



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFPG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

BRUNO RAFAEL MEIRA LIMA DA SILVA

O LIMITE DA DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: UMA
ANÁLISE DA TEORIA ALEMÃ DA REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE A ZERO

SOUSA

2016

BRUNO RAFAEL MEIRA LIMA DA SILVA

O LIMITE DA DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: UMA
ANÁLISE DA TEORIA ALEMÃ DA REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE A ZERO

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

.

Orientador: José Idemário Tavares de Oliveira

SOUSA

2016

BRUNO RAFAEL MEIRA LIMA DA SILVA

O LIMITE DA DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: UMA
ANÁLISE DA TEORIA ALEMÃ DA REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE A ZERO

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

Conceito Final: _____

Aprovada em: ____ de ____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Professor José Idemário Tavares de Oliveira

Examinador (a)

Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu avô, Florisvaldo de Lima, que sempre me motivou a seguir no Direito, além de sempre me inspirar a seguir o caminho da justiça e, pelas peripécias do destino, não está entre os vivos para presenciar esta vitória.

Devo minha vida e toda minha gratidão aos meus pais, em especial à minha mãe, que trabalhou duro e sempre abdicou de sua vida pela minha na intenção de que eu tivesse um futuro melhor. Como se isto não fosse suficiente, ela nunca me deixou desanimar durante esta caminhada, mesmo quando nada ia bem, sempre me incentivando a seguir em frente de cabeça erguida e seguir meus sonhos.

Igualmente agradeço à minha tia, que sempre foi muito mais que uma “tia”, sempre foi como uma segunda mãe e madrinha, nada disso seria possível sem suas palavras de incentivo e confiança.

Deixo aqui meu agradecimento pelas amizades que adquiri ao longo desta árdua caminhada. Vocês tornaram meus dias longe de casa mais fáceis através do companheirismo, seja nos momentos felizes ou nos tristes.

Ao Doutor, Mestre, Professor e orientador, José Idemário Tavares de Oliveira, por toda a paciência, afinho, empenho e comprometimento com esta empreitada, além da dedicação do pouco tempo que possui para auxiliar-me neste árduo trabalho que vos apresento.

Ainda, deixo meu agradecimento a todos que durante minha jornada de acadêmico de Direito me ajudaram direta ou indiretamente, para que esta etapa fosse vencida, como também agradeço, do fundo do coração, aos professores do CCJS por todos os momentos que passamos e pelas lições que cada um me passou.

“Sonhos determinam o que você quer.
Ação determina o que você conquista.”

Aldo Novak

RESUMO

Em se tratando de Direito Administrativo, o tema Limite da Discricionariedade dos Atos Administrativos enseja uma discussão bastante interessante, especialmente pelo notável alcance desse conteúdo para o Direito Constitucional através de princípios constitucionais e do Direito como um todo, afetando, até mesmo, à população de modo geral. O presente trabalho tem o intuito de estudar as delimitações e os limites dos atos discricionários, através dos princípios constitucionais inerentes ao regime do Direito Administrativo, além de analisar a possibilidade da aplicação da teoria da redução da discricionariedade a zero no regime jurídico do Direito Administrativo Brasileiro. A relevância temática encontra-se na importância da limitação da discricionariedade, visando uma melhor utilização dos cofres públicos, além de evitar possíveis abusos de poder. Para a análise em apreço, utilizam-se os métodos: hipotético dedutivo (abordagem); o método monográfico, auxiliado pelo histórico (procedimento). No que se refere às técnicas de pesquisa, o trabalho tem como base documentação indireta, em especial pesquisa bibliográfica. Uma vez terminada a análise, conclui-se que é possível, sim, delimitar os limites da discricionariedade dos atos administrativos, inclusive a possibilidade de aplicação da teoria da redução da discricionariedade a zero no âmbito do Direito Brasileiro.

Palavras-Chave: Estado. Direito Administrativo. Atos. Administração Pública. Discricionariedade. Vinculação.

ABSTRACT

In terms of Administrative Law, the theme Discretion limit of Administrative Acts entails an interesting discussion, especially by the notable range of this content to the Constitutional Law, through constitutional principles and law as a whole, affecting, even the population in general. This paper aims to study the delimitations and limits of the discretionary acts, through the constitutional principles associated to the administrative law system, besides to analyze the possibility of the application of reducing discretionary to nothing inside the legal system of Brazilian Administrative Law. The thematic relevance lies on the importance of limiting the discretionary, looking for a better utilization of public safes, besides to avoid possible cases of power abuse. For this analysis, we used the methods: hypothetic-deductive (to the approach); the monographic method, supported by the historic (procedure). As regards to research techniques, the work is based on indirect documentation, especially bibliographic research. Once finished the analysis, it is concluded that it is indeed possible to delimit the discretion of the limits of administrative acts, including the possibility of applying the theory of reduction of discretionary to nothing under Brazilian law.

Keywords: State. Administrative Law. Acts. Public Administration. Discretionary. Linking.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art - Artigo

CF - Constituição Federal de 1998

STF - Supremo Tribunal Federal

RE - Recurso Extraordinário

Sum - Súmula

HC - Habeas Corpus

Sumário

1 INTRODUÇÃO	10
2 SURGIMENTO DO ESTADO.....	13
1. 2.1 ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	16
2. 2.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL.....	20
3. 2.3 DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA	23
3 A DISCRICIONARIEDADE NUMA RESERVA DE PODER CONFERIDO AO ADMINISTRADOR PÚBLICO.....	25
4. 3.1 DO ABUSO DE PODER E DESVIO DE FINALIDADE	31
5. 3.2 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO	33
4 O LIMITE DA DISCRICIONARIEDADE	37
6. 4.1 TEORIA DA REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE A ZERO	41
5 CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a Carta Magna de 1988 é comumente conhecida como a Carta cidadã. É deste dispositivo legal que vem toda a orientação norteadora do Regimento Jurídico brasileiro, onde se pode encontrar um rol exaustivo de direitos fundamentais e de princípios constitucionais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, torna-se nítida a preocupação do legislador constituinte com a defesa da democracia e da justiça, em especial em seu artigo 5º, com a positivação de princípios já consagrados, como o da isonomia e da legalidade previsto no caput do artigo 37.

Através da legalidade administrativa, sem prejuízo dos demais princípios administrativos presentes na Carta Magna, encontra-se a vinculação dos entes administrativos à legislação brasileira.

Tem-se a discricionariedade como uma concessão de liberdade à Administração Pública, sob o pretexto de que é impossível para a lei alcançar as infinitudes de possibilidades que os casos concretos podem apresentar.

Encontra-se, nesse panorama, a preocupação da Carta Magna em garantir ao povo brasileiro a segurança jurídica necessária contra os abusos que podem advir da prerrogativa de liberdade de atuação, em certos casos, dada ao Administrador Público.

Ressaltam-se, neste trabalho, as possibilidades de limitação quanto à discricionariedade concedida pela lei ao Administrador Público, de modo que se dê uma melhor destinação aos cofres públicos, além de evitar atos abusivos, com excessos de liberdade.

Assim, em compasso com a proposta deste trabalho científico, será abordado, à luz do senso teórico, de forma a promover uma análise acerca da limitação da discricionariedade dos atos administrativos, além da possibilidade de aplicação da Teoria da Redução da Discricionariedade a Zero.

O estudo que se busca formular com o trabalho em epígrafe encontra-se dotado da mais alta relevância, não apenas jurídica, mas, também, de interesse geral da população brasileira, por se tratar de atos que podem afetar diretamente a

vida dos brasileiros, além de ferir nossa jovem democracia representada pela Constituição Federal de 1988.

Tal relevância é também verificada em relação à comunidade acadêmica, podendo este trabalho proporcionar uma abertura para discussão no âmbito de formação de profissionais da categoria jurídica. Esta pesquisa científica possui, ademais, relevância para a comunidade doutrinária, por se tratar de tema pouco explorado e de pouca aplicação no Brasil, no que tange à Teoria da Redução da Discricionariedade a Zero.

O trabalho em epígrafe apresenta como objetivos específicos: demonstrar o limite da liberdade concedida aos atos administrativos discricionários sob o aspecto da Constituição Federal de 1988; examinar, sob a perspectiva da Teoria alemã da Redução da Discricionariedade a Zero, sua possibilidade de aplicação no âmbito do Direito Administrativo brasileiro.

Faz-se mister detalhar que a pesquisa será baseada no raciocínio hipotético-dedutivo, como método de abordagem, através do qual se procederá à análise do tema proposto, bem como o respeito aos princípios constitucionais.

Da mesma forma, especifica-se que se fará uso do método monográfico, como método de procedimento, que terá utilidade na medida em que se formará um minucioso estudo, no qual se observará a atuação da Administração Pública no tocante à edição de atos vinculados e discricionários, e também atuação do Poder Judiciário, no que tange ao controle dos atos exercidos pela Administração Pública, onde será observada a importância do controle para a limitação da discricionariedade com o intuito de dar segurança jurídica ao povo brasileiro e manutenção da Carta Magna, garantindo a não ocorrência de abuso de poder.

Explica-se, por último, o método histórico, como método procedimental e auxiliar, fazendo uma análise do surgimento do Estado até chegar no que se tem atualmente, promovendo o parâmetro de momentos históricos vividos por outros países na formação do que se tem por Estado.

Com o fim de melhor organizar as informações, o presente trabalho monográfico será dividido em três capítulos. No primeiro, será abordado, de maneira breve, o contexto histórico de surgimento do Estado e do Direito Administrativo

enquanto ciência jurídica, momento no qual será traçada a evolução do Estado em diversos países, através de consagrados doutrinadores da ciência política.

