividing the three powers with the administrative powers and prerogative as necessary to carry out the purpose of government, coming to the elements guiding the discretion to bail the public administrator to decide upon the privilege the possibility of numerous behaviors that best achieve the social purpose that has the 'reasonableness and proportionality' the very limit of their discretionary freedom, since it has a function to prevent the outrages committed by the government at the expense of citizens' rights. From this analysis it appears that despite the administrative function is exercised mainly by the executive branch, it may be exercised by other powers through acts of an administrative nature, which are compliant not only laws but also the right embodied in constitutional principles, in this case proportionality and reasonableness. Analyses therefore, that the principles provided not only the control of discretionary administrative acts, but the impediment by the administrator to make decisions that do not reflect the public interest that is the purpose of administrative activity.

Keywords: administrative act. Proportionality. Reasonableness. Discretion.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES, A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E O ATO ADMINISTRATIVO	9
2.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	9
2.2 A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA.....	11
2.3 ATOS ADMINISTRATIVOS.....	12
2.3.1 Atributos do Ato Administrativo	14
2.3.1.1 Presunção de Legitimidade.....	14
2.3.1.2 Imperatividade.....	15
2.3.1.3 Executoriedade.....	16
2.3.2 Elementos do Ato Administrativo	16
3 PODERES ADMINISTRATIVOS, DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA	20
3.1 DOS PODERES ADMINISTRATIVOS.....	20
3.2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	24
3.3 CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	27
3.3.1 Controle Administrativo	30
3.3.2 Controle Legislativo	32
3.3.3 Controle Judicial	35
4 DOS PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE COMO EFETIVADORES DO CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA	40
4.1 DOS PRINCÍPIOS.....	40
4.2 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.....	41
4.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	44
4.3 OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE COMO EFETIVAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA.....	46
5 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como tema o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sendo assim, tem como finalidade a concatenação de ideias, mostrando a possibilidade do Poder Judiciário no controle da atividade administrativa, utilizando-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, adentrar na discricionariedade administrativa anulando o ato administrativo caso não se adeque ao ordenamento jurídico.

Quanto à metodologia do trabalho utilizou-se basicamente, dentre os métodos de abordagem, o dedutivo, pela visão do controle judicial dos atos administrativos para se chegar ao controle específico da discricionariedade administrativa em face de princípios constitucionais. Pela técnica de pesquisa, fez-se uso do método de pesquisa bibliográfica, com base em material já elaborado e buscado nas fontes do Direito, Administrativo e Constitucional, constituído principalmente de livros e artigos publicados na internet.

O desenvolvimento da pesquisa toma por suporte a Constituição Federal de 1988, as ideias de Germana de Oliveira Moraes sobre a limitação da atividade administrativa discricionária pelo Poder Judiciário, chegando a falar de discricionariedade zero, bem como Jorge Miranda que trata da força normativa dos princípios constitucionais e J.J Gomes Canotilho que baseado na doutrina e jurisprudência alemã trata do alcance dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no controle da atividade administrativa discricionária. Foi utilizado também as doutrinas dos grandes pensadores do direito administrativo e constitucional pátrio, como Bandeira de Mello, Hely Lopes, Di Pietro, Carvalho Filho, Cretella Jr, Gasparini, Seabra Fagundes, Fernandes Oliveira e José Afonso da Silva.

Este trabalho foi dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo tenta mostrar como a atividade administrativa se expressa, explicando primeiramente a divisão do poder estatal em três poderes ou funções e o sistema de controle entre elas, a função administrativa, como função típica do Poder Executivo e atípica dos poderes Legislativo e Judiciário, como também sua forma materializada e palpável que é o ato administrativo, com suas especificidades e variadas formas.

No segundo capítulo, trabalha-se com a ideia dos poderes administrativos, como verdadeiras prerrogativas necessárias para que a Administração Pública realize sua finalidade, dando ênfase à discricionariedade administrativa como um desses poderes, dissecando-a sob suas várias facetas e analisa o controle da atividade administrativa sendo exercido pelos próprios órgãos internos de cada Poder que a executa, e pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

Já no terceiro capítulo, mostra-se a nova visão do ordenamento jurídico formado pelas leis e também pelos princípios, vislumbrando-se o papel destes princípios na nova dogmática constitucional, como também analisa a figura específica dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade como efetivos limitadores da liberdade discricionária do administrador, tendo em vista que a noção de garantia dessas verdadeiras bandeiras jurisprudenciais lhes dá a função de tentar impedir as arbitrariedades cometidas pela Administração Pública em detrimento dos direitos dos cidadãos trazidos pela Constituição Federal, sob o manto da utilização da discricionariedade administrativa.

Sendo assim, nas páginas posteriores estuda-se o controle da atividade administrativa discricionária pelo Poder Judiciário tendo como critérios além da lei em sentido estrito, os princípios constitucionais explícitos ou implícitos no texto da carta magna, incluindo nesse rol os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mas como se realizar esse controle sem ferir o princípio da separação dos poderes, sem usurpar a competência do detentor da conduta administrativa?

2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES, A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E O ATO ADMINISTRATIVO

O estudo da separação dos poderes torna-se necessário para que se entenda o controle das funções estatais e quais as funções típicas e as funções atípicas exercidas por cada um dos poderes, para que se chegue à função administrativa, função típica do Poder Executivo e exercida atipicamente pelo Poder Legislativo e Judiciário consubstanciada basicamente através do ato administrativo.

2.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

O Estado tem como destino a realização das necessidades coletivas e a proteção da sociedade, através da concentração do poder na autoridade, ou seja, as pessoas abdicam parcela de sua liberdade para que se forme o Estado capaz de lhe fornecer segurança e vivência harmônica.

O Estado nas palavras de Scorsim (2008):

[..] é uma instituição criada pelos povos para cuidar da gestão da sociedade. É a instituição que detém o poder político para possibilitar a coexistência humana, servindo tanto para reprimir condutas anti-sociais quanto para promover condutas qualificadas como positivas para a comunidade. E para cumprir funções de interesse coletivo e de defesa dos interesses individuais, a sociedade – ou representantes da sociedade – promove a organização do poder político mediante instrumentos jurídicos.

O Poder do Estado é o chamado poder político, baseado na ideia de possibilidade de violência legítima ou coercibilidade. É a Constituição de um povo que institui o poder público, através do Poder Constituinte. O parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988 traz como titular do poder o povo, sendo exercido esse poder pelos representantes indicados por esse povo.

Para o Estado chegar à atual conjuntura, perpassou por vários momentos, da concentração de poder nas mãos do rei no Estado Absoluto até o Estado Democrático de Direito, em que se vê o poder estatal não mais nas mãos de uma só pessoa e sim estratificado na sociedade, calcado no respeito à liberdade e a lei.

Vários pensadores trabalharam a ideia de tratamento a ser dado a esse poder que a figura jurídica do Estado possui. Sendo eles, Aristóteles, Montesquieu, Locke, Rosseau. Foi Aristóteles, no seu livro Política, que primeiro tratou sobre divisão do Poder do Estado, mas foi Montesquieu no clássico *L'esprit des Lois* que esquematizou o Poder do Estado em três funções, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Nesse sentido Montesquieu *apud Alexandre de Moraes* (2008, p. 405), sobre o equilíbrio entre os poderes:

Precisa-se combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir. Sendo seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual será, por seu turno, pelo Legislativo. Esse três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto.

Sendo assim, nessa formação os poderes controlam-se reciprocamente e impedem que os outros se usurpem de suas funções, na ideia dos freios e contrapesos.

As idéias do Barão foram por demais louváveis, sendo que foi ele o primeiro a esquematizar o poder estatal dividindo-o em três poderes, Legislativo, Executivo e Jurisdicional, mas tendo em vista a evolução por que o Estado sofreu ao longo dos tempos, essa interpretação da tripartição dos poderes rígida não mais pode ser aplicada. Celso Bastos *apud Oliveira* (2007, p. 21) assim explica essa mudança: “o esquema inicial rígido, pelo qual uma dada função corresponderia a um único respectivo órgão, foi substituído por outro onde cada poder, de certa forma, exercite as três funções jurídicas do Estado”. Nesse diapasão, o órgão teria uma função primordial, mas exerceria outras de forma “excepcional”, verdadeiras “funções atípicas, quer dizer, próprias de outros órgãos”.

Dessa forma os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário compõem o poder do Estado que é uno e indivisível. A separação dos poderes foi na ordem constitucional brasileira de 1988 esculpida pela não separação de fato e sim pela inter-relação desses poderes, que não são independentes e sim autônomos.

Assim dispõe o art. 2º da Constituição Federal de 1988, dispositivo que institui o princípio da separação dos poderes: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Konrad Hesse traduzido por Afonso Heck (1998, p. 378) aborda o princípio da separação dos poderes como sendo “princípio de constituição, racionalização, estabilização e limitação do poder estatal, o princípio da separação dos poderes é o princípio fundamental organizacional da Constituição”.

O juiz do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, portanto vê o princípio da separação dos poderes como sendo um dos pilares da ordem constitucional, funcionando como “autogarantia” do sistema constitucional.

2.2 A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Como visto o Poder Estatal foi dividido em três. Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Qual parte cabe a cada um de parcela de poder? Primeiramente é notável salientar que a divisão dos poderes não é fixo, rígido, possuindo cada um dos Poderes uma função típica, como também outras de maneira atípica.

Fagundes (2010, p. 21), explica que “o conjunto de atribuições de cada um dos órgãos do Poder Público não coincide com o conteúdo de cada uma das funções estatais a eles nominalmente correspondentes”. Continuando no raciocínio do grande doutrinador os critérios material e formal seriam capazes de conceituar as funções de cada poder. Material seria quando o ato praticado “pela sua natureza peculiar, está contido no âmbito de suas funções”. Formal seria de acordo com o órgão do qual o ato foi emanado.

A doutrina diverge quando se fala em critérios para a divisão das atribuições das funções estatais, principalmente na dicotomia formal e material. Oliveira (2007, p. 43) aborda sobre o assunto dizendo que os autores que utilizam o critério material

baseiam suas ideias nas de Montesquieu que dividiu materialmente as funções, mas segundo o mesmo autor esses que se utilizam do critério material, acabam por necessidade de explicar os atos atípicos praticados por órgãos de outros poderes se utilizando do critério formal.

