

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO MARANHÃO – UEMA  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

**BIANCA VIEIRA DE SOUSA MELO**

**LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SEU CONTROLE  
JUDICIAL:** uma leitura das construções doutrinárias no Direito brasileiro e o  
posicionamento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região sobre o tema.

São Luís  
2013

**BIANCA VIEIRA DE SOUSA MELO**

**LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SEU CONTROLE**

**JUDICIAL:** uma leitura das construções doutrinárias no direito brasileiro e o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região sobre o tema.

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Maranhão, como requisito parcial pra obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador** : Prof. Msc. Flávio Trindade Jerônimo.

São Luís  
2013

**BIANCA VIEIRA DE SOUSA MELO**

**LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SEU CONTROLE**

**JUDICIAL:** uma leitura das construções doutrinárias no direito brasileiro e o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região sobre o tema.

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Maranhão, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 21/01/2013

Nota: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Orientador** : Flávio Trindade Jerônimo - UEMA

---

Francisco José Pinto Silva

---

Sebastião de Carvalho Junior

À minha mãe, ao meu esposo e aos meus filhos pelo carinho, incentivo e compreensão nas muitas horas de ausências.

## **AGRADECIMENTOS**

Não poderia começar agradecendo a outro senão ao meu Senhor e Salvador Jesus Cristo por ter me dado forças para prosseguir quando me encontrei em momentos difíceis.

Ao meu esposo Altamir Alves de Melo, que sempre acreditou que chegaria até aqui e que irei mais longe.

A minha mãe, sinônimo de segurança, que sempre torce pelo meu sucesso.

Aos meus filhos Arthur Vitor e Ana Beatriz que me deram coragem para seguir em frente.

Ao meu orientador, o Professor Flávio Trindade Jerônimo, por me mostrar que a dedicação é meio para se chegar mais longe.

Aos colegas que me ajudaram a crer que tudo iria acabar bem e pelo incentivo dado.

As pessoas que vencem neste mundo são as que procuram as circunstâncias de que precisam e, quando não as encontram, as criam.

Bernard Shaw

## RESUMO

Esta Monografia realizou um estudo exploratório em obras de referência no âmbito do Direito Administrativo e Constitucional com o objetivo de identificar o poder discricionário no Estado realizando um levantamento de sua evolução histórica desde o Estado de Polícia até o Estado Democrático de Direito. Foi realizado um estudo para a identificação das principais características do poder discricionário da Administração Pública com vistas a diferenciá-lo da atividade interpretativa comum a todos os ramos do Direito e identificá-lo quando a norma do direito utiliza-se de conceitos jurídicos indeterminados. A pesquisa prosseguiu no estudo da abrangência do controle judicial sobre os atos discricionários da administração apontando os parâmetros construídos doutrinariamente para a efetivação do controle judicial, sendo eles: a juridicidade dos princípios, a teoria do desvio de poder ou de finalidade e a teoria dos motivos determinantes. A partir desta construção doutrinária foi possível fazer um levantamento da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região nos julgados publicados no ano de 2012 sobre o tema controle da discricionariedade administrativa, o que resultou no melhor entendimento dos conhecimentos doutrinários sobre o assunto, inclusive quanto aos expostos nos posicionamentos firmados por aquele Tribunal.

**Palavras-chave:** Discricionariedade Administrativa. Controle Judicial. Princípios Jurídicos. Teoria do desvio do poder. Teoria dos motivos determinantes. Jurisprudência.

## RESUMEN

Esta monografía realizó un estudio exploratorio por algunos textos de referencia en el ámbito del Derecho Administrativo y Constitucional con el objetivo de identificar la evolución del poder discrecional en el Estado realizando un levantamiento de su historia desde el Estado de Policía hasta el Estado Democrático de Derecho. Fue realizado un estudio para la identificación de las principales características del poder discrecional de la Administración Pública con vistas a diferenciarlo de la actividad interpretativa común a todas las ramas del Derecho e identificarlo cuando la norma jurídica utilizase de conceptos jurídicos indeterminados. La investigación prosiguió en el estudio que abarca el control judicial sobre los actos discrecionales de la administración apuntando los parámetros construidos doctrinariamente para la efectucción del control judicial, son ellos: la juridicidad de los principios, la teoría del desvío de poder o de la finalidad y la teoría de los motivos determinantes. A partir de esta construcción doctrinaria fue posible hacer un levantamiento de la jurisprudencia del Tribunal Regional Federal de la 1ª Región en los juzgados publicados en el año de 2012 sobre el tema control de la discrecionalidades administrativa y sobre el tema del control de la discrecionalidad administrativa, lo que dio lugar a una mejor comprensión del conocimiento doctrinal sobre el tema, incluyendo como expuestos a las colocaciones realizadas por dicho Tribunal.

**Palabras-llave:** Discrecionalidad Administrativa. Control Judicial. Principios Legales. Teoría del desvío del poder. Teoría de los motivos determinantes. Jurisprudencia.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>2 UM BREVE HISTÓRICO DO PODER DISCRICIONÁRIO</b> .....	11
<b>2.1 A Administração Pública no Estado de Polícia</b> .....	11
<b>2.2 A Administração Pública no Estado de Direito</b> .....	13
2.2.1 O período de Estado Liberal de Direito.....	14
2.2.2 O período do Estado Social de Direito.....	17
2.2.3 O período do Estado Democrático de Direito.....	20
<b>3 DA DISCRICIONARIEDADE</b> .....	23
<b>3.1 Fundamentos da discricionariedade</b> .....	28
<b>3.2 Discricionariedade e interpretação</b> .....	31
<b>3.3 Discricionariedade Administrativa nos conceitos indeterminados</b> .....	35
<b>4 LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA</b> .....	39
<b>4.1 O Controle judicial da discricionariedade administrativa</b> .....	42
4.1.1 A Juridicidade dos princípios como forma de limitação da discricionariedade administrativa.....	45
4.1.2 Da teoria do desvio de poder ou de finalidade.....	51
4.1.3 Da teoria dos motivos determinantes.....	56
<b>4.2 Análise da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1<sup>o</sup> Região sobre o controle da discricionariedade Administrativa no ano de 2012</b> .....	59
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	71
REFERÊNCIAS.....	75
APÊNDICE.....	81
ANEXOS.....	84

## 1 INTRODUÇÃO

A discricionariedade da Administração Pública constitui tema clássico na seara do Direito Administrativo e de relevante interesse para os operadores de direito que por vezes se deparam com os atos administrativos editados com fundamento neste poder, que exorbitando de sua competência passam a atingir finalidades não compatíveis com a ordem constitucional.

A evolução do Estado e sua conformação à lei tornou mais evidente que o Estado deveria ser controlado. Do Estado Absolutista, em que a Administração Pública apresentava-se legalmente incondicionada ao Estado Democrático de Direito em que a lei passou a ser o principal meio de controle e afunilamento da discricionariedade administrativa, tornando-a vinculada plenamente ao princípio da legalidade, várias construções doutrinárias foram tomando forma com o intuito de garantir o controle da atividade Estatal sem invadir o campo de competência deixado pela lei para a realização das atividades administrativas.

O equilíbrio entre as prerrogativas públicas, que conferem à Administração uma posição de superioridade, e a sua subordinação perante a lei e os direitos dos administrados tornou ainda mais relevante o tema controle da Administração, pois por vezes esta se utiliza de suas prerrogativas e edita atos que embora revestidos de legalidade não correspondem ao modelo da administração pensado para um Estado Democrático de Direito.

A fiscalização e correção dos atos administrativos passaram a ser considerados mais que um poder dos demais órgãos, passou a ser considerado um dever, que consubstanciado na Teoria dos Freios e Contrapesos, permite que em certa medida ocorra à fiscalização dos atos inconvenientes e inoportunos à medida que estes se apresentem incompatíveis com a ordem jurídica, tal controle pode se dá em sentido interno e externo.

O controle interno é efetivado pela própria Administração, sendo realizado pelos próprios órgãos deste poder. Já o controle externo compreende o controle exercido pelos órgãos alheios aos órgãos administrativos, dentre eles destaca-se o controle judicial, o qual acontece com caráter de definitividade e em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Impende destacar que o controle judicial sobre os atos administrativos é amplo, mas não pode ser considerado ilimitado, haja vista que em relação aos atos administrativos discricionários existe uma margem de liberdade de escolha para o administrador que envolve conveniência e oportunidade que são de competência da Administração. No entanto, com iniciativa de combater os atos arbitrários que se distanciam dos fundamentos estampados no texto Constitucional, hoje se fala nas teorias ampliativas do controle jurisdicional sobre os atos da Administração. Controle que busca identificar muito mais que a compatibilidade do ato com lei positivada, e chega a uma análise da compatibilidade com os princípios e normas emanados do sistema jurídico, o controle não apenas da legalidade formal, mas da legitimidade dos atos o que contribui para o aperfeiçoamento da ordem Democrática estabelecida.

Neste ponto se encontra a análise feita por este trabalho. Partindo-se dos pressupostos da formação de um Estado Democrático de Direito, se abordará os aspectos que caracterizam a discricionariedade e sua compatibilidade com o sistema vigente, destacando os elementos que a fundamenta, a distinção entre discricionariedade e interpretação e sua existência quando se trata dos conceitos jurídicos indeterminados.

Com efeito, partindo-se desta identificação dos elementos discricionários do ato e da existência do mérito administrativo se fez possível o levantamento das principais teorias ampliativas do controle judicial da discricionariedade administrativa que modernamente foram construídas pela doutrina e pela jurisprudência dos Tribunais, perpassando pela análise sistemática da importância dos princípios na interpretação das normas jurídicas e das funções do Estado.

Neste sentido foi possível embasado neste arcabouço doutrinário fazer uma análise sobre a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região sobre o tema controle da discricionariedade administrativa. Para isso foi feito um estudo dos julgados publicados no ano de 2012 por este Tribunal, em que se destacaram as principais decisões referentes a esta temática, para então, fazer um apontamento da forma como aquela Corte realiza o controle sobre os atos discricionários e sob quais critérios.

A discricionariedade administrativa e o seu controle judicial, constituem o tema central deste trabalho.