Logo após, o segundo capítulo terá como norte o estudo dos atos administrativos, passando a análise da possibilidade de abuso de poder no tocante a edição destes atos com a propagação do abuso de poder e da necessidade do controle administrativo como forma de limitação da discricionariedade administrativa.

O terceiro capítulo tratará do ponto central do trabalho científico em apreço. Será analisado o limite da discricionariedade dos atos administrativos, sob o aspecto da Constituição Federal de 1988. Sendo, oportunamente, nesta ocasião, tratado o conceito da Teoria da Redução da Discricionariedade a Zero, e sua aplicabilidade no Direito Administrativo brasileiro, através de análise de caso concreto.

2 SURGIMENTO DO ESTADO

Para que se entenda como surgiu a noção atual de Estado, é necessária uma análise histórica dos primórdios da sociedade, utilizando-se dos estudos de grandes clássicos da política e, até mesmo, doutrinadores de Direito.

Antes de mais nada, é necessário que se saiba que o conceito de Estado mais aceito é a noção de que este se forma de três elementos: território, população e governo.

O homem sempre viveu em sociedade. Daí vem a expressão: *Ubi Societa Ibi Jus*, do latim, que significa que não há sociedade sem direito. A organização é o que sustenta a sociedade, que necessita de autoridade e liberdade como elementos essenciais, a sociedade que atingir determinado grau de evolução acabará virando um Estado. Segundo Aristóteles “para viver fora da sociedade, o homem precisaria estar abaixo dos homens ou acima dos deuses”. Conforme Bastos (2003, p.11):

É um truísmo afirmar-se que o homem é um animal social. Com efeito, tem sido esta sua situação em todos os tempos, a de viver em sociedade. Nada obstante isto, os autores se esforçam em procurar explicações para a formação desta, para o que teria levado o homem a abandonar uma situação de vida individual a fim de entrar numa forma qualquer de organização social. Quer-nos parecer que nunca será possível identificar uma razão específica para a formação da sociedade. Ela se confunde com o próprio evoluir do homem, perdendo-se, portanto, nas origens da própria espécie humana

Segundo Carré de Malberg (2015), o estado existe a partir do momento em que a coletividade estatal se organiza e possui órgãos que querem e agem por ela. Sendo assim, não influem sobre sua existência as transformações posteriores como Constituição e formas de governo, o Estado nasce e permanece, apesar das mudanças.

O Estado, como uma sociedade política, originou-se de uma espécie de contrato entre os membros da sociedade humana. De acordo com Rousseau, este contrato deve ter sido geral, unânime e baseado na igualdade dos homens. Se faz pertinente a adução de Rousseau (apud Azambuja, 2008, p.120):

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado pelo qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, no entanto, senão a si mesmo e permaneça livre como antes.

Entretanto, a teoria de Rousseau de que o Estado se originou através de um contrato em que todos estão associados de forma voluntária não pode ser aceita, uma vez que cada um teria sempre o direito de sair da associação, e isso seria uma oportunidade para a dissolução social e a anarquia.

Dentre os filósofos que defendem a ideia de Estado-contrato encontra-se: Thomas Hobbes, com a sua icônica afirmação de que “O homem é o lobo do homem”. Hobbes nos diz que a natureza do homem não muda, afirmando que este vive em constante estado de guerra, caso não haja um Estado controlando e reprimindo, uma vez que o homem é o único ser que age de acordo com ações e cálculos no estado de natureza.

Sendo assim, resta clara a visão de Thomas Hobbes acerca da natureza humana de guerra, além da necessidade de um Estado formado por um contrato para suprimir esta natureza, o que bate de frente com a visão de Aristóteles do homem como animal social e como tal precisa da sociedade, ou seja, do Estado, para sobreviver.

Para que se possa entender o Estado moderno é necessário que haja uma noção histórica do Estado. Na brilhante visão de Paulo Bonavides, o Estado na antiguidade é a cidade, com a condensação de todos os poderes e da cidade é que se irradiam as formas de dominações expansivas de poder e força, uma vez que normalmente é na cidade que fica a “base dos impérios, das hegemonias, dos grandes reinos formados ao redor da boa fortuna com que as armas da conquista se fizeram triunfantes”.

No caso do Estado na Idade Média, a ideia de Estado enfraqueceu com a vinda do feudalismo, ao menos no sentido de instituição materialmente concentradora de coerção, apta a estampar um sistema de plenitude normativa e eficácia absoluta.

Em seguida, houve a primeira fase do absolutismo, com a dita monarquia absoluta e direito divino, cuja legitimidade, em termos abstratos, é ministrada

grandemente, em seus fundamentos teóricos, pela doutrina dos teólogos, que põem o altar ao lado do trono para dar-lhe arrimo e sustentação.

Na segunda fase a teoria do absolutismo, desata-se dos laços teológicos e metafísicos que eram, não raro, um freio ao monarca, por este dever respeito e fidelidade às hierarquias eclesiásticas, com as quais o soberano de direito divino havia selado aliança. Nas sábias palavras de Bonavides (2008, p.38):

Com efeito, Hobbes entra em cena e escreve o Leviatã, a obra clássica do absolutismo, o mais engenhoso tratado de justificação dos poderes extremos, servidos de uma lógica perversa, em que a segurança sacrifica a liberdade e a lei aliena a justiça, contanto que a conservação social de que é fiador o monarca seja mantido a qualquer preço.

Sendo assim, o homem perdia sua liberdade em troca da certeza da conservação e manutenção do Estado. Charles Montesquieu se preocupava em encontrar uma forma de governo que não favorecesse tiranias nem absolutismos, para obter uma igualdade de direitos entre todos e um Estado justo e democrático, trazendo, assim, a sua brilhante teoria da tripartição dos poderes ou separação dos poderes, que consiste, de forma simples, na divisão do poder, que era uno e exercido por uma única pessoa, em três poderes: o legislativo, executivo e judiciário. Cada um desses poderes possui suas limitações onde começaria o próximo poder, fazendo com que se respeitem e se regulem entre si, como dito por Montesquieu em sua obra “só o poder freia o poder”. Esta teoria dá parâmetro ao constitucionalismo, ou seja, o conjunto de leis contidas numa constituição.

As revoluções ocorridas no século XVIII foram de vital importância para que se desse a queda do absolutismo e surgimento do constitucionalismo, que é a forma atual de governo do Brasil, possuindo, atualmente, como carta magna, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

No final do século XVIII, após as revoluções e a nova forma de governo, denominada constitucionalismo, surgiram as meditações do socialismo utópico, primeiramente encabeçado por Francisco Emílio Babeuf, o chefe da célebre conspiração dos iguais, após os anos de terror da Revolução Francesa. Essa corrente do socialismo utópico fez profundas críticas à sociedade capitalista da

época, apontando males em detrimento da nova ordem econômica implantada na Europa desde a Revolução Industrial.

Os utópicos produziam teorias de como a sociedade deveria ser, produzindo esquemas de reforma social almejando uma sociedade perfeita. Bonavides (2008, p.175) expressa o socialismo utópico como:

Alcançamos assim o momento de caracterização do que seja o socialismo utópico: em rigor um grito de guerra, uma palavra de protesto contra a sociedade que foi, contra a sociedade que é e, portanto, um programa da sociedade ideal, um programa para a sociedade do futuro, a sociedade que deveria ser. Atentem bem: condenação da sociedade que foi e sobretudo da sociedade que é, da sociedade então existente no mundo ocidental.

A principal diferença entre o socialismo científico e o socialismo utópico está presente no fato de que os utopistas buscam a sociedade que deveria ser, formulando uma sociedade de puro subjetivismo, da imaginação de cada qual.

Na visão de Marx, o Estado é mecanicista e é instrumento de poder, uma arma poderosa em mãos de uma determinada classe, utilizada, segundo ele, não a favor da sociedade, mas em benefício da classe forte e privilegiada, contra as classes fracas e oprimidas.

2.1 ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Uma vez formado o Estado, para que este funcione, é necessário que haja leis, como mostrado anteriormente, o marco de “origem” do Estado atual se dá através da Constituição. Para se falar em Direito Administrativo é preciso entender o contexto histórico nos séculos XVIII e XIX.

O Direito Administrativo começou a ser considerado um ramo autônomo nos fins do século XVIII e início do século XIX. No entanto, as normas administrativas datam de antes disso, uma vez que onde quer que exista o Estado se faz necessária a existência de órgãos encarregados das atividades administrativas e estes regem-se através de normas.

O que ocorre é que na prática tais normas administrativas eram encaixadas no direito civil. Nesse ponto, mostram-se oportunas as lições de Pietro (2012, p.1) que aduz:

[...]o que haviam eram normas esparsas relativas principalmente ao funcionamento da Administração Pública, à competência de seus órgãos, aos poderes do Fisco, à utilização, pelo povo, de algumas modalidades de bens públicos, à servidão pública. Não se tinha desse ramo do direito uma elaboração baseada em princípios informativos próprios que lhe imprimissem autonomia.

Vê-se, pois, apesar de já se encontrar presente nas leis da época o Direito Administrativo, este ainda não havia garantido seu espaço como ciência a ser estudada e não possuía princípios próprios a serem aplicados.

A formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo de ciência jurídica, iniciou-se, concomitantemente com o direito constitucional e alguns outros ramos do direito público, tendo seus primórdios na fase do Estado Moderno sob o conceito de Estado de Direito, com sua estrutura baseada no princípio da legalidade, em decorrência de que até os governantes se submetem à lei fundamental.