A função administrativa seria “aquela pela qual o Estado determina situações jurídicas individuais, concorre para a sua formação e pratica atos matérias” (FAGUNDES, 2010, p. 8). Como foi visto não mais é cabível essa definição tendo em vista que se vislumbra a prática dos atos atípicos, ou seja, a prática de atos de função diferente da qual o agente representa.

Bem mais completa é a definição de função administrativa proposta por Oliveira (2007, p.45):

Função administrativa é a atividade exercida pelo Estado ou por quem faça as vezes, como parte interessada em relação jurídica estabelecida sob a lei ou diretamente realizada através de decretos expedidos por autorização constitucional, para a execução das finalidades estabelecidas no ordenamento jurídico.

Esmiuçando o conceito acima têm-se que a função administrativa não é somente aquela em que o Poder Executivo realiza suas atividades, mas sim também quando o Poder Judiciário e o Poder Legislativo praticam atos que materialmente são de natureza administrativa ou como melhor se possa afirmar, são produzidos sob regime jurídico administrativo. Como características dessa função ainda pode-se vislumbrar a submissão ao estrito cumprimento ao que determina a lei.

2.3 ATOS ADMINISTRATIVOS

A conceituação de determinados termos jurídicos, como o conceito de ato administrativo não possui unanimidade por parte da doutrina administrativista e a lei não esboçou pretensão de conceituar o termo em questão, mas têm-se definições em que se pode exprimir os aspectos básicos relativos a uma generalidade de características essenciais para a criação, formação do ato administrativo.

Hely Lopes Meirelles (2010, p. 153), conceitua o ato administrativo, como sendo:

[...] toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Esmiuçando o conceito acima, o renomado autor tratou o ato administrativo como exercício do poder de império que a Administração Pública possui, e esse ato, como ato jurídico que é, reflete efeitos na esfera jurídica, tanto para a Administração quanto aos administrados. Portanto a característica maior desse conceito é a ideia de supremacia do interesse público.

Como se vê nesse conceito, nos atos que a Administração Pública não se vale do *ius imperii* que é intrínseca a sua função, não são vistos como atos administrativos e sim atos da administração, não dotados especificamente do regime jurídico administrativo.

Di Pietro, (2009, p. 190), é que traz esse conceito de ato da administração, como sendo um conceito bem mais amplo do que ato administrativo, sendo esse ato, todo aquele que for praticado no exercício da função administrativa, englobando nesse conceito os atos praticados pelos outros poderes da república em esfera administrativa. Nesse ínterim, a doutrinadora (2009, p. 196) define o que seja ato administrativo:

[...] como sendo a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância de lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Público.

Depreende-se então que o conceito de ato administrativo proposto por Di Pietro carrega consigo uma característica essencial, que no conceito de Hely não se vislumbra, que é o controle do ato administrativo sendo feito pelo Poder Judiciário, na clássica visão do sistema de controle recíproco proposto pelo iluminista Montesquieu.

Di Pietro (2009, p. 196) ao explicar o seu conceito de ato administrativo, na parte em que trata do respeito à legalidade e o controle desses atos pelo Poder

Judiciário, assim leciona; “As duas últimas características colocam o ato administrativo como uma das modalidades de ato praticado pelo Estado, pois o diferenciam do ato normativo e do ato judicial”. Como se depreende deste excerto, o ato administrativo com supedâneo nestas características torna-se passível de individualização.

2.3.1 Atributos do Ato Administrativo

O ato administrativo é uma modalidade de ato jurídico, como os atos privativos. Pois bem, pra diferenciá-lo dos demais, os atos administrativos possuem determinadas características que são verdadeiras ferramentas capazes de fornecer o necessário para que se respeitem os princípios norteadores da atividade administrativa, submetendo, assim, como bem diz Di Pietro, (2009, p. 197) “a um regime jurídico administrativo ou a um regime de direito público”. Sobre os atributos do ato administrativo assim leciona Mello (2010, p. 418):

Exteriorizam bem sua posição de supremacia — a qual, em rigor, não é senão a supremacia dos próprios interesses públicos --- a possibilidade de constituir os particulares em obrigações por ato unilateral, a presunção de veracidade e legitimidade de seus atos, a exigibilidade e a executoriedade dos atos administrativos.

Sendo assim, como atributos do ato administrativo, segundo o renomado professor, tem-se a presunção de legitimidade, a executoriedade e a imperatividade, mas valendo salientar que outros atributos são citados por outros doutrinadores, como no caso de Di Pietro, que relaciona a tipicidade como também sendo um atributo do ato administrativo.

2.3.1.1 Presunção de Legitimidade

De acordo com Mello (2010, p. 419) a presunção de legitimidade, "é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao direito, até prova em contrário". Esse atributo é extremamente necessário, para que o princípio da supremacia do interesse público seja respeitado, pois caso os atos administrativos não possuíssem essa prerrogativa a atividade administrativa estaria fadada ao insucesso da realização de suas atividades.

A supremacia do interesse público sobrepõe o interesse individual. Visto isso, o ato administrativo, manifestação do interesse coletivo, deve sobressair em relação aos interesses particulares nunca se esquecendo do postulado da legalidade, por isso até que se comprove a não adequação do conteúdo do ato com a legalidade não se pode obstaculizar os efeitos que lhe são próprios.

É importante ressaltar que essa presunção de que os atos administrativos coadunam-se com os meios legais é de natureza relativa ou *iuris tantum*.

É de bom alvitre se falar no que os doutrinadores chamam de perfeição do ato, em que o ato administrativo estaria perfeito e acabado, quando estejam presentes a eficácia e a exeqüibilidade. Pois bem, de acordo com esse pensamento o ato administrativo estaria pronto para gerar os seus efeitos quando depois de feito com respeito às formalidades exigidas por lei, ele estivesse apto para atuar e disponível para produzir seus efeitos, possuindo respectivamente eficácia e exeqüibilidade.

2.3.1.2 Imperatividade

Nas palavras de Carvalho Filho (2008, p. 111), imperatividade significa:

que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos quantos se encontrem em seu círculo de incidência (ainda que o objetivo a ser por ele alcançado contrarie interesses privados), na verdade, o único alvo da Administração Pública é o interesse público.

Portanto, imperatividade é o atributo do ato administrativo no qual a Administração Pública, caso ocorra o descumprimento do ato, pode usar da força

impositiva que lhe é própria para que seja cumprida ou executada a ordem emanada no ato administrativo.

2.3.1.3 Executoriedade

A executoriedade ou auto-executoriedade é uma característica peculiar da natureza do ato administrativo, consistindo na possibilidade do possuidor da função administrativa executar seus próprios atos, impondo aos administrados o cumprimento de plano do que está disposto no ato, sem necessidade de manifestação de outro poder.

Expondo sobre o assunto Carvalho Filho (2008, p. 112), explica que o fundamento jurídico da auto-executoriedade está em salvaguardar com rapidez e eficiência ao interesse público. Assim este atributo tem sido muito utilizado no poder de polícia, em que o interesse público deve ser logo garantido.

Vale à pena salientar, que esse atributo não é absoluto, existem determinados casos em que o Poder Público é restringido a obstar os efeitos do ato, como bem citado por Carvalho Filho (2008, p. 113), no caso de cobrança de multa ou desapropriação. Existe também a possibilidade do administrado valendo-se do princípio da inafastabilidade da jurisdição, direito fundamental insculpido no art. 5º, XXV da CF/88, alegar violação a normas ou a procedimentos essenciais e que o Poder judiciário conceda liminar, em que os efeitos do ato serão cessados até que seja julgada a lide.

2.3.2 Elementos do Ato Administrativo

A doutrina diverge quanto à nomenclatura e a quantidade de elementos do ato administrativo. Alguns preferem chamar de requisitos do ato administrativo, como Hely (2005, p.134). Já outros preferem elementos, como Di Pietro (2009, p. 202). Deixando de lado essa celeuma, a Lei nº 4.717/65, a Lei da Ação Popular, no

seu art. 2º ao tratar dos atos nulos, acaba por expressar o rol de elementos dos atos administrativos, sendo eles competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Nessa mesma visão do dispositivo legal supracitado, Cretella Junior (1977, p. 24), assim aborda os elementos do ato administrativo:

Enfim, não é para desprezar-se, no ato administrativo, a presença de pelo menos cinco elementos: a manifestação da vontade, impulso gerador que emana de órgão da Administração provido de competência legal; o motivo, ou razão do ato, que não é livre, como no campo das relações privadas, mas tem de ser estritamente legal, assentando sempre no interesse público; o objeto que reside na modificação que pelo ato, se traga a ordem jurídica; a finalidade, que é o resultado prático que se procura alcançar com aquela modificação da ordem jurídica; a forma meio pelo qual exterioriza.

Sendo assim, o ato, seguindo a Lei de Ação Popular e o posicionamento do referido autor, cinco são os seus elementos. Pois bem, a competência ou sujeito como é denominado por Di Pietro (2009, p. 203): "é aquele a quem a lei atribui para a prática do ato". Nessa visão, dando ênfase a certa solenidade necessária para salvaguardar os interesses públicos, o sujeito que praticara o ato deve possuir capacidade nos moldes da legislação civil, como também a lei deve lhe atribuir competência. Portanto, é a lei quem fixa a competência, seja a Constituição Federal quando fixa a competência dos entes administrativos da federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), seja a legislação infraconstitucional ao fixar a competência dos servidores e órgãos administrativos.

A Lei nº 9.784/99, lei que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito federal, no seu art. 11, possui em seu conteúdo as características da competência, senão veja: "Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos".

Pelo exposto, têm-se como características da competência a irrenunciabilidade e a possibilidade de avocação e delegação, somente ocorrendo quando a lei expressamente permitir.

O objeto é o elemento do ato administrativo que permite visualizar a sua natureza jurídica, ou seja, a derivação de ato jurídico, sendo assim a principal característica dos atos jurídicos é a produção de efeitos na ordem jurídica. Em

outras palavras é através deste elemento que os efeitos jurídicos do ato administrativo são vistos.