Sem a pretensão de esgotar o tema proposto, mas com uma certeza de que ainda há muito que se discutir sobre discricionariedade administrativa e seu controle judicial este trabalho seguiu o caminho acima apontado.

É conveniente comentar a estrutura sobre a qual este trabalho se desenvolverá. No Primeiro Capítulo serão abordadas as formas que o Estado assumiu e como o poder discricionário esteve presente em cada um deles. No segundo Capítulo será tratado o tema discricionariedade administrativa, fazendo a sua devida caracterização e diferenciação da atividade interpretativa e identificação quando da existência de conceitos jurídicos indeterminados na norma. No terceiro capítulo, tratar-se-á efetivamente do tema controle judicial da Administração trazendo as teorias ampliativas deste controle como a juridicidade dos princípios, a teoria do desvio do poder e a teoria dos motivos determinantes, e por fim se fará uma análise da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região sobre o referido tema.

## **2 UM BREVE HISTÓRICO DO PODER DISCRICIONÁRIO**

### **2.1 A Administração Pública no Estado de Polícia**

A Administração Pública como conhecemos hoje em sentido subjetivo e objetivo foi estruturada a partir da formação do Estado de Direito que, identificou e separou os poderes, tornando distintas as três funções do Estado, limitando o exercício do poder e garantindo direitos fundamentais do homem, como a igualdade e a liberdade.

Luiz Nunes Pegoraro (2010, p. 22) descreve esta fase inicial do Estado nos seguintes termos: “o primeiro período de vida da organização estatal apresenta como marcante a concentração de poderes nas mãos do rei, configurando o Estado de Polícia, onde predominava a vontade dos monarcas”. Apontando a concentração de poder unicamente nas mãos dos reis, o referido autor conclui dizendo que “o rei não podia ser submetido aos Tribunais, pois os seus atos se encontravam acima de qualquer ordenamento jurídico”.

Antes desse momento histórico de formação do Estado Moderno na Europa também se podia identificar as funções administrativas, mas não havia a ideia de submissão da Administração Pública à lei, o que tornava as garantias de liberdade e outros direitos do cidadão muito mais difíceis de serem efetivados.

O Estado Moderno conhecido como Estado de Polícia tomou forma de Monarquia Absolutista, cuja “administração se achava legalmente incondicionada”, (MERKL, *apud* DI PIETRO, 2012, p. 06), neste período da história em que o direito público ficou na penumbra, o Estado foi estruturado sob princípios como o da *regis voluntas suprema lex* (a vontade do rei é a vontade suprema), do *quod principi placuit legis habet vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei), *the king can do wrong* (o rei não pode errar), (DI PIETRO, 2012, p. 06)

Fundado nestes princípios o Estado Moderno caracterizava-se pela soberania e pela polícia centralizada no déspota esclarecido, o que tornava todos os súditos sujeitos a autoridade dos reis e sem qualquer possibilidade de dispor de medidas judiciais a eles oponíveis.

A soberania tornou-se o elemento identificador deste período, sem ela seria impossível à constituição deste Estado, que se apresentou “sob uma sólida doutrina de um poder inabalável, inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção”. (BONAVIDES, 2004).

Mais que uma figura de representação do poder, o Monarca era o poder, o soberano titular do império, o rei absoluto de onde emanavam todas as competências e atribuições governativas, o que minimizava o Estado e elevava a pessoa do soberano, apresentado como divino.

Neste período histórico, “o Estado-Administração não pensava de forma coletiva e não procurava prestar serviços à população, que era relegada ao descaso” (PALUDO, 2012, p. 52).

A base do poder absoluto estava na tradição ligada diretamente à pessoa do soberano, que contava com um forte aparato administrativo direcionado à arrecadação de impostos e com força militar para defender seus territórios e intimidar os opositores. “A Administração Pública em especial na fase inicial, não estava vinculada a qualquer tipo a qualquer tipo de norma que limitasse sua atividade, senão àquela que proviesse do monarca” (DI PIETRO, 2012, p. 07).

Somente nessa forma de Estado se tem a dimensão exata do que vem a ser poder discricionário, abrangendo tanto os atos arbitrários como atos oportunos e justos. O que em termos, os conceitos de discricionariedade e arbitrariedade, poderiam até mesmo ser confundidos.

## 2.2 A Administração Pública no Estado de Direito

Sucedendo o Estado de Polícia encontramos o Estado de Direito, que em apertada síntese o identificamos como um momento de submissão do Estado e dos reis à autoridade da lei, que agora se submetendo a esta ficava evidenciado que a lei deveria se colocar acima dos governantes e dos governados.

Liana Chaib (2008, p. 17) afirma que:

O Estado de Direito surge da confluência das ideias de Montesquieu e Rousseau, como reação aos governos absolutistas dos monarcas. Montesquieu, inspirado em Locke, montou seus postulados embasando-se na liberdade política que a rigor, não se traduzia em fazer tudo o que se quer, mas no direito de fazer o que as leis permitem. Para ele, a liberdade política era encontrada nos governos moderados e apenas e tão somente naqueles em que não houvesse abuso de poder, pois todo homem investido no poder tende a abusar deste, indo até onde encontre seus limites.

Com os fundamentos apontados por Chaib (2008, p.19), tornou-se evidente que o Estado surgido para conformar o poder através da lei tem como principal característica o princípio da legalidade como a matriz do sistema jurídico. A legalidade é vista em sentido formal e material. Formal ou estrita se refere à submissão do Estado à lei, a qual é a única fonte do Direito, e material, voltado para a realização concreta e eficaz dos direitos fundamentais.

Corroborando tal entendimento as palavras de Luís Nunes Pegoraro (2010, p.21) que afirma: “esse novo Estado representou profunda revolução, apontando um Estado que cria, declara e submete-se ao direito”.

O referido jurista destaca como essencial para o entendimento da evolução do Estado para o estágio de Estado Democrático o entendimento de três grandes movimentos políticos sociais. O primeiro deles é a Revolução Inglesa, com influência de Locke é a expressão mais significativa no *Bill of Rights* 1689, que nas palavras do

autor “era o governo da maioria em que se podia assegurar a proteção dos direitos naturais dos indivíduos com a estipulação de limites ao poder absoluto do monarca e a influência do protestantismo”.

O segundo movimento apontado pelo jurista é a Revolução Americana que trouxe consigo diversos princípios como a garantia da supremacia da vontade do povo, a liberdade de associação e a possibilidade de manter um permanente controle sobre o governo na Declaração de Independência das Treze colônias americanas em 1776.

E por último cita o referido autor a Revolução Francesa e a influência de Rousseau na formação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, documento que evidenciou o caráter universal de princípios democráticos.

Na lição de Dalmo Dallari de Abreu citado por Pegoraro (2010, p.24):

Esse movimento evidencia a sociedade política que tem por fim a preservação da liberdade do homem e a inexistência de limites que não seja decorrente de lei (expressão da vontade geral), bem como o direito dos cidadãos de concorrer, pessoalmente ou através de seus representantes, na formação da vontade geral.

Assim, o Estado de Direito surgido a partir de tais movimentos foi caracterizado de forma ampla como submissão do Estado ao império da lei, tal Estado também passa por algumas etapas que serão analisadas no decorrer deste capítulo.

### 2.2.1 O período do Estado Liberal de Direito

O Absolutismo reinante até 1789 expirava-se para nunca mais erguer-se, o constitucionalismo francês fruto da Revolução Francesa deu início a um novo capítulo da história, ao da limitação do poder.

Paulo Bonavides aponta para esta nova etapa na formação do Estado nos seguintes termos:

Começa então o capítulo da limitação do poder; do Homem-povo, do Homem-cidadão, do Homem-político, do Homem que faz a lei, que governa, ou se deixa governar, que cria a representação, que toma consciência da

legitimidade, que é poder constituinte e poder constituído. (BONAVIDES, 2004, p. 34).

Todas as mudanças ocorridas que dão origem ao Constitucionalismo, marcado pelos grandes fatos históricos, fizeram que o direito da força se rendesse à força do direito, o que nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho (1989, p.08), fez da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante estes poderes se tornasse o princípio básico do Estado de Direito.

O Estado agora se posicionava de forma negativa, não ofendendo direitos e liberdades inalienáveis do indivíduo, nem intervindo na ordem social e econômica. O Direito passa a ter papel de garantidor das liberdades individuais, que na lição de Manuel Gonçalves Ferreira Filho citado por Maria Silvia Zanella Di Pietro (2012, p.09) significou que:

(...) este Estado, na sua forma típica e original, caracteriza-se, primeiro, pelo reconhecimento de que o poder é limitado por um Direito superior, que está fora de seu alcance mudar. Tal Direito, natural porque inerente à natureza do homem, constitui a fronteira que sua atuação legítima não pode ultrapassar. Visto do ângulo dos sujeitos (passivos) do Poder, esse Direito é um feixe de liberdades, que preexistem à sua declaração solene, e recobrem o campo da autonomia da conduta individual.

A fonte do Direito deixa neste período de ser a vontade do rei e a lei passa a ser fruto da vontade geral. Fundamental para a efetiva criação das leis é a adoção do princípio da separação dos poderes, que para de Hely Lopes Meireles (2009, p.52), foi “a tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciais que veio ensejar a especialização das atividades do governo e dá independência aos órgãos incumbidos de realizá-las”.

Para Bonavides (2004, p.39) a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão fundou o Estado de Direito e para o referido autor:

Não importa a qualificação ou adjetivo que se lhe acrescente- Liberal Democrático ou Social. Se não garantir nem concretizar a liberdade, se não limitar o poder dos governantes, se não fizer da moralidade administrativa artigo de fé pública, ou princípio de governo, se não elevar os direitos fundamentais ao patamar de conquista inviolável da cidadania não será Estado de Direito.

Com estas palavras, Bonavides caracterizou de forma singela o Estado de Direito, este Estado que antes de tudo deveria ser limitado e o arbítrio dos

governantes disciplinado com vistas a garantir o sadio desenvolvimento do Estado, e para isso, contou-se com outro fundamento do Estado de Direito, a separação dos poderes.