É na constituição, que se materializa a base o princípio da separação dos poderes de Montesquieu, datado no século XVIII, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.

Sendo assim, há quem afirme que o Direito Administrativo resulta exclusivamente da situação gerada pela Revolução Francesa, só existindo nos países que adotaram os princípios por ela defendidos. Pietro (2012, p. 3), com maestria, entende que:

Não se afigura verdadeira a tese de que o Direito Administrativo só exista nos sistemas formados com base nos princípios revolucionários do século XVIII. O que é verdadeiro é o fato de que nem todos os países tiveram a mesma história nem estruturaram pela mesma forma o seu poder; em consequência, o Direito Administrativo teve origem diversa e desenvolvimento menos em alguns sistemas, como o anglo-americano. Mesmo dentro dos 'direitos' filiados ao referido sistema europeu existem diferenças que vale a pena assinalar, uma vez que, quanto menos desenvolvido o Direito Administrativo, maior é a aplicação do direito privado nas relações jurídicas de que participa o Estado.

Logo, pode-se concluir que o Direito Administrativo existe independentemente da história vivenciada pelo país, já que esta ciência se faz necessária em qualquer Estado. No entanto, existem países em que este Direito é menos desenvolvido, prevalecendo as normas de Direito Privado.

O Direito Francês teve importância extrema no que diz respeito a autonomia do Direito Administrativo. É considerado como ponto inicial do nascimento deste direito, a Lei de 28 pluvioso do ano VIII (1800), que tratou de organizar juridicamente a Administração Pública da França.

O apego à separação de poderes e a desconfiança perante aos juízes do velho regime foram fundamento para a criação, na França, da jurisdição administrativa (o contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum, sendo, desta forma, criado o sistema de dualidade de jurisdição. O contencioso administrativo na França teve apoio do artigo 13 da Lei de 24 de agosto de 1790, que consistia em:

As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que estes, exercem.

Inicialmente, a própria administração decidia os seus conflitos com os particulares, já que o Judiciário não podia fazê-lo. Essa fase foi denominada “administrador-juiz”, já que a administração era, ao mesmo tempo, juiz e parte. No ano VIII desenvolve-se uma verdadeira jurisdição administrativa, que resulta na criação do Conselho de Estado, que passou a exercer função verdadeiramente jurisdicional a partir de 1872, quando se tornou independente e suas decisões deixaram de submeter-se ao chefe de Estado.

A França é tida como pioneira a produzir obras de Direito Administrativo como categoria própria, constituída por princípios autônomos; é o caso do “Cours de droit administratif”, de Duqroc, das “Conférences sur le Droit”, de Aucoc, e do “Traité sur la jurisdiction administrative”, de Laferrrière. Foi, também, o direito francês o primeiro a colocar o Direito Administrativo como matéria de ensino universitário,

sendo datada a inauguração da disciplina em 1819, que fora ministrada pelo Barão de Gerando.

De acordo com Vedel (1964:57), o Direito Administrativo Francês possui quatro princípios essenciais, a saber: o da separação das autoridades administrativa e judiciária, que determina as matérias para as quais os tribunais judiciais são incompetentes; o das decisões executórias, que reconhece à administração a prerrogativa de emitir unilateralmente atos jurídicos que criam obrigações para o particular, independentemente de sua concordância; o da legalidade, que obriga a administração a seguir a lei (bastante similar ao princípio da legalidade seguido pelo direito administrativo brasileiro); e o da responsabilidade do poder público, em virtude do qual as pessoas públicas devem reparar os danos causados aos particulares.

Enquanto na França o Direito Administrativo surgiu pós-revolução, quando se rompeu inteiramente com o sistema anterior, na Alemanha essa ruptura não ocorreu, resultando o Direito Administrativo alemão de uma longa evolução, não processada da mesma maneira nos diferentes Estados.

Na idade média, era conferido ao príncipe uma série de prerrogativas e poderes que deveriam ser exercidos visando o interesse da coletividade. Em uma segunda fase, foi ampliado o poder do príncipe constituindo o chamado “jus politiae” (direito de polícia), que concentrava nas mãos dos príncipes o poder de interferir na vida dos cidadãos, a fim de alcançar a segurança e o bem-estar coletivo; houve, neste período, uma separação entre a polícia e a justiça; o príncipe podia “legislar” regras de polícia, relativas à Administração, e normas relativas à justiça, ficando estas últimas fora de sua ação enquanto as outras eram aplicadas pelo príncipe e seus funcionários, que agiam exclusivamente sob normas dele emanadas e sem assegurar aos indivíduos apelo aos tribunais.

Para evitar o poder absoluto do príncipe, foi elaborada a teoria do fisco, que consistia em que o patrimônio público não pertence ao príncipe nem ao Estado, mas sim ao Fisco, que teria personalidade de direito privado, diversa da personalidade do Estado, associação política, pessoa jurídica de direito público, com poderes de mando, de império; o primeiro submetia-se ao direito privado e, em consequência, aos tribunais; o segundo regia-se por normas editadas pelo príncipe, fora da apreciação dos tribunais. Ocorre que, com esta teoria, grande parte das relações

jurídicas em que a Administração era parte passou a ser regida pelo Direito Civil e a submeter-se a tribunais independentes do príncipe.

No Estado Moderno, o regime de polícia e a ideia de soberania do Estado foram mantidas, no entanto, o dualismo do Estado e Fisco foi desaparecendo, dando margem ao desenvolvimento do direito público, ou seja, do direito administrativo, para reger as relações jurídicas do Estado, sendo o Direito Civil utilizado apenas de forma subsidiária.

Sendo assim, pode-se observar que a influência do Direito Civil foi muito maior na elaboração do Direito Administrativo alemão do que no francês, além da ausência de revolução para que este surja na Alemanha.

Na Itália também não houve rompimento de forma brusca com o regime anterior. As origens do Direito Administrativo italiano vêm do Direito Administrativo piemontês que, sob dominação da França, foi bastante influenciado pelo direito francês elaborado a partir da época de Napoleão.

Em um momento posterior, verifica-se alterações na legislação, em especial nas quatro primeiras partes anexas da lei nº 2.248, de 20-03-1865, conhecida como “Lei sobre unificação administrativa do Reino”, que consistia em 6 anexos. Os quatro primeiros anexos foram modificados com o intuito de adaptá-los aos princípios liberais defendidos na Europa no século XIX.

A terceira fase (1922 a 1943) foi marcada pelo aparecimento do facismo, com adoção de princípios autoritários e abolição dos postulados democráticos na organização dos órgãos administrativos.

Os princípios democráticos foram reinstaurados com a queda do facismo, com o sistema de governo parlamentar, reconstituindo-se os órgãos eletivos nos municípios e nas províncias, limitando-se os poderes do prefeito e criando-se a autonomia regional.

2.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

De acordo com Meirelles (2006, p.40), direito administrativo é: “Conjunto harmônico de princípios que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas

tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”. Pietro (2012, p.48) doutrina o Direito Administrativo como:

O ramo do Direito Público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

Com base nos brilhantes doutrinadores citados acima, pode-se entender que o direito administrativo é um ramo do direito público regido por leis próprias que trata de regras e princípios que disciplinam a função administrativa na atuação da administração pública e que abrange entes, órgãos, agentes e atividades desempenhadas pela administração pública na consecução do interesse público.

A função administrativa é exercida tipicamente pelo poder executivo, mas pode ser desempenhada também pelos demais poderes, em caráter atípico. Como por exemplo, os demais poderes praticam atos administrativos para realização de nomeação de seus servidores, fazem suas licitações e celebram contratos administrativos, ou seja, tomam medidas concretas de gestão de seus quadros e atividades. Cretella Júnior (1988, p.7) conceitua o princípio como:

Princípio é antes de tudo, ponto de partida. Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.

Logo, pode-se observar quão grande é a importância dos princípios, não apenas para o direito administrativo, mas para o ordenamento jurídico como um todo. Porém, qual é a diferença entre princípio e norma e qual o papel do princípio? Para grande parte dos doutrinadores é comum com a diferenciação através da afirmação de que “os princípios são mais abstratos que as normas”.

Pode-se evidenciar a diferença de aplicabilidade já que a norma possui aplicação direta enquanto que os princípios demandam medidas de comparação e adequação ao caso concreto. Existe, também, o critério da diferenciação radical, que

encontra na relação entre normas e princípios uma distinção qualitativa quanto à estrutura lógica e quanto à intencionalidade normativa.

Os princípios mais comuns do direito administrativo estão dispostos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, entre eles: legalidade; impessoalidade; moralidade; publicidade; eficiência; supremacia do interesse público; indisponibilidade; autotutela; continuidade dos serviços públicos; segurança jurídica; motivação dos atos administrativos; razoabilidade e proporcionalidade.

Princípio da Legalidade: garante que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei”. No caso a administração pública não há aplicação do princípio nesse sentido, uma vez que não há intenção de se criar “liberdade” à administração. Sendo assim, o princípio é melhor aplicado no direito administrativo no sentido de que a vontade da lei deve prevalecer.

Princípio da impessoalidade: encontra-se ligado aos princípios da finalidade, isonomia e até mesmo o da legalidade. Garante que o agente público deve executar um tratamento “impessoal”, ou seja, igualitário com a finalidade de possibilitar a isonomia entre os particulares.

Princípio da Moralidade Administrativa: dispõe acerca da conduta do administrador, uma vez que este deverá agir de forma ética e profissional. Existindo, até mesmo, sanções previstas para o descumprimento deste princípio.