Dessa forma, o objeto são os efeitos jurídicos produzidos pelo ato de maneira imediata, é a causa primeira, é a finalidade palpável do ato administrativo.

Partindo de uma visão simplista a forma, é o elemento do ato administrativo por meio do qual o ato se exterioriza, é a sua forma de apresentação. O art. 22 da Lei nº 9.784/99, dispõe que os atos administrativos “não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”. Como visto caso a lei não determine especial modo de exteriorização do ato administrativo, ela pode ser feita sem formalidades, não se podendo esquecer que os atos devem ser produzidos por escrito e em vernáculo, de acordo com o que determina o § 1º do art. 22 da referida lei.

Sobre a importância da forma no Direito Administrativo:

No direito administrativo, o aspecto formal do ato é de muito maior relevância do que no direito privado, já que a obediência à forma (no sentido estrito) e ao procedimento constitui garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração. (DI PIETRO, 2009, p. 208).

Segundo esse entendimento, a forma serviria como uma verdadeira barreira impedindo que os direitos da população e o respeito à realização da atividade administrativa de acordo com os ditames legais sejam violados.

Outro elemento do ato administrativo é a finalidade, que nas palavras de Carvalho Filho (2008, p. 110), “é o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público”.

Portanto, a finalidade do ato administrativo é a realização dos interesses da sociedade, visto que o realizador do ato administrativo é nada mais que o representante dos verdadeiros titulares do poder no Estado Democrático, ou seja, os administrados. Sendo assim, não se vislumbra finalidade diferente para o ato administrativo que não seja a realização do bem comum, a realização dos anseios do povo.

É interessante ressaltar a dupla interpretação do termo finalidade, visto que pode ser interpretado como o específico resultado pretendido pela Administração ou como a realização do interesse público. Esse elemento do ato administrativo é

diferente do objeto no aspecto em que o objeto consubstancia no efeito jurídico imediato do ato administrativo, enquanto a finalidade o efeito jurídico mediato. Consequentemente pelo que foi expresso em linhas anteriores os efeitos jurídicos dos atos administrativos é a junção dos elementos finalidade e objeto.

O motivo pela análise do caput do art. 50 da Lei nº 9.784/99, são os fatos e os fundamentos jurídicos que levaram a prática do ato. Di Pietro (2008, p. 210), explica o fundamento jurídico como o dispositivo de lei em que o ato baseia-se, já o fato, ou pressuposto de fato como autora denomina seria o conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que a Administração tomou em conta para a produção do ato.

Há divergência entre várias vozes quando se trata do elemento motivo do ato administrativo, seja quando se trata da sua obrigatoriedade ou quanto ao termo motivação. Continuando no mesmo pensamento da doutrinadora acima citada, a motivação seria a exposição dos motivos, é a demonstração de que os pressupostos existiram. Quanto à obrigatoriedade da motivação o art. 50 da Lei do Processo Administrativo Federal, nos seus incisos determina quando será tida como obrigatória a motivação do ato (DI PIETRO, 2008, p. 210).

Os elementos dos atos administrativos constituem verdadeiros pressupostos de validade do ato e que caso algum ato seja praticado em discordância com esses pressupostos, este ato estará contaminado com vício de legalidade, tornando passível assim esse ato de anulação. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 97).

Vê-se a importância dos elementos dos atos administrativos, que além de ser pressupostos de validade, também são verdadeiras garantias para os administrados, visto que o respeito a esses elementos é a certeza que o interesse público vai ser atingido.

3 PODERES ADMINISTRATIVOS, DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Os poderes administrativos são prerrogativas conferidas a Administração Pública para que consiga realizar sua finalidade primordial que é a realização das necessidades coletivas. A discricionariedade administrativa é uma dessas prerrogativas. O administrador na busca da realização do bem coletivo não pode cometer arbitrariedades, dessa forma sua atividade é controlada através de mecanismos dos órgãos dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário.

3.1 DOS PODERES ADMINISTRATIVOS

A função administrativa tem como escopo fundamental a satisfação dos interesses coletivos, a realização do bem comum. Todo ato administrativo, como foi visto tem como finalidade ultima sempre, a busca do bem comum. Sendo assim para que a Administração possa chegar a essa finalidade ela possui prerrogativas, que sem elas não seria possível realizar.

Nessa lógica Carvalho Filho (2008, p. 42) conceitua os poderes administrativos, como “conjunto de prerrogativas de direito publico que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins”.

Não existe unanimidade na doutrina no tocante a quais seriam esses poderes administrativos. Di Pietro (2009, p. 89), diz serem poderes administrativos o poder normativo, o poder disciplinar, o poder de policia e os “decorrentes de hierarquia”. Já Carvalho Filho (2008, p. 42 a 62) trata como sendo poderes administrativos o poder discricionário, o poder regulamentar e o poder policia. Para esse doutrinador a Hierarquia e a disciplina seriam na verdade “fatos administrativos”.

Fazendo uma analise sobre a diagramação feita pelos mestres sobre os poderes administrativos, nesse trabalho englobar-se-á como sendo poderes da administração o poder regulamentar ou normativo, o poder de policia, e os poderes

disciplinar e hierárquico, deixando a discricionariedade devido a sua importância para ser analisada em momento específico.

O Poder Normativo ou Regulamentar “é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação”. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 47)

Portanto, o Poder Regulamentar confere ao possuidor de parcela de competência de função administrativa a expedição normas, com características próprias de lei, como generalidade e abstração, para que se regulem leis, sempre de acordo com essa determinação legal.

Apesar das características próprias de lei, os atos normativos expedidos por esse poder regulamentar não podem inovar no mundo jurídico, eles somente cobrem lacunas interpretativas ou complementam a lei. E é por essa subordinação legal que se alocam esses atos como de natureza secundária, derivada.

Vozes surgem colocando os “decretos autônomos”, modalidade de decreto prevista na Constituição, como sendo normas de natureza jurídica originária, ou seja, que inovam a ordem jurídica existente. Assim dispõe o VI, a) do art. 84 da CF/88: “dispor, mediante decreto sobre: a) organização e funcionamento da administração federal quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”.

Assim Carvalho Filho (2008, p. 53), se posiciona sobre o tema:

Atos dessa natureza não podem existir em nosso ordenamento porque a tanto se opõe o art. 5º, II, da CF, que fixa o postulado da reserva legal para a exigibilidade de obrigações. Para que fossem admitidos, seria impositivo que a Constituição deixasse clara, nítida, indubitável, a viabilidade jurídica de sua edição por agentes da Administração, como o fez, por exemplo, ao atribuir ao Presidente da República o poder constitucional de legislar através de medidas provisórias (art. 62, CF).

O Poder de Polícia é talvez a prerrogativa mais importante conferida a Administração Pública para que se garanta a supremacia do interesse público, visto que a própria lei conceituou esse poder. A Lei nº 5.172 de 1966, o Código Tributário Nacional, no seu art. 78 aborda o tema da seguinte forma:

Art.78. Considera-se poder de polícia a 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 tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Como se depreende do dispositivo legal, o poder de polícia restringe liberdades e direitos dos administrados adequando-os aos ditames de interesse público. Como não podia ser diferente, tendo em vista o princípio da legalidade, as restrições que o poder de polícia exerce sobre os bens, direitos e liberdades dos cidadãos devem ser previstas por lei.

O parágrafo único do art. 78 do CTN, disciplina sobre quais os requisitos para que o exercício do poder de polícia seja tido como regular. Dessa forma será regular o 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”.

A polícia administrativa não se confunde com a polícia judiciária principalmente no tocante em que incide suas atividades. Enquanto a polícia judiciária atua sobre as pessoas, a polícia administrativa incide sobre bens, sobre direitos e sobre liberdades.

Marinela (2010, p. 206) ao tratar sobre os atributos do poder de polícia, adota a posição de Hely Lopes Meirelles, como sendo atributos deste poder a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade.

A lei é que determinará se o exercício do poder de polícia possuirá o atributo da discricionariedade. Se caso a lei deixe certa margem de apreciação para a Administração Pública para que no caso concreto decida sobre o exercício do poder de polícia esse poder possuirá discricionariedade. Mas se o legislador ao elaborar o texto legal fixar todos os elementos do ato, esse poder de polícia não conterà discricionariedade.

O atributo da autoexecutoriedade “é a possibilidade que tem a administração de, com os próprios meios, pôr em execução as suas decisões, sem precisar recorrer ao Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2009, p. 121). É atributo do próprio ato administrativo em geral.

A doutrinadora ainda fala sobre a divisão desse atributo em dois elementos, a exigibilidade e a executoriedade. A exigibilidade seria a utilização de “meios

indiretos” para a execução das decisões, tendo como exemplo a multa. Já na executoriedade, “a Administração compele materialmente o administrado, usando meios diretos de coação”. Nesse diapasão a coercibilidade é um consecutivo lógico do atributo da executoriedade, pois só é executável por causa da força material, ou seja, a coerção necessária para que a Administração Pública execute suas ações imediatamente sem interferência dos outros poderes do Estado.

Convém ressaltar, que a utilização dessa força que a polícia administrativa tem a faculdade de utilizar para que suas decisões sejam executadas deve ser proporcional ao fim que se deseja alcançar, pois caso não seja padecerá de ilegalidade.

O poder hierárquico é a prerrogativa que a Administração Pública possui para distribuir as funções de cada órgão administrativo estratificando de maneira escalonada, dar ordens, fiscalizar, como também revisar os atos praticados por subalternos. É através desse poder que se formam as relações de subordinação e coordenação entre os servidores, em que se trabalha com os institutos da delegação e avocação de funções.

É bom salientar, como Marinela (2010, p. 198), que essa “hierarquia é uma característica peculiar da função administrativa, independentemente do poder que a exerce”. Sendo assim, a relação de hierarquia estará presente quando os agentes do ‘Poder Legislativo’ ou Poder Judiciário estejam praticando atos de natureza jurídica administrativa, o que não acontece quando se estão no exercício de sua função típica, pois a atividade legislativa tem como fundamento a repartição de competências feita pelo Poder Constituinte e a atividade jurisdicional a independência no exercício de suas funções.