Separando-se as funções do Estado, a lei criada pelos representantes da vontade geral, o Parlamento, passou a ser quem norteava todas as atividades do Estado, inclusive o Poder Executivo. Estava consagrado o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p.09), tem duas ideias principais que lhe servem de base. A primeira, inspirada em Rousseau, é a de que o único poder legítimo é o que resulta da vontade geral do povo, manifestada pela lei, não se colocando acima desta vontade nem mesmo o monarca. E a segunda, inspirada em Montesquieu, é que o princípio da separação dos poderes dar primazia ao Poder Legislativo, o que colocaria os dois outros sob a égide da lei.

Com efeito, o princípio da legalidade trouxe consigo o princípio da igualdade. Estando-se sob o manto da legalidade não se podia mais admitir tratamento diferenciado entre os cidadãos, sendo vedado qualquer tipo de discriminação.

Embora a adoção do princípio da legalidade apresentar-se como uma restrição da atuação da Administração, que deveria agora agir em conformidade com a lei e submetendo-se ao controle judicial, deve-se destacar que se tratava de uma concepção mais restrita de legalidade, o que deixava uma margem significativa de discricionariedade, legado do Estado de Polícia.

A teoria da dupla personalidade do Estado, elaborada pelos doutrinadores alemães, fundamentava-se na ideia que havia no Estado atividades que se submetiam ao direito privado, como as atividades do fisco, tendo esta personalidade diversa da do Estado, e atividades desenvolvidas pelo Estado sob o regime público, atividades de império, o *jus polítiae* (direito de polícia), em que o Estado continuava indemandável, isento de controle judicial.

Assim, ainda havia resquícios do período anterior, em que na atividade do Estado se reconhecia um campo de atuação Estatal fora do controle judicial, denominada de atividade discricionária. Identificando-se desta forma que o princípio da legalidade não se apresentava na forma que conhecemos hoje, que nas palavras da Di Pietro (2012, p.14):

(...) ocorreu à necessidade de compatibilizar essa concepção discricionária com o princípio da legalidade administrativa. A consequência foi que este último era entendido de forma muito mais liberal do que atualmente concebida: a administração podia fazer não só o que a lei expressamente autorizava, como também tudo que a lei não proibisse.

Deste modo, embora já se identificasse que o Estado estava submetido à lei, era garantido a ele um campo de atuação que cabia somente ao administrador decidir sobre a melhor forma de agir, sem que houvesse a descrição exata de sua forma pela lei, mas sem se desvincular dela, agido assim, no campo livre que a própria lei deixava.

A definição e proteção dos direitos individuais que garantiam um não fazer do Estado começaram a definir os limites de atuação da Administração. Os direitos fundamentais concebidos para simplesmente limitar o poder estatal, na sua elaboração predem-se à concepção individualista da liberdade no Estado, característica da contraposição Estado-indivíduo.

Para João Alfredo Oliveira Baracho (1995, p.06) citando a lição de Pietro Viegas afirma que:

O Estado de Direito, em contraposição a outros tipos de Estado, como o absoluto, tem a necessidade de reconhecer aos cidadãos os direitos de liberdade ou direitos fundamentais, que constituem salvaguarda contra o abuso do poder estatal; esses direitos consubstanciam o primeiro núcleo do direito público subjetivo.

Com efeito, deve-se identificar neste período a urgente necessidade de garantir a efetivação dos direitos individuais, e não havia outro caminho a não ser limitar o poder do Estado, garantindo que este assumisse uma postura negativa, para isso as primeiras constituições se apressaram em disciplinar a forma do exercício do poder. Esta postura estatal passou a ser conhecida como a doutrina da vinculação negativa da Administração, o que decorria da imposição de barreiras externas à autodeterminação da Administração Pública.

Salienta-se que dentro destes limites referidos, a Administração gozava de certa liberdade, havia ainda uma zona de atuação do poder que se encontrava imune ao controle judicial, uma espécie de resíduo do regime de polícia, fruto de tantos anos de sobreposição do poder do monarca sobre os demais.

### 2.2.2 O período do Estado Social de Direito

O Estado Liberal de Direito já em meados do século XIX passava por contestações devido à constatação que sua abstenção no âmbito econômico e social houvera levado a sociedade a passar por profundas dificuldades. A proteção à liberdade e a igualdade do indivíduo já não bastavam para a sociedade que vivenciava muitas transformações sociais, como o surgimento da classe proletária.

Deslocada a preocupação da liberdade, neste segundo momento do Estado de Direito o foco foi à igualdade. Buscando essa finalidade o Estado passou a intervir na ordem econômica e social. Os acontecimentos históricos, como a Primeira e Segunda Guerra Mundial, a depressão de 1929 e outros, foram o estopim para a sociedade exigir muito mais dos governos.

Paulo Bonavides (2004, p. 44) caracterizando o Estado Social de Direito afirma que:

(...) quando se analisa a matéria sujeita, ou a substância dessa segunda forma de Estado Constitucional, é de todo o ponto fácil averiguar que ele não gira ao redor do formalismo e abstenções; seu ponto de apoio e traço de identidade é o tecido social dos direitos fundamentais.

De fato, o valor exagerado dado ao individualismo iniciado com a Revolução Francesa (1789) não poderia mais perdurar, o Estado agora, passa a atuar em áreas antes de domínio dos particulares, publicizando alguns ramos do direito civil, fazendo substituição da ideia do homem como fim único do direito pelo princípio da supremacia do interesse público como princípio norteador do Estado.

O Estado, ao se preocupar com o bem comum, com o interesse público, passou a editar normas, principalmente no âmbito do Direito Administrativo, disciplinadoras da atuação da Administração Pública, o que abrangia tanto normas garantidoras dos direitos individuais como também as normas relacionadas aos direitos sociais e econômicos.

Como apontado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 18) o fortalecimento do Poder Executivo durante o Estado Social restou identificado a partir do grande número de serviços postos à disposição da sociedade, o que trouxe para o Estado a necessidade de agir sem depender de lei, que para ser produzida

deveria passar por todo o processo legislativo caracterizado como complexo e demorado.

As necessidades estatais de agir na busca do interesse público legitimaram que fossem conferidas ao Poder Executivo atribuições normativas, por meio de decretos – lei, leis delegadas, regulamentos autônomos. A Administração passou a editar normas. Dessa forma, o Poder Executivo deixou de ser apenas o executor de normas criadas pelo Legislativo, o que demonstrou uma clara violação ao princípio da separação dos poderes.

Assim, há de se identificar que o Estado Social se materializou sobre fundamentos específicos, que para José Joaquim Gomes Canotilho (1988, p. 38), tem as seguintes características:

O equilíbrio das clivagens sociais, estímulos regulativos e materiais do Estado a favor da justiça social, regulamento das condições reais prévias à aquisição de bens materiais e imateriais ao próprio exercício de direitos, liberdades e garantias pessoais, estabelecimento de regras jurídicas em prol do emprego e dos direitos dos trabalhadores.

Noutro giro, deve-se destacar que o crescente aumento das atividades estatais consolidou um tipo de administração burocrática fundada na “especialização, autoridade hierarquizada, sistemas de regras e impessoalidade” (DI PIETRO, 2012).

Agostinho Paludo (2012, p. 52) analisando a Administração Pública no Estado Social de Direito afirmou que:

(...) era preciso reestruturar e fortalecer a Administração Pública para que pudesse cumprir suas novas funções. O surgimento das organizações de grande porte, a pressão pelo atendimento de demandas sociais, o crescimento da burguesia comercial e industrial indicavam que o Estado liberal devia ceder seu espaço a um Estado mais organizado e de cunho econômico.

O Estado apontado por Paludo era o Estado Social com seu sistema burocraticamente organizado, o poder racional-legal, com princípios orientadores bem estabelecidos como a ideia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade e o formalismo, representava um tipo de poder ou dominação baseada na lei, uma organização cujas consequências desejadas são completamente previsíveis.

Não há dúvida que a especialização e burocratização do Estado, passando o Executivo a exercer mais funções, ocasionaram uma superposição deste poder sobre os demais. Com o Poder Executivo fortalecido e editando atos normativos o direito administrativo foi produzido quebrando o equilíbrio entre os direitos individuais e as prerrogativas públicas, em uma clara demonstração de predomínio desta última.

Deve-se ressaltar que o Estado Social é também um Estado de Direito no qual a legalidade norteia a sua atuação. Neste entendimento a discricionariedade administrativa não deve fugir a esta premissa de limitação. A anterior ideia que a administração pode fazer tudo quanto não estiver proibido não mais poderia subsistir visto ser claro o aumento da abrangência do domínio da lei sob os atos da administração. “a própria discricionariedade tem que ser compreendida como um poder limitado pela lei; deixou de existir aquela esfera de ação em que a Administração Pública age livremente”, (DI PIETRO, 2012, p. 24).

A discricionariedade antes vista como uma esfera da atuação administrativa sem limitação legal, ou seja, a Administração fazia tudo àquilo que não fosse proibido, foi substituída pelo princípio de que a Administração só pode fazer o que a lei permite. A concepção de legalidade foi ampliada no fazer administrativo, ocorrendo uma evolução no conceito de legalidade o que abrangia também os atos normativos editados pela própria administração.

### 2.2.3 O Período do Estado Democrático de Direito

O formalismo positivista do Estado Liberal e o insucesso do Estado Social, por falta de sustentabilidade econômica, acabaram provocando reações no plano dos Estados para adoção de concepções mais aptas a produzir a justiça social que havia ficado tão distante nos modelos anteriores.

Todas as conquistas nos direitos fundamentais de primeira e segunda geração não se apresentaram suficiente para legitimar o poder, havia uma clara necessidade de introduzir a participação popular no processo político.

Neste ponto o Estado Democrático de Direito acrescentou à ordem constitucional vigente elementos novos como a participação popular e a justiça

material, pretendendo-se neste último submeter o Estado às leis e também aos ideais de justiça.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p.27) citando a lição magistral de José Afonso da Silva aponta as características do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa ou Estado de justiça material fundante de uma sociedade democrática qual seja a que instaura um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.