Princípio da Publicidade: traz a obrigação da administração pública publicar seus atos no diário oficial ou através de editais, além de assegurar a obrigação de transparência da administração.

Princípio da Eficiência: obriga o agente público a trabalhar com eficiência e presteza no desempenho de suas funções.

Princípio da Supremacia do Interesse Público: traz a garantia de que o interesse coletivo será priorizado em face do interesse privado.

Princípio da Indisponibilidade: os bens públicos não estão disponíveis ao administrador, uma vez que pertencem à coletividade e devem ser utilizados para satisfazer o interesse público.

Princípio da Autotutela: traz o dever da administração de apreciar mérito por conveniência ou oportunidade, além de anular atos ilegais.

Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos: garante aos particulares que os serviços públicos não serão interrompidos, para que a sociedade não seja prejudicada.

Princípio da Segurança Jurídica: assegura a proteção da confiança e a garantia da prestação das relações jurídicas.

Princípio da Motivação dos Atos da Administração Pública: traz o dever de motivar com fatos a aplicação do direito, visando assegurar o controle jurisdicional e sua validade.

Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade: a razoabilidade visa assegurar que o ato administrativo seja necessário à sociedade e os meios empregados devem ser adequados à finalidade da execução. Já a proporcionalidade, traz que deve haver proporcionalidade tanto na necessidade, quanto na adequação.

Existem outros princípios de direito administrativo que poderiam ser abordados. Porém, estes são os principais e estão contidos no mesmo dispositivo constitucional que serve como base para o estudo da administração pública.

2.3 DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

A administração pública é organizada através de órgãos, entidades e agentes públicos, que desempenham funções necessárias à organização administrativa e aos interesses do Estado. Normalmente, essa organização se dá através de leis, decretos e normas inferiores. Ratificando o exposto acima, Meirelles (2006, p.63) aduz que:

Após a organização soberana do Estado, com a instituição constitucional dos três poderes que compõem o Governo, e a divisão política do território nacional, segue-se a organização da Administração, ou seja, a estruturação legal das entidades e órgãos que irão desempenhar as funções, através de agentes públicos (pessoas físicas). Essa organização faz-se normalmente por lei, e excepcionalmente por decreto e normas inferiores, quando não exige a criação de cargos nem aumenta a despesa pública.

Entidades são pessoas jurídicas, sejam públicas ou privadas. Órgãos são elementos sem personalidade jurídica com o objetivo de realização das atividades da entidade a que pertence, através de seus agentes.

Para Mello (2009, apud Marinela, 2011, p.94), órgãos públicos são: “Unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições, de poderes funcionais do Estado, repartidos no interior da personalidade estatal e expressados por meio dos agentes públicos neles providos”. Meirelles (2006, p.67) aduz que:

Órgãos públicos são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. São unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal. Cada órgão, como centro de competência governamental ou administrativa, tem necessariamente funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica.

O órgão não possui vontade própria e, como consequência, não possui direitos nem responde por seus atos, uma vez que não possui personalidade jurídica. A responsabilização dos atos exercidos pelos órgãos se dá pela pessoa jurídica a qual aqueles integram.

A administração direta ou centralizada consiste no conjunto de órgãos públicos que compõem a estrutura dos entes federativos. Portanto, são elas: a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, cada qual com sua estrutura administrativa e seus órgãos.

A administração indireta é composta por entidades que possuem personalidade jurídica própria e são responsáveis pela execução da atividade administrativa descentralizada. São elas: as autarquias, as fundações e as empresas estatais, ou seja, as empresas públicas e sociedades de economia mista.

A administração pública, seja direta ou indireta, órgãos ou entidades buscam o interesse público agindo através dos chamados atos e contratos administrativos.

3 A DISCRICIONARIEDADE NUMA RESERVA DE PODER CONFERIDO AO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Quando se fala em discricionariedade, logo se tem em mente a ideia de “liberdade” do agente público para desempenhar certo ato. De acordo com as doutrinas de direito administrativo, a administração pública possui os chamados poderes administrativos e, quando se fala no grau de liberdade do administrador, o poder vinculado e o poder discricionário que são os principais poderes-deveres a serem discutidos.

Carvalho Filho (2014, p. 51) conceitua os poderes administrativos como: “o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins”. É por esta razão que os poderes administrativos também são conhecidos como poderes instrumentais, uma vez que servem para que exercida a atividade administrativa que busca o interesse público. Acerca dos poderes administrativos, Marinela (2011, p. 202) expressa que:

Essas prerrogativas apresentam algumas características básicas. Inicialmente, deve-se lembrar que o exercício do poder não representa uma simples faculdade para o administrador. Uma vez caracterizado o interesse público, ele terá o dever de agir. A Administração, apesar das prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público, não tem a mesma autonomia e liberdade que os particulares quando exercitam os seus direitos, em razão da função pública que exerce.

Os poderes administrativos são ditos como poderes-deveres, pois o administrador pode e deve agir buscando o interesse da coletividade, em observância da lei vigente, sendo respeitado o princípio da legalidade. Marinela (2011, p 203) afirma que:

É reconhecido que no Estado de Direito inexistente um poder que seja absolutamente vinculado ou absolutamente discricionário, mas que na verdade em qualquer deles o que se verifica são os atos administrativos com competências vinculadas ou discricionárias, portanto, não sendo essa a classificação do Poder, mas sim do ato administrativo em seu exercício.

Logo, é possível perceber que mesmo os atos vinculados irão requerer certa discricionariedade por parte do administrador e no caso dos atos discricionários estes estarão vinculados à lei mesmo que a escolha de como exercer o ato caiba ao administrador, uma vez que este deve obedecer à lei. Mello (2009, p. 829) compartilha desta visão, quando afirma:

Em rigor, no Estado de Direito inexistente um poder, propriamente dito, que seja discricionário fruível pela Administração Pública. Há, isto sim, atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a atuação administrativa é totalmente vinculada. Poder discricionários abrangendo toda uma classe ou ramo de atuação administrativa é coisa que não existe.

Embora doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello afirmem não existir a distinção do poder, como exposto acima, existem doutrinadores que diferem os poderes administrativos.

Quanto ao poder vinculado, Meirelles (2006, p. 117) aduz que: “Poder vinculado é aquele que o Direito Positivo – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização”.

Meirelles (2006, p. 199) afirma que: “Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”. Nesse mesmo sentido, Carvalho Filho (2014, p. 51) conceitua poder discricionário como:

Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade.

Sendo assim, o poder discricionário garante ao administrador o Direito de agir da maneira que for mais benéfica para atingir os fins da administração, sendo estes os interesses da coletividade.

Quando se fala em reserva de poder conferido ao administrador público, remete-se ao poder discricionário, uma vez que este garante ao administrador liberdade para agir através de “oportunidade e conveniência” em busca dos objetivos da administração. Acontece que, em alguns casos, esta liberdade garantida pela prerrogativa da discricionariedade acaba se estendendo demais, o que a torna passível de críticas.

Quando a liberdade dada pela discricionariedade ultrapassa certos limites ocorrem abusos, podendo tornar os atos da administração abusivos e, como consequência, resultando em abuso de poder ou desvio de finalidade. Marinela (2011, p. 251) conceitua ato administrativo como:

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

Os atos exercidos pela administração pública são os ditos atos administrativos, podendo estes serem atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários.

Os atos administrativos possuem pressupostos que servem como parâmetros do ato, sem os quais o ato pode ser considerado inválido pelo Judiciário ou até pela própria administração. Os pressupostos do ato administrativo são: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

Sujeito é aquele a quem a lei atribui a competência para praticar o ato, podendo-se falar até em vinculação já que a lei é quem determina esta competência. No entanto, a competência pode ser delegada ou avocada.

A forma do ato pode ser dividida em três aspectos formais: sendo, o primeiro, o modo de produção e divulgação do ato, no qual os vícios são relevantes, principalmente quando reduzem a publicidade dos atos. O segundo aspecto é a motivação, que é a exposição das razões que levaram o administrador a optar por determinada medida. O administrador fica vinculado à motivação do ato, permitindo o controle judicial do ato evitando que o administrador se utilize de argumentos posteriores com a finalidade de rebater críticas, justificando, posteriormente, seu ato.

A ausência de motivação do ato é causa de invalidação do ato. O procedimento é o terceiro aspecto formal, trata-se de atos jurídicos que devem preceder um determinado ato, juntamente com o motivo, os requisitos procedimentais são condições para a prática de certo ato administrativo.

Motivo trata-se do caso concreto, que justifica o ato administrativo exercido. Contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática. O motivo se faz necessário a todo ato administrativo, sob pena de nulidade do ato.

Por fim, a finalidade é o objetivo do ato administrativo que deve estar prevista em lei. Sendo este pressuposto de grande importância não apenas para que se exerça o ato, mas, também, para que ocorra o controle judicial, pois mesmo que o administrador utilize de suas atribuições, respeitando os pressupostos anteriores, ainda assim, é possível que haja desvio na finalidade do ato, podendo, o administrador exercê-lo com fins pessoais ou mesmo outros fins diversos dos previstos em lei.