O Poder disciplinar é derivado do poder hierárquico, visto que a disciplina é aplicada tendo como fundamento a relação de subordinação entre os integrantes da Administração Pública. Pois bem, o poder disciplinar é o poder que o superior hierárquico pune as infrações funcionais dos servidores, como também as infrações praticadas por pessoas que se encontrem sujeitos à disciplina da Administração Pública.

3.2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A função administrativa tem como escopo primordial o interesse público, e para realizar esse objetivo ela possui alguns poderes que lhe capacita. Essa função como todas as outras funções do Estado, tendo em vista o Estado de Direito, no qual o Estado Brasileiro é inserido, devem respeito ao princípio da legalidade. A Constituição Federal no art. 5º, II, diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Portanto toda a função administrativa está calcada na ideia de respeito à lei.

É bom salientar que, por mais que o legislador tentasse, não seria capaz de regular todas as condutas necessárias para que se realize a função administrativa. Sendo assim, o legislador em alguns momentos abre margem para que diante de situações específicas o administrador usando da sua experiência da labuta diária, faça opção de como agir no exercício da função administrativa. A essa possibilidade de o administrador fazer esse jus valorativo dá-se o nome de discricionariedade.

Carvalho Filho (2008, p. 42) trata a discricionariedade como um dos poderes administrativos, conceituando-a como uma “prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público”. Continuando ele ainda explica os conceitos de conveniência e oportunidade, conveniência “indica em que condições vai se conduzir o agente”, já a oportunidade ao momento que deverá ser tomada a decisão.

A discricionariedade administrativa não se confunde com a arbitrariedade, visto que essa opção dada ao administrador é feita dentro das limitações impostas pelo comando legal, enquanto que na arbitrariedade a linha imposta pela lei é ultrapassada.

Oliveira (2007, p. 95), sobre a necessidade da discricionariedade assim fala: “justifica-se assim, a existência do poder discricionário sob três aspectos: a) impossibilidade material da previsão legislativa; b) impossibilidade lógica; e c) impossibilidade jurídica”.

Sobre o primeiro aspecto, o doutor paulistano (2007, p. 94), explica que, “as realidades são tão variáveis que seria praticamente impossível ao legislador prever todas as hipóteses de ocorrência ao mundo fático”. Em relação ao segundo aspecto

diz que “é logicamente impossível ao legislador transmitir comandos precisos e indubiosos aos administrados”, pois sempre deixara margem visto que os conceitos são “vagos”. Por fim ao tratar da impossibilidade jurídica, assim se expressa:

caso possível fosse ao legislador descer a minúcias e, utilizando-se da cibernética, pudesse prever, na atividade legiferante, todas as ocorrências possíveis, então teríamos, pura e simplesmente, a substituição de um órgão do poder pelo outro, ou seja, teríamos a supressão do órgão administrativo ou executivo.

Nesse diapasão, o Legislativo usurparia as funções do Executivo, infringindo o postulado da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal. Visto esses aspectos vê-se a necessidade da existência da discricionariedade, mas como a discricionariedade se expressa no exercício da função administrativa? As opiniões divergem.

Di Pietro (1991, p. 47) localiza a discricionariedade administrativa em quatro pontos, “quando a lei expressamente a confere à Administração”, quando ela não prevê todas as situações, a lei é “insuficiente”, “quando prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada” e no caso da utilização pela lei dos conceitos indeterminados.

Um ponto obscuro surge quando se trata dos conceitos jurídicos indeterminados, pois os conceitos sempre carregam com si limitações (OLIVEIRA, 2007, p, 94).

Dessa forma quando a lei trata, por exemplo, em moralidade pública, até aonde o administrador poderá levar a cabo essa definição, tendo em vista que a discricionariedade está limitada pelos fins da Administração? Esse questionamento é necessário para se afirmar a liberdade do administrador no exercício das funções utilizando da discricionariedade.

O princípio da juridicidade serve como parâmetro, a parcela cedida ao administrador pela lei para que exerça suas atividades, já vem enviesada de definições que de toda a forma já são validas perante o direito, vendo-se a atividade administrativa discricionária submissa não somente a lei, mas também em relação aos princípios jurídicos que regem o ordenamento constitucional.

Sobre o assunto assim explica Moraes (2004, p. 42), baseada na obra de Juarez Freitas:

Conclui-se, daí, que o ato administrativo vincula-se, em maior ou menor grau, não apenas à legalidade, senão que à totalidade dos princípios regentes das relações jurídico-administrativas, notadamente em respeito àqueles de vulto constitucional, para afirmar, com convicção que “a discricionariedade é invariavelmente vinculada aos princípios constitutivos do sistema jurídico” e que “a discricionariedade não vinculada aos princípios é, por si mesma, arbitrariedade.

Portanto, a lei apesar de preliminarmente parecer que deixou quantidade de subjetividade demasiada na mão do administrador, não foi isso que o legislador fez, na verdade esses conceitos estão limitados como já dito anteriormente pela finalidade da própria atividade estatal que é a realização do bem comum.

Outros critérios são utilizados para localizar a discricionariedade, como o faz Oliveira (2007, p. 103) analisando-a sobre o prisma dos elementos que formam o ato administrativo, chegando à conclusão de que dos cinco elementos que compõem o ato, competência; finalidade; forma; motivo e conteúdo, nos três últimos é perceptível a noção de discricionariedade. Isso porque segundo ele a “formalidade é sempre vinculante”, mas a forma não o é, e “o conteúdo é o próprio ato, motivo porque ele trará em seu bojo, a discricionariedade”.

Seguindo essa idéia, doutrinadores começaram a classificar o ato administrativo, em ato administrativo discricionário e o ato administrativo vinculado, de acordo com a fixação que a lei determinava aos elementos do ato administrativo. Se o legislador ao determinar que o ato seja realizado sem dar parcela de subjetividade nenhuma ao administrador, ou seja, vincule seus elementos, a esse ato administrativo dá-se o nome de ato administrativo vinculado. Exemplo de ato administrativo vinculado é trazido por Oliveira (2007, p. 89), o qual cita o art. 40, § 1º, II da Constituição Federal, este inciso determina a aposentadoria do servidor “compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição”.

Já o ato administrativo discricionário:

é a própria lei que autoriza o agente a proceder a uma avaliação de conduta, obviamente tomando em consideração a inafastável finalidade do ato. A valoração incidirá sobre o motivo e o objeto do ato, de modo que este, na atividade discricionária, resulta essencialmente da liberdade de escolha entre alternativas

igualmente justas, traduzindo, portanto, um certo grau de subjetivismo.(CARVALHO FILHO, 2008, p. 119)

É interessante notar, portanto, que nunca um ato administrativo será totalmente discricionário. Sempre haverá uma parcela de vinculação deixada pela lei. É visível nos elementos competência e finalidade. A competência sempre é definida pela lei, não se pode escolher se é competente ou não. A finalidade do ato administrativo, como da atividade administrativa é somente uma o interesse público, ou seja, sempre a realização dos interesses coletivos será o que a administração quer como fim da sua atividade.

3.3 CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

A atividade administrativa se baseia em dois princípios primordiais, que são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público. Sendo assim segundo o primeiro toda a atividade administrativa deve ser exercida sob o manto do que está disposto no comando legal. E pelo segundo a atividade administrativa deve possuir como finalidade a realização das necessidades coletivas, sempre o interesse público vindo em primeiro lugar.

Partindo dessas premissas, o controle da atividade administrativa existe para que esses postulados sejam respeitados, servindo como Carvalho Filho (2008, p. 837) ensina, de “garantia dos administrados e da própria administração”.

O controle da atividade administrativa, não se confunde com o controle político, visto que esse nasce das ideias de Montesquieu sobre a separação e a necessidade de harmonia entre os poderes, no que se chama de teoria dos freios e contrapesos, que segundo Marinela (2010, p. 921) tem como objetivo a “preservação e o equilíbrio das instituições democráticas”. O controle político, portanto tem seu fundamento na própria Constituição.

O controle da atividade administrativa “é o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos para fiscalização e revisão de toda atividade administrativa” (MARINELA, 2010, p. 922). Sendo assim, esse controle abarca toda a atividade administrativa, sendo exercida seja por órgãos do Executivo, Legislativo ou

Judiciário, ou seja, é o controle da matéria administrativa. Esse controle é feito pelos Poderes Legislativo, Judiciário e pelo próprio Poder Executivo.

Mas é importante salientar que Di Pietro (2009, p. 724) coloca o administrado como um participante de grande importância do controle da atividade administrativa, pois “pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo” e ainda traz a figura do Ministério Público, órgão bastante significativo no controle da Administração Pública, “em decorrências das funções que lhe foram atribuídas pelo art. 129 da Constituição”.

Como visto, nas palavras de Marinela, o controle é uma mistura de mecanismos jurídicos e administrativos. Pois bem, tratando sobre esses termos Carvalho Filho (2008, p. 837), diz que através deles:

desejamos realçar o fato de que há normas jurídicas de controle, como é o caso do controle judicial dos atos da Administração, e formas administrativas, como, é por exemplo, o pedido de certa comunidade à Prefeitura para o afastamento de vias públicas de trânsito.

Marinela (2010, p. 923) ao conceituar o controle da Administração Pública, traz a tona os termos fiscalização e revisão, necessários para explicitação de como ocorre esse controle. Sendo assim, fiscalização nas palavras da nobre doutrinadora “é o modo de atuação pelo qual se direcionam recursos humanos e materiais a fim de avaliar a gestão pública”. Já a revisão “consiste no poder de realizar uma nova análise do ato praticado e dos motivos que levaram o agente à prática do mesmo”.

Seguindo essa linha o controle da administração pública pode ser realizado concomitantemente e posteriormente a prática do ato administrativo. É posteriormente quando se analisa o controle através da característica da revisão, onde depois da prática do ato, a própria administração ou o poder judiciário pode anular o ato ou revogá-lo no caso da administração. O controle concomitante acontece quando parte-se da ideia de fiscalização, ou seja, da avaliação do que foi utilizado pelo administrador no momento da prática do ato.

Várias são as classificações feitas pela doutrina no que se atine ao controle da administração pública. Tendo em vista isso, toma-se como necessário a análise

de duas classificações importantes para que se veja a forma como esse controle é realizado e por quem é efetivamente realizado.