Corrobora este entendimento o pensamento de Canotilho (1988, p.26) conceituando o Estado Democrático de Direito como uma ordem de domínio legitimada pelo povo, articulando direito e poder no Estado Constitucional, o que significa que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. Aponta ainda o referido autor que no Estado de Direito concebe-se a liberdade como liberdade negativa, ou seja, uma liberdade de defesa ou de distanciamento perante o Estado, ao Estado Democrático seria inerente à liberdade positiva, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder. É a liberdade democrática que legitima o poder.

O elemento democrático introduzido para legitimar o poder impõe a participação efetiva e operante do povo na Administração Pública, objetivando assegurar os direitos fundamentais da pessoa humana. Nas palavras de Luiz Nunes Pegoraro (2010, p. 29) “o Estado constitucional brasileiro é um Estado Democrático de Direito, com legitimidade do domínio político e legitimação do exercício do poder emanados da soberania e vontade popular”.

Com isso, a configuração de Estado Democrático de Direito não significa apenas unir os conceitos de Estado Democrático e de Estado de Direito, mas sim na criação de um conceito novo, o artigo 1º da nossa Carta Magna nos dá indicativo que a adoção de um Estado Democrático de Direito, que tem como qualificativo o democrático, o que em outras palavras aponta para a irradiação de valores democráticos sobre todos os elementos constitutivos do Estado e da ordem jurídica.

Assim como o Brasil outros países adotaram o qualificativo democrático para identificar a forma do Estado, países como a Alemanha, Portugal e Espanha. Com efeito, existe em comum em todas elas a adoção de fundamentos como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, o que torna claro que em sentido material estas

Constituições tem o papel de realizar os valores consagrados na forma de princípios fundamentais.

O Direito Administrativo não poderia de forma alguma se esquivar dos enunciados expostos na Constituição. No Brasil o direito administrativo, assim como outros ramos do direito, após a Constituição de 1988 necessitou passar por uma nova roupagem à luz do Estado Democrático de Direito o que implicou a superação ou a reformulação de três paradigmas do Direito Administrativo, como explica Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2010, p. 30):

- a) A redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado e a ascensão do princípio da ponderação de direitos fundamentais.
- b) A superação da concepção do princípio da legalidade como vinculação positiva do administrador à lei e a consagração da vinculação direta à Constituição.
- c) A possibilidade de controle judicial da discricionariedade a partir dos princípios constitucionais, deixando-se de lado o paradigma da insindicabilidade do mérito.

Quanto ao princípio da legalidade, como dito, sofreu uma ampliação considerável com a constitucionalização do direito administrativo, o que nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p.40) tal ampliação pode ser vista em dois sentidos: o sentido restrito (ou princípio da reserva legal), que designa a exigência de que determinadas matérias sejam reservada à lei; e em sentido amplo para abranger a lei em sentido formal, os atos normativos do Poder Executivo além dos princípios e valores consagrados de forma expressa ou implícita na Constituição.

Deve-se ressaltar que com a ampliação do princípio da legalidade a consequência imediata foi à redução da discricionariedade administrativa, visto que se a discricionariedade refere-se à margem de apreciação nos limites da lei e se esta teve seu conteúdo ampliado, o resultado imediato foi a redução da discricionariedade administrativa e a ampliação do controle judicial sobre estes atos.

Em outras palavras o grau de discricionariedade continuou a depender da forma como o legislador atribuiu competência ao administrador, o que foi modificado foi à margem de competência atribuída já que conceito de legalidade foi ampliado, abrangendo agora princípios como a moralidade, a razoabilidade e o interesse público, o que restringiu o poder jurídico discricionário do administrador público e ampliou o controle judicial sobre os atos discricionários da administração.

O Estado Democrático de Direito com a sua aproximação da população e com abertura para a participação desta, encontrou sua legitimidade e avança agora para seu aprimoramento com a efetivação dos direitos individuais e coletivos e com uma atuação administrativa pautada na lei e no direito. Com efeito, o Estado sob o império da Lei se submete ao controle judicial e popular, dependendo de instrumentos jurídicos eficazes e contando ainda com a participação popular para a implementação deste controle.

### **3 DA DISCRICIONARIEDADE**

No desempenho das funções administrativas o ordenamento jurídico assegura ao Estado poderes que lhe garante uma posição de supremacia sobre os particulares, o que lhe permite atingir sua finalidade na garantia do interesse público. O exercício destes poderes encontra limitação no princípio da legalidade, característica básica do Estado de Direito, o que significa que os poderes exercidos pela Administração Pública são pautados pelo sistema jurídico vigente, qualquer ato que extrapole os limites definidos em lei torna-se ilegal e passível de anulação.

O regramento expresso pela lei pode atingir níveis diferenciados o que permite ao administrador expedir atos de natureza vinculada e atos de natureza discricionária. É pacífica na doutrina a distinção teórica entre os atos expedidos no exercício da competência vinculada e os atos expedidos no exercício de competência discricionária, o que não retirou todas as dúvidas quanto a delimitação da verdadeira extensão destes atos na atividade prática do administrador.

Distinguindo a atuação vinculada da atuação discricionária, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p 09) o faz nos seguintes termos:

(...) haveria uma atuação vinculada e, portanto, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu objetivo reconhecimento.

Os atos expedidos no exercício da competência vinculada apresentam como característica fundamental o fato de não haver para o administrador dúvida quanto ao seu objetivo reconhecimento. Assim, o administrador ao expedir um ato administrativo vinculado identifica nele todos os preceitos apontados pelo legislador para o cumprimento da lei, o que não deixa para o executor da lei margem para análises subjetivas quanto ao seu conteúdo.

Hely Lopes Meirelles (2009, p.120) afirma que dificilmente encontraremos um ato administrativo inteiramente vinculado, para o referido autor haverá sempre aspectos sobre os quais a administração terá opções na sua realização, “mas o que caracteriza o ato vinculado é a predominância de especificações da lei sobre os elementos deixados livres para a Administração”.

Oposto à atuação vinculada, a atuação discricionária surge em decorrência do modo pelo qual o direito regulou o exercício da atividade administrativa, possibilitando afirmar que a lei permite a existência de um campo de liberdade em que é cabível uma apreciação subjetiva na atuação da Administração Pública no caso concreto.

O que para muitos é denominado de poder discricionário para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p.14-16) pode ser considerado como um dever discricionário e fundamenta sua proposição no fato de haver no ordenamento uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam para os agentes estatais como obrigatórias. Assim, mais que um poder discricionário, a busca pelos fins sociais obriga o administrador a agir e o seu agir embasado em prerrogativas públicas torna este agir um dever.

Em suma, finaliza o referido autor, que o eixo metodológico do Direito Público não gira em torno da ideia de poder, mas gira em torno da ideia de dever, o que torna as funções administrativas simplesmente uma forma de cumprimento do dever de alcance da finalidade legal.

Não é essa a denominação adotada pela maioria dos doutrinadores que classificam os poderes administrativos quanto ao seu exercício em vinculado e discricionário, a exemplo de Hely Lopes Meirelles (2009, p.120) que conceitua o poder discricionário como o poder “que o Direito concede de modo implícito ou explícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 48) de forma lapidar conceitua discricionariedade com as seguintes palavras:

Discricionariedade, portanto é a margem de 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 a solução vertente.

Deve-se ressaltar que todos os órgãos do Poder exercem função administrativa, o que torna inaceitável a concepção de que fosse ela a zona de atividade desenvolvida exclusivamente pelo Poder Executivo, na forma entendida por alguns autores (LEITE, 1981, p. 51).

Em outras palavras, pode-se afirmar que tanto o Executivo, como atividade típica, como o Legislativo e o Judiciário, como atividades atípicas, exercem função administrativa, editando atos administrativos de natureza vinculada e de natureza discricionária. A Administração Pública é entendida em sentido amplo envolvendo todos os poderes do Estado.

Certo que a Administração tem o dever de cumprir estritamente a lei e a própria lei confere essa margem de discricionariedade ao administrador, indaga-se como o administrador pode e deve usar este poder sem violar a lei ou incorrer em arbítrio ou omissão, condutas vedadas pelo ordenamento jurídico.

Na busca pelo equilíbrio entre o poder e a limitação, a tendência tem sido restringir a discricionariedade, visto que por mais que se permita certa margem de análise subjetiva do agente público não há previsão para um agir administrativo totalmente livre, pois sempre se deve obedecer aos aspectos vinculados do ato como a competência, forma e a finalidade (DI PIETRO, 2009, p.216).

Neste sentido expõe Hely Lopes (2009, p. 173):

O que esclarece a doutrina é que o ato, embora resultante de poder discricionário da Administração, não pode prescindir de certos requisitos, tais como a *competência* legal de quem o pratica, a *forma* prescrita em lei ou regulamento e o *fim* indicado no texto legal em que o administrador se apoia.

Torna-se claro nas palavras de Hely Lopes que não existe uma discricionariedade absoluta, ou seja, não existe esta liberdade em todos os

elementos do ato. Nos elementos do ato administrativo como “competência”, “finalidade” e “forma”, o Poder Público encontra-se sempre adstrito ao que dispõe a lei, estando limitado por ela, mesmo que se trate de ato discricionário.

De fato, o poder discricionário tem se apresentado como uma necessidade para a Administração Pública desenvolver suas atividades com vistas ao interesse público. Entendendo a discricionariedade como uma necessidade para o fazer administrativo, as normas jurídicas costumam se utilizar de conceitos fluídos, vagos ou indeterminados, tais como: “situação urgente”, “notável saber”, “estado de pobreza” e “ordem pública”, por exemplo. O que alimenta a importância do ato administrativo.

Para as situações que a norma apresenta um conceito vago ou indeterminado, ela mesma apontou para a necessidade de interpretação ou interpretações variadas que permitem a interferência de um juízo subjetivo do administrador, que para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p.17) diz respeito às seguintes situações isolada ou cumulativamente:

- a) a determinação ou reconhecimento – dentro de certos limites – da situação fática.
- b) no que concerne a não agir ou agir ou
- c) no que atina à escolha da ocasião para fazê-lo ou
- d) no que diz com a forma jurídica através da qual veiculará o ato ou
- e) no que respeita à eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal.

Sobre a discricionariedade administrativa na interpretação de conceitos vagos ou indeterminados trataremos mais adiante, o que nos importa neste momento é apontar algumas características deste poder discricionário.