No Supremo Tribunal Federal, a motivação dos atos administrativos é tida como critério para constatação de sua legalidade:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRESSUPOSTO ESPECÍFICO DE RECORRIBILIDADE. A parte sequiosa de ver o recurso extraordinário admitido e conhecido deve atentar não só para a observância aos pressupostos gerais de recorribilidade como também para um dos específicos do permissivo constitucional. Longe fica de vulnerar o artigo 6º, parágrafo único, da Constituição de 1969, acórdão em que afastado ato administrativo praticado com abuso de poder, no que revelou remoção de funcionário sem a indicação dos motivos que estariam a respaldá-la. Na dicção sempre oportuna de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível (STF, Segunda Turma, RE 131661 / ES, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Publicação: DJ 17-11-1995) (grifo nosso)

Os atos administrativos possuem atributos que, assim como os poderes-deveres, servem como prerrogativas para que os atos possam encontrar os fins desejados pela Administração Pública. São eles: Presunção de legitimidade e veracidade; imperatividade; autoexecutoriedade e tipicidade.

A presunção de legitimidade, como o próprio nome já diz, garante que os atos administrativos estão em conformidade com a lei, até que se prove o contrário,

ou seja, os atos administrativos possuem presunção *iuris tantum*, isto é, presunção relativa de legitimidade.

A presunção de veracidade corresponde aos fatos alegados pela Administração, uma vez que estes presumem-se verdadeiros. Pietro (2012, p. 205) exemplifica este atributo através do que “ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública”.

A imperatividade é o atributo que impõe a terceiros a vontade da administração presente em seus atos, sem que seja necessária a concordância daqueles. Assim como afirma Pietro (2012, p. 207) “A imperatividade é uma das características que distingue o ato administrativo do ato de direito privado; este último não cria qualquer obrigação para terceiros sem a sua concordância”.

A autoexecutoriedade é um atributo que garante que a própria Administração Pública pode pôr em execução o ato administrativo, sem que seja necessária a intervenção do Poder Judiciário. Como, por exemplo, a cobrança de uma multa de trânsito, que é um ato administrativo que claramente se utiliza do atributo acima descrito.

A tipicidade é o atributo do ato administrativo que faz com que os atos necessitem corresponder a normas previamente definidas pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Este atributo faz com que os atos administrativos estejam vinculados a lei, mesmo em casos de atos administrativos discricionários, que apesar da liberdade dada em alguns casos, ainda assim, se faz necessária a vinculação à lei. Pietro (2012, p. 208-209) aduz que:

Trata-se de decorrência do princípio da legalidade, que afasta a possibilidade de a Administração praticar atos inominados; estes são possíveis para os particulares, como decorrência do princípio da autonomia da vontade. Esse atributo representa uma garantia para o administrado, pois impede que a Administração pratique os atos dotados de imperatividade e executoriedade, vinculando unilateralmente o particular, sem que haja previsão legal; também fica afastada a possibilidade de ser praticado ato totalmente discricionário, pois a lei, ao prever o ato, já define os limites em que a discricionariedade poderá ser exercida.

Meirelles (2006, p. 167-168) conceitua atos vinculados como:

Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as

imposições legais absorvem, quase por completo a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo judiciário, se assim o requerer o interessado.

Já Carvalho Filho (2014, p. 111) entende como atos vinculados:

Quando se trata de atividade vinculada, o autor do ato deve limitar-se a fixar como objeto deste o mesmo que a lei previamente já estabeleceu. Aqui, pode dizer-se que se trata de objeto vinculado. Como exemplo, temos a licença para exercer profissão: se o interessado preenche todos os requisitos legais para a obtenção de licença para exercer determinada profissão em todo o território nacional, esse é o objeto do ato; desse modo, não pode o agente, ao concedê-la, restringir o âmbito do exercício da profissão, porque tal se põe em contrariedade com a própria lei.

Na visão de Marinela (2011, p. 254) atos vinculados são:

Os atos vinculados ou regrados são aqueles que a Administração age nos estritos limites da lei, simplesmente porque a lei não deixou opções. Ela estabelece os requisitos para a prática do ato, sem dar ao administrador liberdade de optar por outra forma de agir. Por isso, diante do poder vinculado, surge para o administrado o direito subjetivo de exigir da autoridade a edição do ato, ou seja, preenchidos os requisitos legais, o administrador é obrigado a conceder o que foi requerido.

Sendo assim, pode-se entender os atos administrativos vinculados como aqueles atos em que a lei não previu liberdade na atuação da Administração Pública, exigindo que o ato seja exercido da forma que consta na lei, sob pena de nulidade do ato praticado. Quanto aos atos administrativos discricionários, Meirelles (2006, p. 169) determina que:

Atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização. A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração de praticá-lo pela maneira e nas condições que reputa mais convenientes ao interesse público.

Para Marinela (2011 p. 254), atos discricionários são:

Atos discricionários são aqueles em que a lei prevê mais de um comportamento possível a ser adotado pelo administrador em um caso concreto. Portanto, há margem de liberdade para que ele possa atuar com base em um juízo de conveniência e oportunidade, porém, sempre dentro dos limites da lei.

Vale, ainda, remeter à definição de Mello (2007, p. 957):

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

Pode-se observar que, no caso dos atos administrativos discricionários, a lei confere a Administração Pública a liberdade de agir conforme sua conveniência, o que não ocorre com os atos vinculados que não gozam de liberdade para a Administração.

3.1 DO ABUSO DE PODER E DESVIO DE FINALIDADE

Como explicado anteriormente, o poder é dado à Administração Pública com a finalidade de garantir, através, de uma série de prerrogativas que os interesses da coletividade sejam atendidos. Sendo assim, o poder pode e deve ser usado com o intuito de alcançar os objetivos da administração.

Carvalho Filho (2014, p.46) entende por uso do poder:

O poder administrativo representa uma prerrogativa especial de direito público outorgada aos agentes do Estado. Cada um desses terá a seu cargo a execução de certas funções. Ora, se tais funções foram por lei cometidas aos agentes, devem eles exercê-las, pois que seu exercício é voltado para beneficiar a coletividade. Ao fazê-lo, dentro dos limites que a lei traçou, pode dizer-se que usaram normalmente os seus poderes. Uso do poder, portanto, é a utilização normal, pelos agentes públicos, das prerrogativas que a lei lhes confere.

Nesse mesmo sentido Meirelles (2006, p. 110) aduz que:

O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrada, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir. A utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, a violência contra o administrado, constituem formas abusivas do uso do poder estatal, não toleradas pelo Direito e nulificadoras dos atos que as encerram.

O abuso de poder, como o próprio nome já diz, ocorre quando a autoridade possui competência para exercer o ato, mas, ao exercê-lo, extrapola seus limites enquanto autoridade. Um exemplo claro e comum ocorre quando uma autoridade administrativa aplica uma penalidade que excede os seus poderes, ou seja, é competente para aplicar suspensão, mas aplica a demissão.

Marinela (2011, p. 225) aduz que:

Usar normalmente o poder é uma prerrogativa, é emprega-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público, devendo ser utilizado sempre em benefício da coletividade administrativa. Entretanto, nem sempre o administrador utiliza adequadamente esse instrumento, caracterizando o que se denomina abuso de poder.

O abuso de poder é dividido em duas formas: Excesso e Desvio de Poder. Nas palavras de Meirelles (2006, p. 110): “O abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas”.

O excesso de poder trata dos casos em que a autoridade era competente para exercer o ato, porém foi além dos limites permitidos pela lei. Já o desvio de poder ou desvio de finalidade ocorre quando o agente, embora dentro de sua competência, exerce o ato com uma finalidade que não seja o interesse da coletividade.

Marinela (2011, p. 225) afirma que: “Desvio de finalidade representa um mau uso da competência que o agente possui para praticar atos administrativos, na busca de uma finalidade que não pode ser buscada ou, quando pode, não for possível por entremeio do ato utilizado”.

O desvio de finalidade pode se apresentar de dois modos: quando o agente busca uma finalidade que contraria o interesse público, ou quando o agente busca uma finalidade do interesse público, alheia à categoria do ato que utilizou, tornando o ato inválido por desconformidade com a lei.

Como exemplo desse segundo modo em que o desvio se apresenta, temos o caso do administrador que remove um servidor público com o objetivo de aplicá-lhe uma penalidade, todavia, esse ato de remoção, de acordo com a previsão legal, serve para acomodação das necessidades do serviço e não está na lista de possíveis penalidades aplicáveis por infrações funcionais.

O desvio de poder ou desvio de finalidade é mais comum nos atos discricionários, tendo em vista a dificuldade na obtenção de prova efetiva do desvio uma vez que a ilegitimidade vem sob aparência de legalidade.

3.2 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

Apesar da separação dos poderes, a Administração Pública, no exercício de suas funções, está sujeita ao controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de poder, ela mesma, exercer a autotutela sobre os próprios atos, isto é, anular seus atos conforme haja oportunidade ou conveniência ou em caso de vício ou ilegalidade constatada.

Nesse sentido, temos hoje duas súmulas do Supremo Tribunal Federal: a Súmula nº 346, que afirma: “A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos”, sendo complementada pela súmula nº 473, que estabelece: “A Administração pode anular os 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”.

Os termos “controle administrativo” e “controle da administração” não se confundem. Marinela (2011, p. 985) diferencia controle administrativo e controle da administração como:

Por fim, é interessante não confundir “controle administrativo” com “controle da administração”, pois aquele tem uma conotação interna, baseada no princípio da autotutela, enquanto que este possui um conceito mais amplo, englobando também o controle dos demais Poderes, o controle exercido pelo Poder Judiciário ou pelo Legislativo, ou mesmo pela opinião pública, hodiernamente exercido com a profusão dos veículos midiáticos e a facilidade na obtenção das informações.