A primeira classificação é a proposta por Carvalho Filho (2008, p. 839) que classifica o controle em controle de legalidade e o controle de mérito. De acordo com ele o controle de legalidade: “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”. Nesse interim o controle de legalidade é uma verdadeira peneira, na qual o ato praticado é peneirado, e caso o ato não esteja de acordo com a Lei, vista essa de forma genérica, não passará entre os espaços, ou seja, será invalidado.

Portanto, esse controle tem como fundamento o princípio da legalidade, postulado maior que rege toda a função administrativa. Sendo assim, esse controle de legalidade pode ser feito tanto pelos órgãos da Administração Pública, como também pelo Legislativo e pelo Judiciário.

Já quanto ao controle de mérito Carvalho Filho (2008, p. 840) diz ser “o controle que se consuma pela verificação da conveniência e da oportunidade da conduta administrativa”. Foi analisado no tópico anterior o assunto referente a discricionariedade administrativa, na qual o administrador possui em certos casos liberdade na escolha de como atuar na prática administrativa, em função da ineficácia legislativa, como também pela importância da experiência do administrador no seu dia-a-dia. Sendo assim, essa liberdade se expressa através dos critérios oportunidade e conveniência. Dessa forma o controle de mérito analisa como o administrador utilizou a conveniência e a oportunidade. Continuando sua explanação Carvalho Filho ainda fala da competência para o exercício desse controle que segundo ele “é privativo da Administração Pública”.

Visto que a conduta analisada é de índole totalmente administrativa, torna-se ineficaz nesse ponto a análise pelo Poder Judiciário, que tem como competência somente quando se trata de legalidade.

É interessante trazer à tona a questão de que a discricionariedade é inconfundível com arbitrariedade, e nesse diapasão essa discricionariedade, como não podia ser diferente, visto tratar-se de atividade administrativa, respeita a lei. Sendo assim, mesmo tratando de atividade discricionária, caso não respeite ao comando legal será passível de controle pelo Poder Judiciário.

Coadunando com essa ideia Gasparini (2000, p. 723), assim fala:

Todas as atividades, discricionárias ou vinculadas, da Administração Pública estão subordinadas à lei (CF, art. 37). Sendo assim, é natural que a Administração Pública não possa ir além da competência e dos limites traçados pelas normas pertinentes a cada caso ou situação que se lhe apresente. O agir da Administração Pública não se "jurisdiciza" na ausência da lei. Ademais, há de conter-se na orientação e lindes tracejados pela lei.

Posto isso, cabe salientar que a atividade administrativa pela nova doutrina e jurisprudência não só é limitada pelo princípio da legalidade, mas sim pelo princípio da juridicidade, muito mais amplo, abarcando a lei, como também trazendo os princípios positivados pela Constituição Federal como filtro de validação da conduta administrativa, seja vinculada ou discricionária, limitando a atividade administrativa para que mesmo utilizando a sua discricionariedade respeite o ordenamento jurídico. É dessa forma que Moraes (2004, p. 137) explicando a vocação do princípio da proporcionalidade, fala sobre o controle da atividade administrativa:

vocacionado a limitar toda a atuação estatal, inclusive a administrativa, atentatória aos direitos fundamentais, que se tornaram o eixo central do Direito, cujos domínios, para além da legalidade, foram expandidos pelos princípios gerais do Direito, implícitos ou explícitos nos textos constitucionais, para as fronteiras da juridicidade.

Outra classificação é quanto ao órgão que exerce o controle, podendo ser administrativo, legislativo ou judicial. Partindo dessa premissa, passa-se agora a análise pormenorizada dessa classificação.

3.3.1 Controle Administrativo

O controle administrativo é o tipo de controle em que o próprio Poder

em razão da lei, como também em razão da conveniência e a oportunidade utilizada pelos realizadores da atividade administrativa.

O controle administrativo fundamenta-se no poder-dever da Administração Pública, que vincula aos administradores verdadeiras competências irrenunciáveis para que se realize a finalidade proposta pelo legislador, que a realização do bem comum. O administrador recebe o poder para agir, mas não possui escolha quanto a esse agir, pois ele está tratando de interesses coletivos indisponíveis, exercendo um múnus público, portanto a Administração Pública deve utilizando-se desse poder-dever averiguar a legalidade e o mérito de seus atos.

Quando se fala em controle administrativo, é indispensável a análise das súmulas 473 e 346 do Supremo Tribunal Federal.

Assim dispõe a súmula 346: “A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus atos”. Já a súmula 473 dá um enfoque maior sobre a matéria, senão veja:

A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

O entendimento sumulado do Pretório Excelso confirma a competência da própria administração realizar o controle de seus atos sejam por meio da legalidade ou por meio da conveniência e oportunidade, mas ao final ressalva a possibilidade da apreciação judicial, o que não poderia ser diferente, tendo-se em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). É necessário lembrar que só a Administração é competente para revogar seus atos, visto tais atos não padecem de nulidade, mas tão somente não mais se adequam a finalidade administrativa. Coadunando com essa ideia vem o art. 53 da Lei nº 9.784/99, que diz: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

O controle administrativo se realiza através de instrumentos, que nas palavras de Gasparini (2000, p. 726), são: “direito de petição; pedido de reconsideração; reclamação administrativa; recurso administrativo”.

Outros meios de controle são trazidos por Carvalho Filho (2008, p. 843), como a supervisão ministerial, o poder hierárquico e o controle social.

Nesse diapasão, não faltam instrumentos para que a função administrativa seja controlada, através da fiscalização e revisão dos atos administrativos, anulando-os caso padeçam de nulidade ou revogando-os caso não mais atinjam o fim desejado pela função administrativa.

Interessante notar a questão da prescrição administrativa. A Lei nº 9.784/99, em seu art. 54, disciplinando essa matéria determina que: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorrem efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contado da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Mas como visto esse prazo usado no processo administrativo não abarca todas as hipóteses. Quanto aos prazos que não existem na legislação, Carvalho Filho (2008, p. 861), propõe que se utilize o prazo que ocorre a prescrição judicial a favor da Fazenda Pública, que seria também de cinco anos, nos termos do Decreto nº 20.910/32.

Sendo assim, a Administração Pública, nesses casos possui o prazo prescricional de cinco anos para que anule os atos administrativos. Como fundamento dessa limitação do controle administrativo, levanta-se a bandeira do princípio da segurança jurídica, tão necessário a estabilidade das relações jurídicas.

Tendo como critérios os da legalidade e do mérito administrativo os próprios órgãos de onde emanam tais atos, com a colaboração dos administrados, como por exemplo, no direito de petição e na utilização dos recursos administrativos, controlam a atividade administrativa para que seja realizado seu escopo maior que é a realização das necessidades coletivas.

3.3.2 Controle Legislativo

A separação dos poderes da maneira como dispôs Montesquieu em que cada poder tem a função de controlar os demais, para que nenhum usurpe as funções destinadas aos outros é o fundamento para o controle que o Legislativo exerce na função administrativa. Dessa forma o controle legislativo é uma modalidade de

controle externo, visto que não é realizado dentro da mesma esfera de poder. O art. 71 da Constituição Federal ratificando esse ponto assim dispõe que “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União”.

Carvalho Filho (2008, p. 867) conceitua o controle legislativo, como sendo “a prerrogativa atribuída ao Poder Legislativo de fiscalizar a Administração Pública sob os critérios político e financeiro”. Portanto o renomado autor trata esse controle como forma de poder, qual seja o de fiscalização e ainda o divide em dois tipos de controle.

O grande manancial de regras do controle legislativo é a Constituição. Em vários artigos estão presentes as formas e modos do controle legislativo em detrimento da atividade administrativa.

Seguindo a divisão proposta acima por Carvalho Filho, analisar-se-á o controle legislativo quanto aos critérios políticos e financeiros.

O controle político é exercido por mecanismos previstos na Constituição Federal, que Gasparini (2000, p. 737) elenca como sendo: “Comissões Parlamentares de Inquérito; pedido de informação; convocação de autoridades; participação na função administrativa; e função jurisdicional”.

No que se atinem as Comissões Parlamentares de Inquérito, como possuem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, de acordo com art. 58, § 3º da Constituição Federal, podem elas requerer o depoimento de autoridades administrativas para apuração de fatos ocorridos na Administração Pública.

A convocação de autoridades encontra fundamento no art. 50 da Constituição Federal que dispõe sobre a possibilidade das Casas Legislativas, bem como as suas comissões convocarem “Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, para prestarem pessoalmente informações sobre assunto previamente determinado”. Caso essas autoridades não compareçam sem justa causa cometerão crime de responsabilidade. O § 2º do art. 50 prevê o pedido de informação que assim descreve:

As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informação a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no *caput* deste artigo, importando

em crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.

Outros aspectos do controle legislativo são vistos no art. 49 da Carta Magna, que dispõe sobre a competência exclusiva do Congresso Nacional. O inciso V determina que é competência do Congresso Nacional “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. Comentando este artigo assim leciona Carvalho Filho (2008, p. 888): “O poder regulamentar já o vimos, tem como limite a lei, só sendo valido se for *secundum legem*, nunca contra ou *ultra legem*”. Dessa forma caso o administrador extrapole no uso poder regulamentar, o Legislativo controlará sua atividade, através da sustação dos efeitos do ato.

O inciso X do artigo acima referido abordando outra forma de controle diz ser competência do Congresso Nacional “fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

Quanto ao mecanismo de controle “função jurisdicional” classificado assim por Gasparini (2000, p. 740), está presente no art. 49 e 52 da Constituição. O art. 49, IX fixa competência do Congresso Nacional para “julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo”. O art. 52, I da Carta Magna traz a competência do Senado Federal para processamento e julgamento dos crimes de responsabilidades praticados pelo Presidente da República, bem como seu Vice, juntamente com os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes conexos com os primeiros. Portanto esses são os mecanismos de controle político feito pelo Legislativo no controle da atividade administrativa.

O controle financeiro realizado pelo Legislativo na Administração Pública está fundamentado no art. 70 da Constituição Federal:

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.