Convém lembrar que se costuma tratar do ato administrativo discricionário para se referir aos atos praticados no exercício da competência deixada pelo legislador para apreciação discricionária de alguns aspectos do ato administrativo. Assim discricionária é a competência do agente e o ato apenas o produto do exercício desta competência.

Fazendo a distinção entre os atos vinculados e discricionários, convém destacarmos a lição de Juarez Freitas (2009, p. 37) que realiza tal distinção nos seguintes aspectos:

No caso dos atos discricionários, o bom administrador público emite juízos decisórios de valor (no campo da escolha de consequências e na determinação dos conceitos normativos, presentes na hipótese de incidência), no encaixe presumível de conferir a máxima concretização à coexistência exitosa dos valores projetados pelo sistema. Já na prática dos atos vinculados (impossível à vinculação inteira e maciça) o bom administrador emite o mínimo de juízo necessário à determinação do conteúdo do comando legal e à subordinação principiológica completa que vai além do princípio da legalidade.

Das palavras do jurista é possível identificar que existe uma estreita relação entre a vinculação e a discricionariedade, o que os distancia é quanto os atos que se encontram vinculados à determinação normativa, sendo que em relação a estes a vinculação aos ditames legais é maior, o que não significa que não exista em relação aos atos discricionários, que no caso o administrador encontra-se apenas diante de escolhas deixadas pelo legislador para melhor atender ao fim público, ou seja, não há possibilidade de fuga aos ditames legais.

A classificação dos atos administrativos em discricionários e vinculados facilita o entendimento relativamente a dois aspectos muito importantes para a caracterização do ato administrativo, quais sejam a legalidade e o mérito.

Quanto à legalidade se apresenta claro que se refere à conformidade do ato com a lei, que como sabido abrange tanto os atos discricionários quanto os atos vinculados.

Quanto ao mérito, temos aqui uma peculiaridade do ato administrativo discricionário, que diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 217) citando a lição de Seabra Fagundes explica de forma adequada o sentido em que o vocábulo é empregado.

O mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal.

Portanto, mérito administrativo é conceituado em síntese como aspecto do ato administrativo que se refere à oportunidade e conveniência do ato, tal aspecto tem sua existência configurada a partir de uma análise subjetiva do administrador, o que

nos permite afirmar que o mérito é característica intrínseca dos atos administrativos discricionários.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 955):

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

O mérito administrativo compõe o ato administrativo discricionário, que como já mencionado, se apresenta necessário para o exercício da atividade administrativa e sua persecução da finalidade pública, é o que justifica sua presença no ordenamento jurídico. Não se confunde com a noção usual utilizada no âmbito processual, mas se resume em um conjunto de oportunidade e conveniência posta a disposição do administrador para possibilitar a realização concreta de suas atividades materiais.

### **3.1 Fundamentos da Discricionariedade**

A discricionariedade, como visto, decorre da lei e encontra delimitação nela mesma, apresentando margem para um agir motivado por razões diversas, mas que não podem contrariar princípios e normas do sistema jurídico vigente.

Identificar o fundamento da discricionariedade é sinônimo de apontar qual a justificativa de manutenção deste poder no ordenamento jurídico, é explicitar as diversas tendências que robustecem as discursões sobre o tema no âmbito doutrinário.

Com efeito, a discricionariedade é justificada na doutrina administrativista pela complexidade dos problemas encontrados pela administração na concretização dos ditames legais. Outra justificativa é apresentada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 62) que a divide segundo critérios práticos e critérios jurídicos.

Do ponto de vista prático, é justificada a discricionariedade administrativa pela necessidade de se evitar que os agentes públicos tenham suas atividades automatizadas, pois cogitando-se da inexistência deste poder, a atividade

administrativa seria apenas execução da lei, inviabilizando uma adequação da norma ao caso concreto. E continua a autora afirmando que:

(...) quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar isso sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender as infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilização de atuação com a qual pode revelar-se incompatível com o moroso procedimento de elaboração das leis. (DI PIETRO, 2012, p. 62).

Conforme as palavras da autora a discricionariedade administrativa se justifica como uma necessidade para o desenvolvimento eficaz da gestão com finalidade de garantia do bem-estar coletivo. Assim, o caráter prático apontado acima pode ser sintetizado nas palavras de Fiorini citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (FIORINI *apud* DI PIETRO, 2012, p. 63), segundo o autor “a discricionariedade é, então, a ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize respondendo às necessidades de cada momento”.

Corrobora o entendimento da administrativista, quanto ao aspecto prático da manutenção do poder discricionário no ordenamento jurídico, os ensinamentos de Bandeira de Melo (2009, p. 955), para o citado autor a discricionariedade procede:

(...) do deliberado intento legal de conferir à Administração certa liberdade para decidir-se no caso concreto, tendo em conta sua posição mais favorável para reconhecer, diante da multiplicidade dos fatos administrativos, a melhor maneira de satisfazer a finalidade da lei nas situações empíricas emergentes.

Do ponto de vista jurídico a discricionariedade é explicada por Di Pietro (2009, p. 65) através da teoria da formação do direito em degraus elaborada por Kelsen em seu livro “*A teoria pura do direito*”. Kelsen parte da ideia que as normas jurídicas não se encontram na mesma ordem hierárquica dentro do ordenamento jurídico, sendo este uma ordem graduada de diferentes espécies de normas, cuja unidade resulta de uma produção normativa validada em outra norma de posição hierárquica superior. Com a validade fundada na norma jurídica anterior, o retorno acaba chegando à norma fundamental, regra hipotética que valida todo sistema e concede unidade ao ordenamento.

Nas palavras de Kelsen (2006, p. 102) o ordenamento jurídico é explicado da seguinte forma:

(...) O ordenamento jurídico não é, portanto, um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas. Sua unidade se deve à conexão, que acontece porque a produção novamente é determinada pela outra; um regresso que desemboca, finalmente, na norma fundamental, na regra fundamental hipotética e, conseqüentemente, no fundamento de validade mais alto, aquele que cria a unidade desta conexão de produções.

Seguindo o raciocínio do autor positivista do direito, a administrativista brasileira afirma haver uma oposição relativa entre produção e aplicação do direito, descrevendo que a maior parte dos atos jurídicos são ao mesmo tempo de produção e de execução, dividindo desta forma os atos jurídicos, identifica-se que abaixo da norma fundamental as normas criadas são ao mesmo tempo de execução da norma fundamental e produção normativa, ou seja, ao mesmo tempo em que as mesmas são criadas, o legislador também atua como executor dos comandos apresentados nas normas que estão em grau hierárquico superior.

A atividade administrativa, assim como a sentença judicial, são os meios pelos quais se estabelecem normas individuais de execução da lei. Nesta função de criar e executar os comandos normativos existe uma indeterminação relativa do grau inferior em relação ao grau superior, sendo possível afirmar que não há uma determinação completa, pois a norma superior não poderá vincular em toda direção o ato pelo qual é executada, havendo sempre de ficar uma margem mais ou menos ampla de livre apreciação. A norma superior possuirá um caráter de marco a ser observado pelo criador e executor das leis inferiores, aos agentes públicos caberá após a atividade interpretativa reconhecer se existe na situação apresentada margem para escolha de situações que permitam um juízo subjetivo do agente na aplicação da norma.

Nesse diapasão é que Zanella Di Pietro afirma que o próprio ordenamento jurídico fundamenta a discricionariedade, vejamos:

Considerando-se que a ordem jurídica vigente no direito brasileiro, constata-se que, a partir da norma de grau superior - a Constituição - outras vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até chegar-se ao ato final de aplicação ao caso concreto. Em cada um desses degraus, acrescenta-se um elemento inovador, sem o qual a norma superior não teria condições de ser aplicadas. Em cada momento de produção jurídica, tem-se que respeitar os limites opostos pela norma de grau superior. Assim é que a Administração Pública, ao praticar um ato discricionário, acrescentando um

elemento inovador em relação à lei em que se fundamenta, somente agirá licitamente se respeitar os limites que nesta se contém. (DI PIETRO, 2012, p.66).

Portanto, não há como se proceder a um entendimento diferenciado que justifique o poder discricionário em outras bases, é o próprio sistema jurídico que abre margem para a existência deste poder discricionário quando da inserção de elementos inovadores. Como apontado acima por Maria Sylvia, é o próprio ordenamento que viabiliza sua manutenção, haja vista que a supressão deste poder ocasionaria uma total inexpressividade da atividade administrativa.

Juarez Freitas (2009, p.11) afirma que merece ser refutada toda e qualquer tese que defenda uma discricionariedade nula, afirmando que não se pode realizar em nenhuma província do Direito a subsunção automática da regra ao caso concreto e, continua afirmando que:

Implausível sustentar a única solução correta (sequer nos atos de plena vinculação). Irrenunciável, desse modo, sem unilateralismo excludente, a busca da melhor solução, historicamente condicionada, desfeita a quimera do dedutivismo formal. Somos o que interpretamos. Absurda qualquer vinculação escrava.

Vai além o referido autor ao apontar para premissas relevantes para a compreensão da manutenção da discricionariedade no ordenamento jurídico ao esclarecer dois equívocos comuns. O primeiro deles é a crença na discricionariedade ilimitada ou na existência de zona irrelevante, interdita à sindicabilidade, o que para Freitas quer dizer que no Estado Constitucional é uma grave falha a permissão de esfera exclusivamente política imune ao controle negativo.

O segundo equívoco apontado por Freitas é o de que em dadas circunstâncias normativamente estabelecida, o agente público operaria como um singelo vassalo da lei, agindo basicamente preso a uma vinculação “robotizada”, em ações inevitáveis que acabariam por liberar o administrador de qualquer responsabilidade.

Por fim, finaliza o referido autor que superando os equívocos acima apontados, poder-se-ia concluir que a discricionariedade:

(...) revaloriza o papel do probo, eficiente e eficaz agente público, notadamente das Carreiras de Estado. É dizer, valorizar aquele que, a despeito de incompreensões, executa, de maneira séria, os deveres

administrativos e, concomitantemente, assimila o controle como guardião benigno das escolhas legítimas (FREITAS, 2009, p. 15).