Pode-se observar que o objetivo de ambos é o mesmo, qual seja, a realização do controle de atos administrativos visando a conformidade aos princípios administrativos e a manutenção da vinculação dos atos à lei vigente. Tendo como diferença entre controle administrativo e controle da administração, apenas, o órgão ou o Poder que exercerá o controle do ato. Quanto à necessidade do controle da administração Meirelles (2006, p. 664) aduz que:

A Administração Pública, em todas as suas manifestações, deve atuar com legitimidade, ou seja, segundo as normas pertinentes a cada ato e de acordo com a finalidade e o interesse coletivo na sua realização. Até mesmo nos atos discricionários a conduta de quem os pratica há de ser legítima, isto é, conforme as opções permitidas em lei e as exigências do bem comum. Infringindo as normas legais, ou relegando os princípios básicos da Administração, ou ultrapassando a competência, ou se desviando da finalidade institucional, o agente público vicia o ato de ilegitimidade e o expõe a anulação pela própria Administração ou pelo Judiciário, em ação adequada.

Sendo assim, nos casos em que a Administração Pública não atua de acordo com os fins previstos em lei ou desrespeita os princípios de direito administrativo, é necessário o controle da administração, seja ele feito pela própria Administração ou não. Meirelles (2006, p. 670-671) conceitua controle administrativo como:

Controle administrativo é todo aquele que o executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando a mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pelo quê é um controle de legalidade e de mérito. Sob ambos esses aspectos pode e deve esperar-se o controle administrativo para que a atividade pública em geral se realize com legitimidade e eficiência, atingindo sua finalidade plena, que é a satisfação das necessidades coletivas e atendimento dos direitos individuais dos administrados.

O controle da administração não está limitado aos órgãos do Poder Executivo, mas, também, alcança os demais Poderes que exerçam funções tipicamente administrativas, ou seja, a Administração Pública em sentido amplo. Pietro (2012, p. 791) afirma que:

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

Via de regra, não cabe ao Poder Judiciário realizar controle do mérito de atos administrativos discricionários, podendo, apenas, fiscalizar a motivação e a finalidade do ato em si. Pode-se observar o controle judiciário em atos administrativos no exposto a seguir:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REMOÇÃO DE SERVIDORA. AUSÊNCIA DE DIREITO À INAMOVIBILIDADE. ALEGADO DESVIO DE FINALIDADE. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO RECONHECIDA. 1. A questão a ser solucionada no presente recurso cinge-se em concluir, ser ou não, a apelante, titular de direito líquido e certo a permanecer desempenhando suas atribuições de servidora pública no mesmo local de lotação em que desenvolvera sua atividade funcional por anos. 2. É cediço que apenas alguns agentes públicos possuem a prerrogativa constitucional da inamovibilidade, como acontece, por exemplo, com os membros da magistratura e do Ministério Público. Em relação aos demais servidores públicos, todavia, a Administração Pública é detentora de poder discricionário para bem alocar seus servidores nas estações de trabalho que aquela entender, dentro de seu plano estratégico de ação, mais apropriadas para o melhor ou mais efetivo desenvolvimento de suas atividades. 3. Contudo, é de curial importância rememorar que referido poder discricionário ostentado pelo Poder Público deve estar pautado nos estritos, e públicos, limites da legalidade. 4. De acordo com o acervo probatório dos autos, constatou-se que o ato de remoção questionado estava revestido de desvio de finalidade, posto que comprovado por autoridade local ser a servidora removida desafeto do Chefe do Poder Executivo do Município de Bom Jardim, aliado à ausência do requisito motivacional em prol do interesse público passível de justificar aquela remoção. 5. Apelação conhecida e provida. Decisão unânime. (TJ-PE - Apelação: APL 2866259 PE, Rel. Des. Erik de Sousa Dantas Simões, Publicação: 06/03/2013).

Logo, pode-se observar no exposto acima, a possibilidade e, até mesmo, necessidade do controle judicial dos atos administrativos discricionários, uma vez

que comprovado o desvio de finalidade do ato impugnado este deve ser anulado, de forma que os princípios de direito administrativo e os pressupostos dos atos administrativos sejam respeitados e os interesses da coletividade sejam alcançados.

Por fim, pode-se perceber que os atos administrativos discricionários, por se tratarem de atos com margem de liberdade ao administrador e que, como demonstrado acima, podem facilmente vir transvestidos de legalidade, merecem atenção especial quanto ao controle da administração, já que estes atos são mais passíveis de vícios de legalidade ou desvios de finalidade.

Os atos administrativos vinculados, pela sua própria natureza, são mais fáceis de identificar vícios e, por consequência, são menos passíveis de ilegalidade e são mais fáceis de exercer o controle da administração.

4 O LIMITE DA DISCRICIONARIEDADE

Como exposto no capítulo anterior, a discricionariedade é o Poder-Dever dado ao Administrador Público para exercer atos administrativos em que a lei confere margem de liberdade em sua atuação, de modo que o administrador deve agir conforme oportunidade e conveniência, visando alcançar, no interesse da coletividade, os fins previstos em lei.

Ocorre que os atos dotados de discricionariedade são mais passíveis de desvios de finalidade, já que a liberdade dada ao Administrador Público pode ser utilizada de maneira errada, objetivando fins pessoais.

Sendo assim, é necessário que haja um limite para tamanha facilidade de ocorrência de abuso de poder na modalidade de desvio de finalidade, uma vez que a liberdade dada ao Administrador Público é vasta demais e, muitas vezes, de difícil comprovação de ocorrência do desvio.

A princípio, a discricionariedade supracitada encontra como limite a própria lei, que permite a existência de tal ato. Apesar de se tratar de um ato de aplicação discricionária, em seu princípio continua sendo vinculado à lei.

Esta vinculação à lei se dá ao fato de que, se não houvesse uma lei que permitisse ao Administrador Público agir conforme seus critérios de oportunidade e conveniência, conferindo esta margem de liberdade, o ato em si sequer existiria, além do fato de que ao permitir que o ato discricionário exista, a lei, de antemão, já prevê o objetivo com que o ato deverá atingir.

Caso se possa encontrar algum desvio de finalidade do ato discricionário é possível o controle judicial deste ato, de forma que se possa averiguar se realmente há ocorrência do desvio anteriormente encontrado e, em caso de ocorrência a procedência com anulação do ato administrativo, além de responsabilização do Gestor ou Administrador Público responsável por tal ato, em conformidade com a lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992, que positiva os crimes de improbidade administrativa e suas respectivas sanções.

Para ilustrar bem a questão do desvio de finalidade de ato administrativo discricionário, pode-se citar o caso ocorrido com a Presidente da República Dilma Vana Rousseff que, à época dos acontecimentos, possuía legitimidade para exercer

o ato de nomeação de Ministro, ocorre que ao nomear Luís Inácio “Lula” da Silva, que se encontrava sob investigações por diversos crimes, conferindo a este prerrogativa de foro, claramente este ato de nomeação foi utilizado de forma diversa da prevista em lei, uma vez que a Presidente poderia ter nomeado Lula como Ministro a qualquer momento de seu mandato, mas escolheu justamente o momento em que este se encontrava respondendo por crimes sem prerrogativa de foro, configurando clara obstrução à justiça e, por consequência, desvio de finalidade do ato administrativo discricionário pela Presidente exercido. Acerca do controle judicial Meirelles (2006, p. 209) leciona que:

Certo é que o Judiciário não poderá substituir a Administração em pronunciamentos que lhe são privativos, mas dizer se ela agiu com observância da lei, dentro de sua competência, é função específica da Justiça Comum, e por isso mesmo poderá ser exercida em relação a qualquer ato do Poder Público, ainda que praticado no uso da faculdade discricionária, ou com fundamento político, ou mesmo no recesso das câmaras legislativas como seus interna corporis. Quaisquer que sejam a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito a apreciação judicial, exatamente para que a Justiça diga se foi ou não praticado com fidelidade à lei e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesses da coletividade.

Quanto aos atos discricionários, o controle judicial se faz possível porque vivemos em uma democracia e, como tal, abusos de poder não podem ser tolerados, sendo assim, para que ocorra controle judicial, este deverá respeitar os limites em que a discricionariedade é assegurada à Administração Pública pela lei. Pietro (2012, p. 224) aduz que:

Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto.

Logo, pode-se observar que, em se tratando de controle judicial de ato administrativo discricionário, é possível que ocorra o controle, desde que não venha

a interferir no mérito do ato de modo que o Judiciário não é competente para invadir a decisão do Administrador.

Em uma situação hipotética em que um Prefeito constrói uma escola em um bairro que já possui várias escolas enquanto em vários outros bairros do município em que o Prefeito exerce seu mandato precisam de escolas. Neste caso em especial, o Prefeito é legítimo e competente para construir a escola, porém, a falta de necessidade da escola no local em que foi construída, em contraste com a necessidade desta mesma construção em outros bairros do município, caracteriza a possibilidade de controle judicial deste ato. Com maestria Pietro (2012, p. 224) afirma que:

A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.

Para se falar em invalidade de ato administrativo discricionário, é pertinente a explicação da teoria dos motivos determinantes. No Brasil, a teoria dos motivos determinantes é utilizada com relação aos atos administrativos discricionários, impondo a estes que, uma vez declarado o motivo do ato, este deve ser respeitado. Hipótese em que a validade do ato depende da veracidade dos motivos alegados. Sendo assim, a teoria dos motivos determinantes sustenta a validade do ato administrativo discricionário. Meirelles (2006, p. 198-199) conceitua a teoria dos motivos determinantes como:

A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.