Sendo assim, nos termos do artigo acima existe dois sistemas de controle um interno e outro externo. O interno já foi visto que é aquele controle administrativo exercido pelos próprios órgãos, quanto à legalidade e mérito das condutas administrativas. Já o controle externo é o controle exercido pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União, tendo como critérios cinco pontos: legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Tem como finalidade a comprovação de probidade administrativa, principalmente na gestão do dinheiro público. É nas finanças que esse controle incidirá, analisando as receitas, as despesas, como o dinheiro público está sendo utilizado.

3.3.3 Controle Judicial

Controle jurisdicional é “o controle de legalidade das atividades e atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário por órgão dotado do poder de solucionar, em caráter definitivo, os conflitos de direito que lhe são submetidos” (GASPARINI, 2000, p. 742).

Não que o conceito do nobre doutrinador esteja errado, mas equivoca-se com a moderna visão do controle judicial que prega além da análise dos atos administrativos em razão da legalidade contempla também a necessidade de aferição quanto aos princípios constitucionais. Sobre esse tema Moraes (2004, p. 16) leciona:

Cabe ao Poder Judiciário, além da aferição da legalidade dos atos administrativos- de sua conformidade com as regras jurídicas, o controle de juridicidade- a verificação de sua compatibilidade com os demais princípios da Administração Pública, para além da legalidade, a qual se reveste do caráter de controle de constitucionalidade dos atos normativos, pois aqueles princípios se encontram positivados na lei fundamental.

A finalidade do controle judicial:

é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública. Esta como órgão ativo do Estado, tem frequentes oportunidades de contato com o indivíduo, nas quais lhe pode violar os direitos, por abuso ou erro na aplicação da lei. Tal sistema de controle é o meio prático de contê-la na ordem jurídica, de modo a assegurar ao indivíduo o pleno exercício dos seus direitos. (FAGUNDES, 2010, p. 135)

Nesse ínterim, o controle judicial possui a competência de analisar se o ato administrativo, quando assim for acionado, visto a característica da inércia do poder jurisdicional, condiz com o que está disposto na lei, caso contrário poderá anulá-lo, servindo como verdadeira guarida em defesa dos direitos dos administrados, na realização da atividade administrativa pela Administração Pública.

Convém lembrar que em regra o controle judicial é um controle *repressivo*, visto que o ato já foi praticado, seus efeitos ainda perduram ou já foram exauridos. Mas existe a possibilidade do controle judicial preventivo. Carvalho Filho (2008, p. 901) falando sobre essa hipótese, assim leciona:

as leis processuais preveem a tutela preventiva, ensejando a possibilidade de o juiz sustar os efeitos de atos administrativos através de medidas preventivas liminares, quando presentes os pressupostos da plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o risco de haver lesão irreparável pelo decurso do tempo (*periculum in mora*).

Existem dois sistemas de controle em utilização, o sistema do contencioso administrativo e o sistema da unidade da jurisdição. O contencioso administrativo, utilizado no Estado Francês, é caracterizado pela existência de duas jurisdições independentes, uma administrativa e outra judiciária, em que a jurisdição administrativa abarca a competência específica de analisar os atos administrativos e seus efeitos, fazendo coisa julgada suas decisões.

Em relação ao sistema de controle da unidade da jurisdição a análise de todos os litígios relativos a qualquer matéria fica a cargo dos órgãos judicantes que compõe o Poder Judiciário. Nesse sistema de controle existe a possibilidade do administrado peticionar junto a órgãos administrativos reclamando direito seu ou coletivo, mas as decisões desses órgãos não terão força de coisa julgada.

O Brasil adere a esse tipo de controle, visto o que dispõe o art. 5º, XXXV da Constituição Federal, conhecido como princípio da inafastabilidade da jurisdição, diz

que: “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Sendo assim é exclusivo do Poder Judiciário o exercício da jurisdição no país, é ele que resolve definitivamente a questão possuindo coisa julgada as suas decisões.

Vale apena salientar a questão da competência do Senado Federal para processar e julgar os crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente e vice-presidente da República, pelos Ministros de Estado, Procurador Geral da República, Ministros do Supremo Tribunal Federal, membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público e Advogado-Geral da União nos termos do art. 52 da Carta Magna. Nesses casos o Senado Federal funciona como verdadeiro órgão judicante, mostrando-se verdadeira exceção ao monopólio do Poder Judiciário.

Sobre esse assunto Fagundes (2010, p. 168), cita jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que mesmo esse julgamento pelo Senado tenha caráter político é possível a análise no caso de impeachment pelo Poder Judiciário quando se tenha lesão ou ameaça a direito, isso em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Continuando, ao tratar da função judicante exercida por órgãos que não compõe o Poder Judiciário, o eminente magistrado Fagundes (2010, p. 173) assim leciona:

Essas exceções têm pequena significação prática no sistema brasileiro de controle jurisdicional. Representando inequívocas delegações da função de julgar a órgãos estranhos ao Poder Judiciário, são, no entanto, quantitativamente mínimas, se considerando o vulto do contencioso civil e penal a este confiado.

Vários são os instrumentos de controle por qual se utiliza os administrados para postularem seus direitos, em face da atividade da Administração Pública, no Poder Judiciário. Seguindo a doutrina de Carvalho Filho (2008, p. 905), são meios específicos de controle judicial:

o mandado de segurança, a ação popular, o habeas corpus, o habeas data e o mandado de injunção. Além desses cinco meios, temos a ação civil pública, que, apesar de nem sempre exigir a presença do Estado ou de alguma de suas autoridades, não deixa de ser uma forma específica de controle judicial da Administração.

Como se depreende do que acima foi dito, os instrumentos de controle judicial, quase todos tem guarida na Constituição Federal, seja tanto os remédios constitucionais, como a ação popular, sendo eles tratados no art. 5º dessa carta como direitos e garantias fundamentais. Portanto esses meios de controle são essenciais na garantia dos direitos fundamentais dos administrados, quando no exercício da atividade administrativa, são violados.

Divergem os doutrinadores quanto a natureza do controle judicial, se seria só quanto a legalidade ou poderia atingir o mérito administrado.

Defendendo a posição de que o controle judicial não alcança o mérito administrativo, sendo que a atividade administrativa controla somente quanto a legalidade vem Carvalho Filho (2008, p. 900), que diz:

O que é vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público. Já tivemos a oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde a sua competência.

Já outros doutrinadores, defendem a possibilidade do controle judicial ser exercido sob a atividade administrativa discricionária, como o faz Moraes (2004, p. 17) que “quando da atividade administrativa não vinculada da Administração Pública, desdobrável em discricionariedade a valoração dos conceitos verdadeiramente indeterminados resultar lesão ou ameaça a direito”, cabe controle, portanto nesses casos segundo a magistrada sobre três critérios:

[...] seja à luz do princípio da legalidade (art. 37, caput da Constituição Federal Brasileira), seja em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, de impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37, caput da Constituição Federal Brasileira), dos princípios gerais de Direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito e, em certas situações mais raras, ir-se o ponto extremo de determinar a substituição de seu conteúdo por outro indicado judicialmente.

Como foi visto, ainda existe divergência doutrinária quanto a possibilidade do Poder Judiciário analisar a atividade administrativa quanto ao mérito, mas ganha força a nova concepção de que com a constitucionalização do direito administrativo e a subordinação da função administrativa não somente na lei e sim na ordem jurídica como um todo, abarcando nesse ponto, os princípios, seria possível ao órgão julgante realizar esse controle.

Coadunando com esse pensamento, Medauar (2005, p. 469):

Hoje no ordenamento pátrio, sem dúvida, a legalidade assenta em bases mais amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como coroamento de uma evolução já verificada na doutrina e na jurisprudência antes de outubro de 1988.

Nessa problemática é que aparecem os princípios como ampliadores do controle jurisdicional da atividade administrativa, podendo adentrar na liberdade discricionária do administrador público para adequá-la ao ordenamento jurídico, caso essa discricionariedade não esteja conformes aos ditames previstos na Constituição Federal.

4 DOS PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE COMO EFETIVADORES DO CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como os princípios gerais do direito com a constitucionalização do direito administrativo, foram transformados em verdadeiras garantias fundamentais, ganharam força e positividade sendo capazes de aumentar o grau de controle judicial da atividade administrativa, principalmente quanto à discricionariedade.

4.1 DOS PRINCÍPIOS

Princípio nas palavras de Celso Antônio *apud* Kildare Gonçalves Carvalho (2005, p. 358) é:

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Segundo esse pensamento os princípios são como fundamentos do sistema jurídico, dão corpo e sustentabilidade às normas estabelecidas pelo direito positivo, não que esses princípios não possuam normatividade, mas que além da normatividade possuem outras características que dão um caráter especial, como o alto grau de abstratividade e generalidade que detém.

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais. (SILVA, 2009, p. 92).

Os princípios se amoldam preenchendo as lacunas deixadas pelo legislador, visto que não conseguem prevê as situações jurídicas da evolução social constante,

formando juntamente com as outras normas a ordem jurídica em um todo unitário, lógico e harmônico.

Os princípios constitucionais são os valores de uma sociedade concretizados em normas fundamentais, ou pelo menos é seu escopo. Alexy *apud* Miranda (2000, p. 229) define os princípios como: “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes; são mandamentos de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus”.

Sendo assim, o objetivo primordial dos princípios é a concretização dos valores de uma sociedade, fazendo com que eles sejam protegidos, dando máxima efetividade às normas e permitindo o cumprimento de suas diretrizes de maneira gradual.

Os princípios constitucionais nas palavras de Guilherme Peña *apud* Carvalho (2005, p. 359):

são extraídos de enunciados normativos, com elevado grau de abstração e generalidade, que preveem os valores que informam a ordem jurídica, com a finalidade de informar as atividades produtiva, interpretativa e aplicativa das regras, de sorte que eventual colisão é removida na dimensão do peso, ao teor do critério de ponderação, com a prevalência de algum princípio concorrente.

Nesse diapasão, três são as funções dos princípios constitucionais, produção, interpretação e aplicação das regras.

De acordo com Miranda (2000, p. 230) “a acção imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema”. E continua o doutrinador português, agora se utilizando das palavras de Tercio Ferraz, dizendo que: “Servem, depois, os princípios de elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estreitamente conexos com os princípios ou através da prescrição de princípios”.