Assim, torna-se evidente a importância da manutenção deste poder no ordenamento jurídico como forma de valorização da atividade administrativa que se bem conduzida permite uma real adequação da política do Estado às normas legais.

### 3.2 Discricionariedade e interpretação

É cediço o entendimento que a discricionariedade é poder concedido pela lei para apontar no caso concreto a melhor opção para a sua concretização em determinada situação. Assim, conclui-se que a discricionariedade decorre da lei, é ela mesma quem define seus limites.

Neste sentido Bandeira de Mello (2012, p. 18-19) afirma que a discricionariedade pode ocorrer em algumas hipóteses e cita duas delas:

- I) da hipótese da norma, isto é, do modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática (motivo), isto é, o acontecimento do mundo empírico que fará deflagrar o comando da norma, ou da omissão em descrevê-lo.
- II) do comando da norma, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de condutas, seja a) quando a expedir ou não expedir o ato, seja b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias.

Das palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello é possível compreender que a discricionariedade permitida pela lei concede ao administrador a possibilidade de interpretar o comando legal quando este se mostra impreciso ou de valorar qual a ação administrativa para o caso concreto quando a lei prevê várias hipóteses de solução para as demandas da administração.

Ao expedir um ato após a análise do caso concreto e indicar qual a norma legal cabível, o administrador realiza um trabalho de interpretação, que nas palavras de Pegoraro (2010, p.59) citando Figueiredo diz que:

(...) a discricionariedade consiste na competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valor, dentro de critérios de

razoabilidade e proporcionalidade gerais, e afastado de seus próprios *standards* ou ideologia, dos princípios e valores do ordenamento, no qual a melhor maneira de concretizar à utilidade pública postulada pela norma.

E continua:

O exegeta ou aplicador da norma geral deverá preliminarmente interpretar e depois valorar qual a melhor maneira de atender à utilidade pública. Todavia esta interpretação não é livre, não pode o administrador preencher o conceito com seus próprios critérios.

Assim, ressalta o referido autor que tal interpretação deve passar por uma análise dos princípios constitucionais que fundamentam o sistema normativo em vigor, não por um filtro pessoal que retiraria dos atos administrativos o caráter da impessoalidade.

Este entendimento é referendado pelo jurista Luciano Ferreira Leite que em seu livro *“Interpretação e Discricionariedade”* (2006, p.76) afirma que “o que é objeto de interpretação, ademais, é o ordenamento jurídico e não a norma legal isoladamente, até porque o direito é um conjunto de normas visto como um sistema.”

Interpretando a norma aplicável ao caso concreto o administrador não poderá se distanciar do conjunto de normas e princípios que compõem o ordenamento jurídico, que nas palavras de Leite (2006, p. 77) a interpretação ocorre por etapas adequando-se o contexto à norma, vejamos:

Na realidade, a interpretação se desenvolve por etapas a partir da análise do ordenamento jurídico visto como um sistema, cumprindo ao órgão aplicador, ao determinar o sentido e o significado das normas, conferir-lhe certa qualificação.

A determinação do significado por parte do intérprete haverá, portanto, de levar em conta tanto o contexto com as situações que fundamentam e precedem a produção do ato infralegal, seja ele administrativo ou jurisdicional.

Os métodos mais utilizados para a interpretação jurídica pelos órgãos aplicadores do direito são, para Leite, aqueles que levam em conta a unidade do sistema jurídico e a finalidade da atividade administrativa, o que afasta possibilidade de aplicação da norma isolada do seu contexto e ainda diminui a aplicação de uma interpretação literal ou até mesmo lógico-dedutiva. Não se tratando de simples interpretação de determinado fato, mas sim, atribuir significado jurídico a ele.

Neste momento é oportuno realizar a distinção entre a atividade administrativa discricionária e a atividade interpretativa, comum a todos os

aplicadores do direito. É bem verdade que não há nada no ordenamento que não seja interpretável o que não quer dizer que sempre existirá atividade discricionária.

Para diferenciar o poder discricionário da atividade meramente interpretativa deve-se afastar a ideia que só existirá interpretação quando a lei utilizar de conceitos indeterminados, pois existem os conceitos de experiência ou técnicos em que a discricionariedade administrativa é afastada por existir meios que permitem a administração transformar em determinados um conceito aparentemente indeterminado.

Por certo que existem conceitos que efetivamente implicam em certa margem de apreciação pela autoridade administrativa, Di Pietro (2012, p. 126) citando a lição de Azzariti diferencia a atividade discricionária da interpretativa afirmando que “tanto a interpretação quanto a discricionariedade exigem um momento subjetivo ou intelectual; todavia, a discricionariedade, além do momento intelectual, envolve um momento volitivo e uma capacidade criadora”.

Ferreira Leite (2006, p. 84-85) também distingue a atividade discricionária da atividade interpretativa nos seguintes termos:

Caracteriza-se a interpretação, indubitavelmente, por uma atividade cognoscitiva – volitiva por parte do órgão aplicador que busca o significado das normas legais bem como seus propósitos; a discricionariedade, de sua parte, decorrente de atuação optativa, implica, à toda evidência, procedimento caracterizado por juízo subjetivo a cargo das autoridades administrativas; tem lugar, conforme visto, na específica hipótese de inexistir prefixação de modo e de fins imediatos na norma legal, indicadores do *iter* a ser adotado.

Portanto, o que diferencia estas atividades é o fato de haver na atividade discricionária além da interpretação, a criação, ou seja, a atividade interpretativa é essencialmente intelectual e cognoscitiva e, muitas vezes integrativa do ordenamento jurídico, explicando as valorações já implícitas. A atividade discricionária é cabível, ao passo que após o processo interpretativo da norma, restar identificadas soluções válidas, o que implica numa análise subjetiva para a efetivação da melhor escolha para o caso concreto.

Nesse sentido afirma Di Pietro que:

Já na atividade discricionária, há um poder de escolha entre soluções diversas, todas igualmente válidas para o ordenamento jurídico; somente pode exercer-se com base em uma norma legal que confira esse específico poder a determinado órgão público; esse poder implica a capacidade de

criar situações jurídicas novas, e não somente o de integrar situações jurídicas já definidas. (DI PIETRO, 2012, p.217).

Compreendendo o raciocínio de Di Pietro e de Ferreira Leite, é possível dizer que a discricionariedade estaria englobando a atividade de interpretação e inovação de situações jurídicas enquanto que a atividade interpretativa estaria restrita a situações preexistentes realizando apenas o processo de integração de normas.

### **3.3 Discricionariedade administrativa nos conceitos jurídicos indeterminados**

Identificar precisamente a extensão de certos conceitos jurídicos estabelecidos pelo legislador não tem sido uma tarefa fácil para os aplicadores do direito, principalmente para a Administração Pública que tem o poder-dever de executar as normas para atingir a finalidade pública. Alguns destes conceitos são denominados pela doutrina como conceitos indeterminados, vagos, fluidos ou deslizantes.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 22) “os conceitos indeterminados ou fluídos só apresentam tal característica considerados em abstrato; não, porém diante dos casos concretos, isto é, por ocasião de sua aplicação”. Assim, o citado autor afirma que só há conceito indeterminado enquanto não for feita sua aplicação ao caso concreto, neste momento dará o aplicador à devida consistência e univocidade ao conteúdo da norma, e cita como exemplos de conceitos indeterminados expressões como “pobreza”, “velhice”, “notável saber”, “boa ou má reputação”, “urgência”, “tranquilidade pública”.

A expressão conceito jurídico indeterminado, como afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 90), ficou consagrada na doutrina de vários países e no Brasil vem sendo empregada para “designar vocábulos ou expressões que não tem um sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontrados com grande frequência nas regras jurídicas de vários ramos do direito”, e para a já citada autora “uma das características essenciais do conceito legal indeterminado está no fato de que ele não se refere a uma coisa certa mais uma significação”.

O entendimento destes conceitos ganha ainda mais importância quando nos referimos ao exercício do poder discricionário da administração, por justamente ser ela quem vai valorar a aplicação destes conceitos na vida da administração,

tornando esta valoração significativa e conveniente ao termo impreciso empregado pela norma. E se torna problemático à medida que devemos responder a seguinte indagação: sempre que o legislador se utilizar de conceitos indeterminados a Administração poderá utilizar seu poder discricionário?

Por certo que tal questionamento será objeto de resposta ao longo deste capítulo, deve-se neste momento ressaltar a distinção dos conceitos indeterminados feita por Cyntia Trevilatto da Vasconcelos Mendes (2010, p.121) que em seu artigo, *“Aspectos do controle judicial da discricionariedade administrativa no Brasil: Teorias ampliativas”*, observa a existência de duas modalidades de conceitos jurídicos indeterminados.

Nestes lanços, de acordo com a doutrina autorizada, observa-se a existência de duas modalidades de conceitos jurídicos indeterminados, quais sejam, aqueles que ostentam conteúdo empírico ou de experiência e aqueles que apresentam conteúdo de valor.

Quanto ao conceito indeterminado de conteúdo empírico, para a citada autora, é de fácil compreensão que estes são determináveis por interpretação fundada em mera aferição objetiva extraída da experiência, ou seja, basta uma mera interpretação da norma para se chegar ao conteúdo que o legislador quis que se atribuísse a norma, não havendo que se falar em discricionariedade administrativa. Conforme Luciano Ferreira Leite (2006, p. 117) o conceitos indeterminados de conteúdo prático, como ele denomina, dizem respeito a realidades existentes no mundo, conceitos de experiência, que se referem a objetos genéricos mais sensíveis, tais conceitos são interpretáveis com bases nos elementos da práxis e não ensejam em exercício das faculdades discricionárias.

Já em relação aos conceitos de conteúdo valorativo, identifica-se que estes exigem da Administração Pública um juízo subjetivo na aferição de seu real conteúdo, nestes casos seria possível identificar diante do contexto fático a presença de uma margem oportuna para o exercício do poder discricionário. Que nas palavras de Leite (2006, p.119) os “conceitos de valor não são extraídos diretamente da realidade fenomênica; são, contudo, suscetíveis de serem descritos, por se referirem, sem dúvida, a realidades incidentes em qualquer ordem jurídica”.