O exemplo mais comum ocorre nos casos de exoneração ad nutum. Caso a administração praticar um ato e alegar que não há verba suficiente e, logo após,

contratar um novo funcionário para a mesma vaga este ato será nulo por vício no motivo, uma vez que o motivo alegado se mostrou uma inverdade. Sendo, assim, aplicada a teoria dos motivos determinantes. Nesse sentido, segue a ementa do julgamento proferido nos autos do HC 141925/DF, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, datado de 14/04/2010:

HABEAS CORPUS, PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, DETERMINANDO A EXPULSAO DE ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO NACIONAL EM RAZÃO DE SUA CONDENAÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, INEXISTÊNCIA DO FUNDAMENTO. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES, SEGUNDO O QUAL A VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, AINDA QUE DISCRICIONÁRIO, VINCULA-SE AOS MOTIVOS APRESENTADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. INVALIDADE DA PORTARIA. ORDEM CONCEDIDA

Na prática, há uma exceção em que a teoria dos motivos determinantes não será aplicada. Trata-se da desapropriação, uma vez que os tribunais entenderam que, mesmo que a motivação seja diferente da alegada pela Administração Pública, no decreto expropriatório não ocorrerá desvio de finalidade da desapropriação, desde que haja uso para outro fim lícito, ou seja, desde que o fim seja por utilidade ou necessidade pública.

Resta clara a posição do Supremo Tribunal Federal na Rcl 5963 AGR/GO – GOIÁS, com relator o Min. Roberto Barroso, datado em 18/11/2014 que versa em sua ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. DESAPROPRIAÇÃO. 1. O acórdão prolatado na ADI 1.662 não tratou da submissão ou não do pagamento de indenizações por desapropriação (CF/88, art. 5º, XXIV) do regime de precatórios (art. 100 da Constituição). Ausência de pertinência estrita. 2. Inaplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Precedentes. 3. Não cabe reclamação a pretexto de inobservância de julgados não vinculantes, ainda que se alegue contrariedade a jurisprudência pacífica. 4. A reclamação não substitui o recurso cabível para aferir o acerto ou desacerto da decisão reclamada. 5. Agravo a que se nega provimento. (Rcl 5063 AgR/Go – Goiás, com relator o Min. Roberto Barroso, datado em 18/11/2014) (grifo nosso).

Sendo assim, a desapropriação mostra-se realmente como exceção a teoria dos motivos determinantes, não sendo vinculada a motivação dada pela

Administrador, desde que o fim da desapropriação encontre os objetivos previstos em lei e nos princípios administrativos.

Como explicado anteriormente, a discricionariedade encontra como limite a própria lei, que permite a existência do ato discricionário. Com base nisso, podemos dizer que nenhum ato é completamente discricionário, tendo, sempre, em sua raiz a vinculação à lei.

Isto se dá por força dos princípios da legalidade e da juridicidade. Quando se fala em limite à atividade discricionária da Administração Pública, é necessário lembrar que no exercício de suas funções esta deve atuar de acordo não só com a norma jurídica, mas, com o ordenamento jurídico como um todo. Diante disto, a discricionariedade deve ser em qualquer ocasião considerada parcial e relativa.

Com efeito, pode-se afirmar que os princípios norteadores do regime jurídico administrativo determinam os limites da atividade da Administração Pública que, por força dos Poderes a ela conferidos, utiliza-se de prerrogativas discricionárias na edição de determinados atos de sua competência imposta por lei. O intuito de se criar limites à discricionariedade foi o de evitar o famigerado vício de finalidade, seja o vício por ação ou por omissão do Administrador.

4.1 TEORIA DA REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE A ZERO

Ao se falar em teoria da redução da discricionariedade a zero, a princípio está se falando em basicamente tornar o ato discricionário é uma espécie de ato vinculado, de modo que não haja discricionariedade, mas sim vinculação. Para que isso seja possível é preciso que a redução da discricionariedade seja aplicada em cada caso concreto. De maneira extremamente pertinente, Angelo Augusto Costa (2008, p. 26) aduz que:

É preciso, contudo, distinguir entre deveres jurídicos implicados na função administrativa. Não se confundem o dever de atingir a finalidade e os deveres de praticar um determinado ato, ou um ato de determinado conteúdo, ou um ato segundo determinada forma etc. A discricionariedade surge precisamente no caso em que a lei concede à Administração um espaço de liberdade no qual pelo menos duas alternativas de comportamento são igualmente válidas perante o direito. Se for possível, mediante alguma técnica específica, reduzir as várias opções no plano da

norma a uma só diante do caso concreto, ocorrerá o que a doutrina alemã chama de redução da discricionariedade a zero (Ermessens Reduzierung auf Null) ou contração do poder discricionário. Desaparecerá então a competência discricionária e, em seu lugar, teremos uma clara vinculação. Assim, se não tiver sido reduzida a zero, a discricionariedade cifra-se num dever de atingir a finalidade que estará satisfeito toda vez que a Administração realizar qualquer uma das condutas alternativas previstas no mandamento da norma, inclusive, se for o caso, o não agir. Por isso a discricionariedade, quando de fato se fizer presente, consistirá na eleição de indiferentes jurídicos, no conceito de Garcia de Enterría.

A partir do entendimento exposto acima, pode-se perceber a possibilidade da aplicação da teoria da redução da discricionariedade a zero em cada caso concreto, porém, trata-se de uma teoria de difícil aplicação.

Por se tratar de uma área não muito explorada no Direito brasileiro, não se pode afirmar com exatidão acerca da “técnica específica” citada acima. Sendo, dessa maneira, justificável a utilização de direito estrangeiro, a exemplo do Direito alemão citado acima.

Nesse mesmo sentido, Angelo Augusto Costa (2008, p. 89) afirma que:

Antes, convém fazer uma ressalva. Não há quase nenhum consenso na dogmática jurídica nacional a respeito da sistematização das técnicas de identificação e controle dos limites da competência discricionária. Também não fez jurisprudência grandes avanços na matéria. Não dispomos, por isso, de um conjunto de testes aceito pela *communis opinio* e aprovado pelos tribunais para demarcar as fronteiras da discricionariedade legítima. A elaboração dogmática está toda por ser feita. Isso justifica – e, de certo modo, impõe – as referências ao direito estrangeiro, que têm o único sentido de fornecer a base necessária para a construção de um conjunto de técnicas e métodos aplicáveis ao sistema jurídico brasileiro.

Quando há a possibilidade de existência de um ato administrativo discricionário mas há apenas uma possibilidade de decisão aceitável para dar prosseguimento com o ato, têm-se a redução da discricionariedade a zero, tornando este ato vinculado a esta única possibilidade. Acerca disto, Angelo Augusto Costa (2008, p. 111) aduz que:

A existência de apenas uma decisão administrativa discricionária “livre de vício” é o que os alemães denominam redução da discricionariedade a zero (Ermessens Reduzierung auf Null) Se das alternativas de solução previstas abstratamente restar uma só que não apresente vícios da discricionariedade, então a Administração não disporá de liberdade de eleição entre comportamentos igualmente válidos, e os tribunais, em vez de

apenas anular o ato administrativo e remeter a matéria a uma nova apreciação administrativa, poderão adotar diretamente a única solução conforme ao direito, exercendo um “controle positivo” do mesmo modo que nos atos vinculados.

A discricionariedade administrativa encontra que a principal forma de limitação ocorre através dos princípios jurídicos, em especial ao princípio da legalidade e da proporcionalidade. Os princípios são de extrema importância para que se possa limitar os atos discricionários, porque, além de vincular os atos, eles ainda permitem a identificação do limite da discricionariedade. Neste sentido, Angelo Augusto Costa (2008, p. 112) entende que:

A mais importante ordem de vinculações jurídicas que limitam a discricionariedade administrativa e, assim, permitem identificá-la nos casos concretos é a que se refere aos princípios jurídicos e à proporcionalidade. Poderíamos incluir nesta categoria, mas não o faremos por razões que ficarão evidentes no correr da exposição, os direitos fundamentais e o postulado da razoabilidade[...]. Nessa matéria há uma enorme variedade conceitual, de modo que se impõe uma clarificação detalhada. Embora não seja o tema específico desta investigação, a teoria dos princípios, que está na base do princípio da proporcionalidade, deve ser examinada com extrema atenção se quisermos entender o fenômeno da redução da discricionariedade em suas relações com a cláusula do devido processo legal.

Quando à possibilidade de aplicação da teoria da redução da discricionariedade a zero, Angelo Augusto Costa (2008, p. 316) se posiciona da seguinte forma:

Há, portanto, uma correspondência entre discricionariedade e justificação: tem-se competência discricionária quando se pode justificar, de modo adequado, mais de um resultado. A pluralidade de soluções justas, de que nos fala García de Enterría, converte-se em pluralidade de soluções justificáveis, à luz dos elementos fáticos e normativos relevantes. O “justo” ou o “correto” é o que pode ser justificado racionalmente. Desse modo, é possível definir a redução da discricionariedade a zero, sob o ponto de vista do processo de justificação, como o fenômeno mediante o qual apenas um resultado pode ser adequadamente justificado; por conseguinte, reduz-se a discricionariedade toda vez que pelo menos um dos resultados, permitidos na norma habilitante, não puder ser racionalmente justificado no caso concreto mediante um processo de argumentação, cognição e volição.

Dessa maneira, pode-se concluir que, quando de um ato administrativo discricionário for possível a justificação de apenas um resultado possível para que se exerça o ato, trata-se de caso em que há possibilidade de aplicação da teoria da

redução da discricionariedade a zero. Acerca da aplicação da teoria da redução da discricionariedade a zero no Direito Brasileiro, Angelo Augusto Costa (2008, p. 343) afirma:

Não são muitos os casos de redução da discricionariedade a zero, em que desaparece a liberdade estimativa da Administração e pode, em consequência, o Poder Judiciário, além de anular o ato administrativo impugnado, dispor de modo positivo sobre a matéria que era objeto de uma competência discricionária.