4.2 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

O princípio da razoabilidade nasceu da “jurisprudência anglo-saxônica”, principalmente nos “tribunais britânicos”, de acordo com Moraes (2004, p. 86), e continuando a tratar sobre o assunto a magistrada ainda cita a evolução deste princípio por esses tribunais, que não conformes com o “exame de legalidade e da regularidade do procedimento da decisão”, passaram a analisar a decisão tendo como critérios os “accepted moral standarts” que na tradução da nobre doutrinadora, seria “o conceito de razoável de uma pessoa sensata”, nascendo assim “o teste de razoabilidade”.

O princípio da razoabilidade, apesar de não constar explicitamente na Constituição, está presente na essência de alguns dispositivos constitucionais, como também infraconstitucionais, servindo como limitação do arbítrio do Poder Estatal para assegurar os direitos dos cidadãos.

É conceituado por Di Pietro (2009, p. 79), como um princípio do Direito Administrativo com a função de “impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário”.

Portanto, pretende-se com esse princípio impedir que ao administrador utilizar-se da conduta discricionária ultrapasse os limites transferidos a ele, fazendo com que sua conduta de escolha se torne arbitrária. Como bem leciona Mello (2010, p. 106), “a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga de competência exercida”.

Segundo Marinela (2010, p. 50) tal princípio “proíbe a atuação do administrador de forma despropositada ou trespoucada, quando, com a desculpa de cumprir a lei, age de forma arbitrária e sem qualquer bom senso”.

A discricionariedade administrativa não se confunde com arbitrariedade, sendo assim, quando ao administrador foi conferida a competência de em determinados casos utilizar-se de um jus valorativo, não quis o legislador lhe transferir uma competência sem limites, visto que os atos administrativos sempre são vinculados quanto a sua finalidade, que é o bem comum. Salienta-se que a atividade administrativa sempre terá como limitação o princípio da legalidade, pois essa liberdade de atuação conferida ao administrador deve acontecer dentro do que determina a lei.

Dessa forma, que Mello (2010, p. 109) afirma ser “óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme a finalidade da lei”. Continuando o professor acaba por dizer que a fundamentação do princípio da razoabilidade está “nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados)”.

Di Pietro (2009, p. 80) diz que o princípio da razoabilidade encontra fundamentação nos incisos do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/99. No inciso VI ao impor a Administração Pública “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. No inciso VIII, com a imposição de “observância de formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados”, e “a adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados”, previsto no inciso IX.

Ao tratar do princípio da razoabilidade e sua presença no direito pátrio Alexandre Peixoto, Taisa Queiroz e Fábio Mendes (2010, p.101) assim defendem:

[...] inegável é que a razoabilidade integra, inquestionavelmente, o ordenamento jurídico nacional, sendo imperativo sua observância para o exercício da função legiferante do Estado, bem como para a atuação do Poder Executivo, sendo que, sua inobservância, é passível de impugnação pelo Poder Judiciário, sempre que perquirido, por inconstitucionalidade destas medidas.

O princípio da razoabilidade, faz parte do conjunto de princípios que regem a atividade estatal, como o da proporcionalidade, legalidade, impessoalidade, supremacia do interesse público, garantindo os direitos dos administrados conferidos pela Constituição Federal em contraponto as arbitrariedades cometidas pelo exercício do poder estatal, formando um novo critério de controle da atividade estatal pelo Poder Judiciário, um controle não mais estrito de legalidade, e sim um controle baseado no ordenamento jurídico como um todo, formado não só por normas, mas normas e princípios.

4.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é corolário do princípio da razoabilidade, alguns o tratam até como um sendo a complementação do outro. Esse princípio nasceu no direito germânico, servindo primeiro como controle das condutas administrativas, depois adentrando como fundamento para o controle de constitucionalidade das leis.

Mello (2010, p. 110), explica que o princípio da proporcionalidade traduz “que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade do interesse público a que estão atreladas”.

A conduta do administrador deve ser de tal forma que corresponda à necessidade que será atingida, portanto proporcional ao fim exigido. O fim que é exigido com a conduta administrativa sempre deve ser o interesse público, sendo assim o administrador tem o condão de exercer a atividade administrativa, de maneira adequada e necessária para atingir o fim desejado sem afligir os direitos dos administrados.

Como bem salienta Carvalho Filho (2008, p. 33), que a fundamentação do princípio da proporcionalidade está no excesso de poder, sendo sua finalidade a de “conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassam os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração”.

Segundo Canotilho (2003, p. 268) o princípio da proporcionalidade ou como ele chama de proibição do excesso tem o papel atual de “um princípio de controle exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coativos) à prossecução do escopo ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito”.

O grande constitucionalista português delimita bem o princípio da proporcionalidade ao denominá-lo de proibição do excesso, visto que nada mais apropriado ao princípio que tentar impedir as arbitrariedades dos detentores de competência administrativa no exercício de sua função em relação aos direitos fundamentais garantidos aos cidadãos pela Carta Magna.

Canotilho (2003, p. 269), baseado na doutrina alemã divide o princípio da proporcionalidade em três subprincípios. Princípio da conformidade ou adequação

aos meios, Princípio da exigibilidade e por fim o Princípio da proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro traz a idéia de controle da “relação de adequação medida-fim”. O da exigibilidade ou necessidade trabalha a questão da “menor ingerência possível”, ou seja, que o administrador na sua conduta fira cada vez menos os direitos dos cidadãos. Já o último princípio tratado pelo português, coloca o fim esperado e o meio utilizado pelo administrador em “equação mediante um juízo de ponderação” para que se estude “se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”.

Como acontece com o princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade não está expressamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Mas como o outro princípio se extrai de dispositivos constitucionais e legais a essência da proporcionalidade. Aborda sobre esta questão Paulo Bonavides *apud* Moraes (2004, p. 134) explicando que:

O princípio da proporcionalidade, é por conseguinte, Direito Positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido formulado com ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima toda sua extensão e profundidade o § 2º do artigo 5º, o qual abrange a parte não escrita ou expressados direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias, cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

Quer o professor cearense afirmar que o princípio da proporcionalidade além de ser tratado como princípio geral do direito, usado na maioria dos países do mundo, dentro do ordenamento jurídico brasileiro está fundamentado como Garantia fundamental prevista implicitamente tendo em vista o rol não taxativo de direitos e garantias fundamentais, como diz o § 2º do art. 5º da Constituição.

Conforme salienta Mello (2010, p. 112) “o respaldo do princípio da proporcionalidade não é outro senão o art. 37 da Carta Magna, conjuntamente com os arts. 5º, II, e 84, IV”.

Pelo exposto dos doutrinadores se vê que apesar de o princípio da proporcionalidade estar implícito no ordenamento jurídico pátrio, ele decorre dos princípios da administração pública previstos na Constituição Federal de 1988 e é tratado como um garantia fundamental.

4.3 OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE COMO EFETIVAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA

Perdurou por longo tempo a ideia na doutrina e jurisprudência pátria, que o controle judicial dos atos administrativos era estrito de legalidade e não atingia a discricionariedade administrativa. Dessa forma a atividade administrativa era submissa ao Estado de Direito, baseado no respeito ao princípio da legalidade.

A sociedade evolui e o direito para que não se perca das aflições sociais que lhe dão força e legitimidade também acompanha o processo de evolução.

O processo mundial de defesa dos direitos humanos e a visão jurídica de proteção à dignidade da pessoa humana fizeram com que as constituições formuladas depois da 2ª Grande Guerra, tivessem o propósito de efetivação de defesa de tais direitos.

O direito administrativo, como os outros vários ramos do direito sofreram um processo de constitucionalização que deu força normativa aos princípios. Esses princípios deixaram de ser vistos como simples normas de interpretação e passaram a possuir eficácia jurídica.

Gustavo Binenbojm (2010, p. 120) atualizando a obra de Seabra Fagundes assim se expressa:

A filtragem constitucional do direito administrativo dar-se-á, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional.

Portanto, o direito administrativo agora não se submeteria somente ao crivo da lei em sentido estrito e sim ao ordenamento jurídico como um todo, princípios e normas. Nesse interim que surge o papel dos princípios positivados na constituição como verdadeiras garantias em defesa dos direitos dos cidadãos em relação ao arbítrio do todo poderoso estado.

É dessa forma que o controle jurisdicional da administração pública não deve mais se limitar ao controle de legalidade, visto sua transformação em controle de

juridicidade, no qual se verifica a adequação dos atos administrativos com as normas e os princípios gerais do direito 'explícitos ou implícitos' na Constituição Federal (MORAES, 2004, p. 137).

Surgem, então, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como limitadores da atividade administrativa discricionária. A discricionariedade administrativa não acaba por se extinguir, pois seria contrário ao princípio da separação dos poderes, art. 2º da Constituição Federal, o que veio a modificar através desses princípios foi o alargamento do controle da atividade administrativa, incluindo aí o jus valorativo de conveniência e oportunidade pertencente ao administrador, mas não cessá-la.

Como bem salienta Moraes (2004, p. 148):

Todavia, essa possibilidade de incursão no direito administrativo não importa controlabilidade plena, porque restará, em cada caso, uma fronteira intransponível pelo juiz, não obstante a largueza dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Dessa forma, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade não foram formulados para cessar a atividade administrativa discricionária, tão necessária tendo em vista a evolução social e a dificuldade do legislador em acompanhar esse processo, mas sim para impedir que os administradores utilizem essa discricionariedade como capuz para cometer arbitrariedades.

Nesse contexto que se vê a necessidade do controle judicial da atividade administrativa.

A importância do controle judicial, convém que se diga, é mais destacada se levarmos em conta os direitos e garantias fundamentais, estatuídos na Constituição. 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. Assim, quando o Legislativo e o Executivo se depreendem de seus parâmetros e ofendem tais direitos do indivíduo ou da coletividade, é o controle judicial que vai restaurar a situação de legitimidade, sem que o mais humilde indivíduo se veja prejudicado pelo todo-poderoso Estado (CARVALHO FILHO, 2008, p. 895).