Continua Leite explicando que “o fato de o valor não ser definível não significa que dele não possa ser extraído determinado sentido por parte do órgão aplicador a quem é vedado, quando se depara com tal conceito, tomar decisão arbitrária”

Este entendimento é confirmado pelos ensinamentos de Zanella Di Pietro (2012, p.115), que citando a obra de Regina Helena Costa por título “*conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*”, faz a distinção entre conceitos de experiência e conceitos de valor; no primeiro caso “o administrador, após socorrer-se de processo interpretativo, torna preciso o conceito, não lhe restando qualquer margem de liberdade de escolha de seu significado”, e no segundo caso, tratando-se de conceito de valor caberá ao administrador “terminada a interpretação, uma vez restando ainda um campo nebuloso do conceito que esta não foi suficiente para eliminar, definir o conceito por intermédio de sua apreciação subjetiva que outra coisa não é que a própria discricionariedade”.

Neste momento vem à tona a discussão referente às diferenças entre interpretação e discricionariedade feita no momento anterior, mais uma vez se reafirma que a interpretação sempre haverá, quer seja nos conceitos jurídicos valorativos, quer seja nos conceitos de conteúdo empírico.

A interpretação da norma sempre se fará necessária para a sua aplicação ao caso concreto, mas o que possibilita a utilização do poder discricionário ultrapassando a simples interpretação é o fato que ao final da interpretação restar para o exegeta mais de uma possibilidade todas possíveis perante o direito, como explica Bandeira de Mello (2012, p.22):

Em despeito de fatores que concorrem para delimitar o âmbito de inteligência dos conceitos imprecisos, seja excessivo considerar que as expressões legais que os designam, ao serem confrontadas com o caso concreto, ganham, em todo e qualquer caso, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não de conceitos por elas recobertos. Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não. Em inúmeras situações, mais de uma inteligência seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezos de senhoria da verdade, que um entendimento do que se tenha será necessariamente errado, isto é, objetivamente reputável como incorreto.

Das palavras do autor é possível a identificação que para lá da interpretação existirá a discricionariedade, justamente por se tratar de conceitos jurídicos fluídos ocasionando que em determinadas situações não seja possível se chegar a uma única solução, e mais adiante conclui o já citado autor que “é impossível contestar a possibilidade de conviverem inteligências diferentes, sem que por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que qualquer delas sejam igualmente razoáveis”, (MELLO, 2012, p. 23).

Vale ressaltar ainda que é possível o controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos fundados nos conceitos vagos, é o que afirma Cyntia Trevilatto de Vasconcelos Mendes (2010, p.122):

Nesse trilhar, se a lei, quanto ao motivo ou à finalidade do ato, valer-se de conceitos fluidos, vagos, imprecisos, indeterminados, caberá, diante do vasto campo de possibilidades valorativas, uma demarcação rigorosa e precisa, denotando a importância do Poder Judiciário em proceder à apreciação desses conceitos – até mesmo nos casos de conceitos indeterminados de conteúdo meramente valorativo – exercendo o controle de legitimidade do ato à luz da razoabilidade e da proporcionalidade empregadas quando da interpretação levadas a efeito pela administração.

Este vem a ser também o entendimento do Supremo Tribunal Federal, afirmando que mesmo quando se trate de conceitos jurídicos indeterminados não há que se falar em afastamento do controle judicial aferindo se a solução adota foi a mais adequada ao caso *in concreto*. Vejamos a seguir:

A edição de medida provisória pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, “caput”). – Os pressupostos de urgência e relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indetermináveis e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes (STF, ADI-MC 2213/DF, Rel. Min. Celso de Melo, DJ 04/04/2002) (Grifo nosso)

Restou claro do julgado acima citado que se pode concluir que é possível sim, o controle dos atos administrativos praticados com fundamento em um conceito jurídico indeterminado, e conforme ensina Bandeira de Mello (2012, p. 27) o Judiciário o faz em dois momentos interpretando a lei e verificando se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, ou seja, se na interpretação dos conceitos a Administração alcançou o significado contextual que o caso comportava.

Importante destacar ainda que o âmbito do controle judicial sobre os atos fundados em um conceito jurídico indeterminado perpassa sobre a análise se ao conceito jurídico basta uma simples interpretação para se chegar ao seu conteúdo

ou se fica configurado espaço discricionário para o administrador. Maria Sylvia faz a seguinte análise sobre o tema:

(...) com efeito, existem situações em que o exame da matéria de fato permite conclusão segura sobre qual seja a melhor solução. Figure-se a hipótese em que a Constituição exige notório saber jurídico para o provimento de determinados cargos. A análise do currículo pode levar o aplicador da norma a uma zona de certeza, positiva ou negativa, ou ao contrário, o deixará em uma zona cinzenta, em que reste certa margem de apreciação; neste caso, diante de uma decisão devidamente motivada em razão de razoabilidade ou aceitabilidade, haverá discricionariedade a ser respeitada pelo Poder Judiciário. São hipóteses em que é maior a dificuldade em definir onde termina a interpretação e começa a discricionariedade. Onde houver simples interpretação, caberá ao Poder Judiciário a palavra final; onde houver discricionariedade, a decisão administrativa será definitiva e não poderá ser invalidada judicialmente. (DI PIETRO, 2012, p. 114)

Das palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro infere-se que é importante a identificação se o ato se trata realmente de um ato discricionário, posto que a decisão do administrador neste campo do direito deverá ser respeitada pelo Poder Judiciário observado a legalidade, ou de simples interpretação possibilitando um amplo controle judicial.

Não se pode deixar de mencionar a importância dos princípios constitucionais como norteadores da atividade administrativa. Mesmo quando se trate de poder discricionário exercido sob o fundamento de um conceito jurídico indeterminado em que haverá uma análise valorativa destes conceitos, é possível analisar se o ato atendeu princípios como o da razoabilidade e da proporcionalidade, ao poder judiciário será permitido “apenas um controle de contornos, de limites, pois se assim não fosse, estar-se-ia substituindo a discricionariedade administrativa pela judicial, o que é vedado pelo ordenamento jurídico” (DI PIETRO, 2012, p. 115)

Sobre o tema controle judicial sobre os atos da administração discorreremos adiante, neste momento é oportuno responder a pergunta inicial deste tópico, se é possível dizer que sempre que se tratar de aplicação de um conceito jurídico indeterminado a administração estará a gozar de seu poder discricionário. Ante o exposto pode-se dizer que não.

A discricionariedade estará configurada apenas quando após a interpretação do conceito ainda existir um “leque” de opções todas possíveis perante o direito, neste caso a atividade de escolha se dará levando em consideração os critérios de

oportunidade e conveniência informados pelos princípios que definem a atividade administrativa.

#### 4 LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Limitar a atuação administrativa, ou melhor, moldá-la à lei, tem sido uma necessidade crescente do Estado de Direito. Definir os limites à discricionariedade administrativa implica necessariamente na definição do âmbito do controle judicial a estes atos e na delimitação da esfera dentro da qual a Administração pode decidir livremente, segundo seus próprios critérios, inapreciáveis pelo Poder Judiciário.

Hoje é consenso entre os doutrinadores que vivemos em um momento em que o conceito da legalidade foi alargado, já que este se mostrou insuficiente para garantir a efetivação dos princípios constitucionais e direitos fundamentais. Ressalte-se que para compreensão do alargamento do princípio da legalidade é necessária a identificação da evolução da limitação da discricionariedade, para isso vejamos em síntese os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 149):

Inicia-se com uma fase de imunidade judicial da discricionariedade, que era considerada inerente aos *atos de império* da Administração Pública. No início do século XIX, o Conselho de Estado francês já admite o recurso por excesso de poder como uma exceção à regra da imunidade jurisdicional, primeiro nos casos de *vícios de incompetência*, depois com relação aos *vícios de forma*. Posteriormente, elaborou-se a *doutrina do desvio do poder*, que torna ilegal o ato quando a administração se afasta da finalidade legal. Chega-se, depois, a uma fase em que o Judiciário passa a examinar os fatos, pela construção da *teoria dos motivos determinantes*. Finalmente no momento atual, já tem plena aplicação da possibilidade de controle por meio do recurso aos *princípios gerais de direito*, como a boa-fé, o da proporcionalidade dos meios aos fins, o da igualdade, o do direito de defesa.

Assim, das palavras da administrativista é possível inferir que o período pós-positivista, como é denominado pela doutrina, trouxe consigo uma ampliação do conceito de legalidade, o que abrange além da observância da letra da lei, a compatibilidade dos atos da administração com a norma legal e os princípios gerais do direito.

Alguns juristas adotam a expressão “bloco de legalidade” como é o caso de Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2010) que em seu livro “*A Constitucionalização*

do *Direito Administrativo, O Princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras*” aponta para a evolução desta concepção afirmando que “a expressão bloco de legalidade, procura designar todas as normas (e não apenas as leis), inclusive as de origem jurisprudencial (princípios gerais de Direito) que são impostas a administração”.

Ressalta ainda Oliveira (2010, p.75) citando a lição de Alexandre Santos Aragão que se trata de uma concepção pós-positivista do princípio da legalidade, e afirma que:

Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à ‘lei e ao direito’, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º parágrafo único, I). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo. .

Deve-se ressaltar que o fenômeno da Constitucionalização do Direito Administrativo possibilitou a submissão da Administração aos princípios constitucionais, passando a Carta Magna a assumir papel interpretativo o que tornou a Administração vinculada a tais princípios, e ampliou o âmbito do controle judicial dos atos administrativos.

Nesse passo, Liana Chaib, com exatidão, assevera que:

(...) já não mais se pode falar em princípio da legalidade como um princípio apenas de legalidade estrita, obediência à lei. Com a constitucionalização da Administração, de onde toda a principiologia da relação administrativa, a adequação volta-se à própria Constituição e aos princípios, e não apenas à lei. A visão do direito torna-se mais abrangente, gerando o princípio da juridicidade (CHAIB, 2008, p. 23).