Apesar de se tratar de uma teoria de pouca aplicabilidade no Brasil, ainda assim há precedentes de sua aplicação. Como, por exemplo, na situação que será descrita a seguir.

A situação ocorrida foi a seguinte: O tribunal de Justiça do Estado do Piauí (TJPI) abriu, em 26 de abril de 1988, concurso para o cargo de juiz de direito adjunto. Nesse exame foram aprovados 46 (quarenta e seis) candidatos, para 50 (cinquenta) vagas, ocorre que o tribunal nomeou apenas 33 (trinta e três) deles. Quando o prazo de validade do concurso – de até dois anos, por força do artigo 37, inciso III da Constituição Federal – estava prestes a expirar, os 13 (treze) candidatos preteridos requereram a prorrogação, por igual período, tal como prevista no mesmo dispositivo da Constituição Federal.

O plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, em sessão secreta, indeferiu o requerimento dos candidatos aprovados e classificados dentro das vagas existentes, por seis votos a cinco e um voto nulo, sem nenhuma motivação. Pouco tempo depois, o Tribunal abriu novo concurso para o preenchimento dos cargos vagos de juiz de direito substituto (nova denominação, decorrente da Constituição Federal de 1988, para os cargos iniciais da magistratura de carreira).

Em face do ocorrido, os candidatos preteridos impetraram mandado de segurança do próprio Tribunal de Justiça. Depois de perder em duas instâncias (no Tribunal de Justiça do Estado do Piauí e no Superior Tribunal de Justiça), tiveram seu recurso extraordinário conhecido e provido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para “assegurar a imediata nomeação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí para os cargos de Juiz de Direito Adjunto”.

No caso apresentado, trata-se de competência discricionária em relação a prorrogação do prazo de validade do concurso, sendo a Administração Pública livre

para decidir se haverá prorrogação ou não, desde que o faça através de uma motivação razoável do ato.

Ocorre que não houve motivação por parte da Administração Pública do ato administrativo discricionário que indeferiu a prorrogação do prazo de validade do concurso. Quanto ao caso manifestou-se o relator, Marco Aurélio:

Se olvidou os ares democráticos decorrentes da Carta de 1988, deixando-se de fundamentar decisão de importância maior para aqueles que abandonaram o dia-a-dia gregário e se dedicaram a um certame tão difícil como é o relativo ao cargo de juiz.

Quanto a este problema, Angelo Augusto Costa (2008, p. 346) alude que:

A falta de motivação, no entanto, se mostra incapaz de justificar sozinha um dever de prorrogação do prazo de validade de concurso público. Aliás, como afirmamos há pouco, nunca ocorre a redução da discricionariedade apenas por vício de inexistência de motivação. Anula-se o ato e, se outro vício (de resultado) não houver, devolve-se a matéria ao conhecimento da autoridade administrativa. Seria preciso então que, além de não estar formalmente motivada, uma e somente uma decisão pudesse justificar-se nas circunstâncias do caso concreto.

Sendo este o entendimento da maioria da 2ª turma do Supremo Tribunal Federal, nos votos dos Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Carlos Velloso – resta límpido o argumento pela impossibilidade de justificação de eventual decisão de não nomear e de não prorrogar.

A única finalidade do concurso público é o de provimento de cargos vagos pelos candidatos do certame. Pelo fato de não prorrogar o concurso e deixar de nomear candidatos aprovados e classificados dentro das vagas oferecidas, o Ministro Marco Aurélio entendeu que o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí só poderia justificar o ato em caso de desnecessidade de preenchimento de vagas, o que não ocorreu já que o edital do concurso previamente previu a necessidade do preenchimento de vagas.

Já o Ministro Maurício Corrêa, de forma mais incisiva, entendeu que a abertura de novo concurso para preencher os mesmos cargos, pouco tempo depois da não prorrogação, demonstra a inexistência de uma boa razão para que não houvesse nomeação dos candidatos aprovados e classificados e nem houvesse prorrogação do prazo de validade do concurso. Quando ao caso, Angelo Augusto Costa (2008, p. 348) entende que:

A falta de nomeação, durante os dois anos de validade do concurso, de candidatos aprovados e classificados dentro das vagas existentes reclamava motivação, ausente no caso. Ademais, estava a exigir, na opinião dos Ministros do Supremo, que se comprovasse a desnecessidade de provimento dos cargos. Embora não se tivesse motivação alguma, a abertura de outro concurso para as mesmas vagas, pouco tempo depois de expirado, sem prorrogação, o prazo de certame no qual havia candidatos aprovados e classificados, revelava a necessidade de novos juizes para o Poder Judiciário do Estado do Piauí. Por isso, o tribunal estaria obrigado a prorrogar o prazo e, segundo se pode depreender do resultado do julgamento do Supremo, se achava no dever de nomear os candidatos remanescentes do concurso anterior.

Pode-se concluir que a não nomeação durante a validade do concurso, havendo vagas e candidatos aprovados e classificados no certame, teria como justificativa, com base na regra do artigo 37, inciso IV da Constituição Federal de 1988 e do princípio da impessoalidade, previsto no caput do artigo 37 da CF/88, pela desnecessidade do provimento de cargos, o que não ocorreu no caso acima descrito, por força da abertura de novo concurso para preencher vagas não preenchidas. Tornando possível, assim, a aplicação da Teoria da Redução da Discricionariedade a Zero.

5 CONCLUSÃO

O trabalho científico em apreço propôs-se a analisar a delimitação da liberdade concedida ao Administrador Público na edição de atos administrativos, assim como a possibilidade da aplicação da Teoria alemã da Redução da Discricionariedade a Zero no âmbito do Direito Administrativo brasileiro.

Para esta análise, o trabalho abordou, no primeiro capítulo, o surgimento histórico-jurídica do Estado, com foco na demonstração da evolução do Estado enquanto ente administrativo. Além do mais, esquematizou-se um paralelo entre a evolução do Estado e o surgimento do constitucionalismo nos moldes do que se tem hoje no Brasil.

Da mesma forma, uma vez analisados os aspectos históricos do surgimento do Estado, passou-se a análise histórica do surgimento do Direito Administrativo enquanto ciência jurídica no Brasil e no mundo, seguindo com explicação da organização administrativa no Brasil, com o intuito de melhor entender o que se tem hoje por Direito Administrativo.

No fim deste capítulo, restou traçado um paralelo entre o surgimento do Estado com o surgimento do constitucionalismo e, por conseguinte, do Direito Administrativo, finalizando com a análise dos princípios constitucionais norteadores dispostos na Carta Magna de 1988, que servem como base do Direito Administrativo e serão utilizados como embasamento nos capítulos seguintes.

No segundo capítulo, foram analisados, através da doutrina brasileira, os atos administrativos, em especial os atos vinculados e discricionários, seguindo com explanação acerca do abuso de poder e trazendo maneiras de evitá-lo, através da teoria dos motivos determinantes.

Ainda nesse capítulo, foi analisada a necessidade do Controle da Administração, seja ele feito pela própria administração ou feito através do Poder Judiciário, com o intuito de evitar o abuso de poder que tem grande incidência nos atos discricionários, além de servir como base para o que viria no capítulo seguinte.

Adiante, o terceiro e último capítulo dedicou-se, em princípio, a determinar os limites da discricionariedade dos atos administrativos, através da própria lei e da Constituição Federal de 1988, através dos princípios constitucionais norteadores de

toda a atividade administrativa, tendo como intuito reduzir a possibilidade de danos ao erário e evitar a ocorrência de vícios ou abusos de poder que atingem diretamente o povo brasileiro, de uma forma geral.

Nessa linha, observou-se que os atos administrativos discricionários encontram por limitação a própria lei que os constitui, além dos princípios constitucionais presentes na Carta Magna.

Por fim, demonstrou-se a possibilidade de aplicação da Teoria Da Redução da Discricionariedade a Zero, através de análise de caso concreto julgado pelo Supremo Tribunal Federal, além de fundamentação nos princípios constitucionais.

Logo, conclui-se que o limite da discricionariedade administrativa é a própria lei que possibilita a existência do ato, tornando todos os atos discricionários relativamente vinculados, além do dever de subordinação do ato aos princípios norteadores presentes da Carta Magna de 1988, por regularem toda a atividade administrativa. Conclui-se, também, que apesar de pouco explorada pela doutrina brasileira e, menos ainda, aplicada a Teoria da Redução da Discricionariedade a Zero encontra respaldo legal para sua utilização no Direito Administrativo brasileiro, quando as possibilidades de atuação do Administrador Públicos forem reduzidas a apenas uma, podendo, neste caso, o Poder Judiciário intervir no mérito da atuação administrativa.

Dessa forma, todos os objetivos aos quais se destinou o trabalho em epígrafe foram alcançados, uma vez que se demonstrou, a limitação dos atos administrativos discricionários e, por conseguinte, comprovou-se a possibilidade de aplicação da Teoria da Redução da Discricionariedade a Zero.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. São Paulo: Editora Globo, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. Editora: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Lei nº. 8.429, de 02 de junho de 1992**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 de julho de 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Os cânones do Direito Administrativo**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181819/000435101.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

COSTA, Sabryna Maria Pimentel. **Princípios Administrativos**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 11 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37472&seo=1>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

COSTA, Angelo Augusto. **Devido Processo Legal e redução da discricionariedade administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp057319.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2006.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. São Paulo: Editora Ática, 2006.