Vê-se assim, a necessidade da existência do controle jurisdicional sobre os atos da função administrativa, impedindo que o administrador no exercício da sua

função não fira o fundamento maior da atividade administrativa que é o princípio da legalidade. Mas esse controle deve ser feito de modo a abarcar todos os atos administrativos seja discricionários ou vinculados impedindo que tais atos sejam contrários ao Direito, englobando nesse sentido a Constituição e seus princípios. Nesse diapasão Mello (2010, p. 979):

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 apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os conflitos da liberdade discricionária.

Os ditames normativos violados pelos conflitos da liberdade discricionária seriam na verdade, além da lei em sentido estrito, os princípios constitucionais, verdadeiros postulados dos direitos e garantias fundamentais. Como princípios que limitam a atividade administrativa têm os elencados no artigo 37 *caput* da CF/88, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Mas tem-se também como forma de limitação, os princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e proporcionalidade que antes de serem princípios constitucionais são como verdadeiros princípios gerais do direito.

O princípio da proporcionalidade, de acordo com Marinela (2010, p. 50), é o princípio que “exige equilíbrio entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar, segundo padrões comuns da sociedade em que se vive, analisando sempre cada caso concreto”. Coadunando com esse mesmo pensamento vem Canotilho (2003, p. 266) ao dizer que esse princípio primordialmente nas suas origens era para servir como medida as restrições administrativas de liberdade individual, limitando a atuação do poder executivo.

Dessa forma, analisando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como controle da atividade administrativa Carvalho Filho (2008, p. 45) diz:

[...]os doutrinadores tem considerado os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como valores que podem ensejar o controle da discricionariedade, enfrentando situações que embora com aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder. Referido controle, entretanto, só pode ser exercido à luz da hipótese concreta, a fim de

que seja verificado se a Administração portou-se com equilíbrio no que toca aos meios e fins da conduta, ou fator objetivo de motivação não ofende algum outro princípio, como, por exemplo, o da igualdade, ou ainda se a conduta era realmente necessária e gravosa sem excesso.

Mas a verdadeira celeuma que se forma está sobre a cizânia doutrinária a respeito do controle judicial dos atos administrativos que possuem certa discricionariedade em face dos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade sem que esse controle possa adentrar a competência daquele que exerce a função administrativa. Sobre essa dificuldade de descobrir esse liame Carvalho Filho (2008, p. 45), diz não ser tarefa simples e a exacerbação ilegítima desse controle é uma verdadeira ofensa ao princípio da separação de poderes.

Exemplificando o caso em que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade exerceriam o controle jurisdicional sobre o ato administrativo discricionário sem interferir na competência de tal atividade, vem Canotilho (2007, p. 268):

[...]quando se pedir a um juiz uma apreciação dos danos causados pela carga policial numa manifestação, o que se visa não é contestar a legitimidade da administração na defesa do interesse público mas sim o de averiguar da razoabilidade, proporcionalidade e necessidade da medida da polícia.

Como visto pela lição do nobre professor português, é possível o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário em face dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sem, no entanto, interferir na competência daquele que exerce a função administrativa.

Nos tribunais superiores em suas decisões já se torna presente os princípios constitucionais, sendo utilizados como critérios para o controle pelo poder judiciário da atividade administrativa discricionária, como exemplo um julgado do Superior Tribunal de Justiça em que analisa um recurso em mandado de segurança no qual se questiona a razoabilidade da análise discricionária da Administração quanto à atribuição de nota sobre quesitos de concurso público. Assim dispõe o acórdão:

[...] 3. Mostra-se desarrazoado e abusivo a Administração exigir do candidato, em prova de concurso público, a apreciação de

determinado tema para, posteriormente, sequer levá-lo em consideração para a atribuição da nota no momento da correção da prova. Tal proceder inquina o ato administrativo de irregularidade, pois atenta contra a confiança do candidato na administração, atuando sobre as expectativas legítimas das partes e a boa-fé objetiva, em flagrante ofensa ao princípio constitucional da moralidade administrativa. (RMS 27.566/CE, STJ- Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, Rel. p/ Acórdão Ministra Laurita Vaz, julgado em 17.11.2009, DJe 22.02.2010).

Quando um cidadão sofrer lesão ou ameaça ao seu direito, mesmo em se tratando de atividade discricionária administrativa, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, deverá ser analisado pelo Poder Judiciário, não se tratando esse ponto de interferência de esfera de Poder, mas sim o exercício de garantia fundamental, necessária para que não fuja de apreciação judicial nenhuma arbitrariedade cometida pelo administrador público sob o manto da liberdade discricionária. É nesse sentido que Celso de Mello em julgado do Supremo Tribunal Federal assim disse:

É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo (MEDAUA *apud* BINENBOJM, 2010, p. 191)

Dessa forma, o controle da atividade administrativa pelo Poder Judiciário para que não se deixe escapar qualquer lesão ou ameaça a direito causado pela atividade administrativa, utiliza dos princípios gerais do direito, principalmente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, verdadeiras bandeiras jurisprudenciais, como limitadores dessa atividade na busca incessante de evitar excessos e atitudes desarrazoadas pelo administrador público, sob o manto da liberdade discricionária em detrimento dos direitos dos administrados.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho teve o objetivo de mostrar que com a constitucionalização do direito administrativo os princípios ganharam força normativa e passaram a exercer papel fundamental na ordem jurídica. A atividade administrativa discricionária que antes disso, era submissa somente a lei em sentido estrito, passou a ser submissa quanto aos princípios positivados pela constituição. Nesse ponto os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, têm o escopo de limitar a atividade administrativa, vinculada ou discricionária impedindo o administrador público de, por meio da discricionariedade, lhe conferida pelo legislador, cometer atitudes desarrazoadas ou desproporcionais. Portanto, passou-se da era do princípio da legalidade para a era do princípio da juridicidade.

Portanto, analisaram-se os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade como instrumentos normativos de controle dos atos administrativos discricionários.

A função administrativa foi estudada de modo que apesar de ser função exercida primordialmente pelo poder Executivo, pode ser exercida também pelos outros poderes, concretizando-se essa função através do ato administrativo.

A Administração pública no uso das suas atribuições expressa sua vontade por meio de atos, os chamados atos administrativos. Dentre os atos administrativos existe uma classificação bastante peculiar no que diz respeito a vinculação ou discricionariedade na sua formulação.

Os atos administrativos vinculados são aqueles em que a administração não possui liberdade para sua feitura devendo seguir todos os passos descritos na norma pelo legislador. Já os atos definidos como discricionários possuem uma particularidade deixada pelo legislador ao produzir a lei, visto que nem sempre o legislador prevê as condutas de uma sociedade volátil, sendo a possibilidade de por critérios de conveniência, oportunidade e justiça o administrador optar por varias opções possíveis, validas e licitas, de praticar determinado ato. A discricionariedade administrativa é um dos poderes administrativos, verdadeiras prerrogativas para que o administrador público realize sua atividade tendo em vista a supremacia do interesse público.

A atividade administrativa, tendo como fundamento o sistema de freios e contrapesos teorizado por Montesquieu, como consta no artigo 2º da Lex Fundamental, sofre controle pelo Poder Judiciário no tocante aos seus atos, chamado de controle de legalidade dos atos administrativos.

Esse controle sobre os atos administrativos é feito de modo a apreciar o ato administrativo em face da lei em sentido estrito.

Com a evolução do Estado Democrático de Direito e o aumento do conceito do princípio da legalidade, a função administrativa descrita pelo legislador não deve se submeter somente as leis, mas também ao Direito consubstanciado nos princípios constitucionais.

Esse é o pensamento dos tribunais superiores brasileiros, como foi visto recente jurisprudência em que o Superior Tribunal de Justiça exerce o controle da atividade administrativa quanto a sua discricionariedade, tendo como critério a razoabilidade da conduta e o princípio da moralidade administrativa.

Sendo assim, esse controle da atividade administrativa que vem sendo feito de forma a fiscalizar somente a legalidade dos atos, deve ser alargado abrindo a possibilidade de o Judiciário com base na nova face normativa que a Constituição Federal de 1988 proporcionou aos princípios, o controle dos atos administrativos discricionários. Principalmente pelos princípios da proibição do excesso e da razoabilidade, impedindo o administrador no seu critério de escolha, tomar decisões desarrazoadas e que não reflitam a finalidade da atividade administrativa que deve e sempre será o interesse público.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição Federativa do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

BRASIL, **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em :< <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/codtributnaci/ctn.htm> > Acesso em 28 de setembro de 2011.

BRASIL, **Lei da Ação Popular**. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm> Acesso em 8 de setembro de 2011.

BRASIL, **Lei do Processo Administrativo Federal**. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm > Acesso em 27 de setembro de 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 346**. A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus atos. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acesso em 25 de setembro de 2011.

BRASIL, 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 revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, à apreciação judicial. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500. Acesso em 25 de setembro de 2011.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso em Mandado de Segurança nº 27. 566/CE, STJ- Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, Rel. p/ Acórdão Ministra Laurita Vaz, julgado em 17.11.2009, DJe 22.02.2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801787400&dt_publicacao=22/02/2010. Acesso em 22 de setembro de 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 11. ed., rev. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CRETELA JUNIOR, José. **Do ato administrativo**. 2 ed. São Paulo: Bushatsky, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed.- São Paulo: Atlas, 2009.

_____, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1998**. – São Paulo: Atlas, 1991.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 5. ed., rev. atual. e aum. – São Paulo: Saraiva, 2000.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federativa da Alemanha**. 20. ed alemã. traduzida por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 4. ed. Niteroi: Impetus, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, tomo II**. 4. ed. rev. atual.- Coimbra: Coimbra editora, 2000.

MORAES, Alexandre de Moraes. **Direito constitucional**. 23. ed.- São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. – São Paulo: Dialética, 2004.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5 ed. rev., atual e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PEIXOTO, Alexandre Sivolella; QUEIROZ, Taisa; MENDES, Fábio Carvalho. **O princípio da razoabilidade**. 2004. Disponível em :<
http://www.unigran.br/revistas/juridica/ed_anteriores/11/artigos/06.pdf> Acesso em 20 de setembro de 2011.

SCORSIM, Ericson Meister. **O processo de evolução do estado, da administração pública e do direito administrativo**. 2010. Disponível em:<
<http://bh.adv.br/artigos/evolucao-do-estado-administracao-publica-e-direito-administrativo.html>> Acesso em 18 de maio de 2011.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2010.