Assim, o feixe principiológico apresentado pela Constituição Federal de 1988 passou a pautar as ações da Administração Pública. Em outros termos, tanto no exercício da atividade discricionária como em qualquer atividade desenvolvida pelo Estado, deve a Administração observar os princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, da CF/88, como também guardar respeito aos princípios implícitos na Carta Magna, dentre eles os da razoabilidade, proporcionalidade, finalidade, motivação, interesse público, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e todos

os valores que se encontram implícita ou explicitamente dispostos no ordenamento jurídico. (BELLINASSI, 2010, p. 100).

A seguir passaremos a discorrer sobre a ampliação do princípio da legalidade, o que vem sendo denominado de juridicidade dos princípios, em seguida apontaremos o controle judicial como forma de controle da discricionariedade administrativa, destacando a teoria do desvio de poder ou finalidade, e ainda, a teoria dos motivos determinantes, todos com vistas a identificar a extensão do controle dos atos administrativos discricionários pelo Judiciário.

Por fim, faremos uma breve exposição sobre a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região no que tange ao controle judicial dos atos administrativos discricionários, identificando como este Tribunal realiza tal controle e sobre quais critérios ele é efetivado.

#### **4.1 Controle judicial da discricionariedade administrativa**

No Brasil, diferente do que ocorre em muitos países Europeus, vigora um sistema denominado de sistema de jurisdição una, que dá competência exclusiva ao Poder Judiciário para decidir de forma definitiva, apreciando com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos.

A adoção deste sistema restou claro quando a Constituição Federal no seu art. 5º, inciso XXXV, passou a proibir que lei excluísse da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Que nas palavras do jurista Bandeira de Mello “este princípio, absolutamente capital, constitui-se em garantia insubstituível, reconhecida entre os povos civilizados, como expressão asseguradora da ordem, da paz social e da própria identidade dos regimes políticos contemporâneos”. (MELLO, 2009, p. 948)

E continua o jurista a afirmar que:

Tendo-se em conta que a proteção judicial – a dicção do direito no caso concreto – é a forma pela qual se garante a legitimidade, a dizer, é o meio por cuja via se assegura a consonância dos comportamentos com os ditames normativos, resulta inconfundível assento de que o cânone do art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional é não só um princípio, mas dentre eles, certamente dos mais assinalados, por se constituir em pedra de toque da ordenação normativa brasileira (MELLO, 2009, p. 948).

Portanto, mesmo que seja a própria Administração Pública que pratique atos que lesem direitos ou ameassem a sua lesão, caberá exclusivamente ao Poder Judiciário julgar com definitividade a lide. Resta claro que está se tratando aqui de decisão definitiva, já que existe o controle efetuado pela própria administração sob seus atos, decorrente do poder de autotutela, cujo âmbito se dá sob os atos administrativos vinculados e discricionários, sob fundamento da legalidade e da oportunidade e conveniência respectivamente, conforme se depreende das Súmulas 346 e 473, ambas do Supremo Tribunal Federal.

A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos (Súmula 346 do STF).

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (Súmula 473 do STF)

Vale ressaltar que quando se trata de Estado Democrático de Direito é implícita a ideia de controle recíproco entre os Poderes no Estado, assim, pode-se dizer que a Administração Pública se sujeita, no exercício de suas funções, ao controle por parte do Poder Legislativo e Judiciário, este último será o objeto de nosso estudo.

Analisar o controle sobre a Administração é segundo Pegoraro (2010) “um processo de redução do poder, comportando um sentido de fiscalização, para indicar a tarefa de acompanhar e fiscalizar a conduta alheia, escolhendo os fins que o terceiro realizará e o modo pelo qual se desenvolverá”.

A problemática se encontra justamente na compatibilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição com o exercício do poder discricionário, já que este último foi deferido pelo ordenamento para o desenvolvimento da atividade administrativa, que como visto, não significa arbitrariedade e nem deve se confundir com espaço da atividade administrativa que excede os limites legais. Esse poder deve ser concebido como “a adoção de uma ou outra solução segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador” (DI PIETRO, 2009, p.212).

Neste ponto convém o enfrentamento desta problemática, a delimitação da zona que se faz possível o controle judicial dos atos administrativos sem a interferência no poder discricionário nos limites deixados pela lei à Administração.

Para compreensão do controle judicial dos atos da Administração Pública deve-se partir da distinção entre atos vinculados e atos discricionários.

Quanto ao primeiro não há restrição ao controle, já que todos os elementos estão definidos pela lei, “cabará ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar sua nulidade se reconhecer que esta conformidade inexistiu”. (DI PIETRO, 2009, p.217)

Já quanto aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é garantida pela lei à Administração Pública. Não pode o Judiciário invadir esse espaço substituindo a vontade da Administração pela sua, já que é ela quem melhor conhece a contexto fático para a concretização de sua atividade.

Os fundamentos que justificam a manutenção deste poder no ordenamento asseguram a sua importância e necessidade, mas não retiram do Judiciário a apreciação de sua conformidade com a lei e se os fins expostos pelo ordenamento foram atingidos. Assim, o Judiciário faz o controle desses atos, sob alguns aspectos, a partir de uma análise contextual, principiológica e se não houve desdobramento para a arbitrariedade.

Neste mesmo sentido Hely Lopes (2009, p 717) afirma com precisão que:

Nem mesmo os atos discricionários refogem do controle judicial, porque, quanto à competência, constituem matéria de legalidade, tão sujeita ao confronto da Justiça como qualquer outro elemento do ato vinculado. Já acentuamos que a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade: ato discricionário, permitido e emitido nos limites legais, é lícito e válido; o ato arbitrário é sempre ilícito e inválido. Daí por que o Judiciário terá que examinar o ato arguido de discricionário, primeiro, para verificar se realmente o é; segundo para apurar se a distinção não desdobrou para o arbítrio.

De forma resumida, pode-se dizer que das palavras do administrativista é que é possível um controle judicial feito sobre os atos discricionários para verificação se estes estão em conformidade com a lei, se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade e feriu a legalidade, sobretudo se o mesmo não configurou em arbitrariedade, como já exposto.

É oportuno destacar que ocorreu uma evolução das técnicas de controle da Administração Pública à medida que ocorreu o desenvolvimento do direito administrativo, foi possível uma ampliação do controle, alcançando redutos antes insuscetíveis de investigação jurisdicional. Deve-se este alargamento ao esforço dos Tribunais, principalmente os europeus, na construção de teorias como a do desvio do poder, a teoria dos motivos determinantes e o da juridicidade dos princípios para viabilizar um controle efetivo dos atos sem comprometimento do princípio da separação dos poderes.

Neste sentido destacaremos estas teorias ampliadas do controle judicial da discricionariedade para construção do entendimento da extensão das possibilidades da apreciação do Poder Judiciário sobre os atos discricionários da Administração.

#### 4.1.1 A Juridicidade dos princípios como forma de limitação da discricionariedade administrativa

Como já ressaltado em outros momentos deste trabalho, vivemos em um momento pós-positivista, em que os princípios ganharam força normativa e norte para a interpretação de regras de direito postas no ordenamento. Com a Constituição de 1988 o controle externo feito pelo Judiciário passou a abranger além dos aspectos normativos sua conformidade com os princípios que estão implícitos ou explícitos no ordenamento jurídico.

Bonavides (2008, p. 264) afirma que a fase do pós-positivismo que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX, tem por característica novas Constituições promulgadas que acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Neste contexto não mais se coloca em dúvida a afirmação que os princípios possuem caráter normativo, força cogente e não apenas pauta de recomendações, donde sua não observância é destituída de qualquer consequência, é o que afirma Chaib (2008, p. 27).

Nesta mesma linha de pensamento, Dworkin (*apud* BONAVIDES, 2008, p.265) aponta “para a necessidade de se tratarmos os princípios como Direito”,

reconhecendo a possibilidade de que “tanto uma constelação de princípios como quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal”. Tornando evidente que o sistema jurídico é composto de normas e estas podem ser subdivididas em normas regras e normas princípios, estas últimas podem assumir o caráter de ideias jurídicas que norteiam todo o ordenamento e de princípios que “não sendo apenas *ratio legis*, mas também *lex*, se cristalizam numa regra jurídica de aplicação imediata”, é o que conclui Paulo Bonavides (2008, p. 272).

Importante destacar que Zanella Di Pietro (2012, p.155) citando os ensinamentos de Alexy diferencia princípios e regras sob o fundamento da lógica ou qualitativa como denomina a autora, o faz nos seguintes termos:

Segundo o pensamento de Alexy, enquanto as regras contemplam uma solução única que deve ser cumprida exatamente como prevista, os princípios seriam mandamentos de otimização, que podem ser aplicados de diferentes maneiras, conforme as circunstâncias de cada caso. Ocorrendo conflito entre princípios, deve ser aplicada a técnica da ponderação, pela qual se decidirá qual princípio deve ter peso maior.

A lógica do tudo ou nada é o que determina se estamos tratando de regras ou de princípios, as regras seguem essa lógica determinando ao aplicador a possibilidade de aplicação de uma ou de outra, a subsunção da lei ao caso concreto é quem vai determinar a aplicabilidade de uma ou de outra regra jurídica. Já quanto aos princípios a lógica de otimização é o que vai determinar o grau sua aplicabilidade, o que por vezes serão utilizados mais de um princípio, e quando ocorrer conflito entre eles deverá ser feita ponderação sobre qual deles possui peso maior para sua aplicabilidade. .

Regras e princípios possuem estrutura diferente, mas algo existe de comum entre eles, é a eficácia da imposição dos princípios que se assemelha às regras. É neste ponto que encontramos a grande transformação que deu aos princípios um caráter jurídico não apenas informativo ou supletivo. Neste sentido é o ensinamento de Paulo Bonavides (2008, p. 289), vejamos:

O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.

E continua o referido autor:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo posituação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada de prestígio e hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas (BONAVIDES, 2008, p. 289-290).

O legislador originário da Constituição brasileira de 1988 adotou a teoria principialista, positivando muitos princípios, como o da legalidade, da isonomia, da publicidade da impessoalidade e tantos outros, e deixando evidente que não excluía a aplicação de outros que passaram a constituir alicerce do sistema normativo, todos eles coexistindo e sendo aplicáveis conjuntamente. “Os princípios, efetivamente, constituem as vigas mestras do sistema jurídico. Seus comandos espraiam-se por todo o ordenamento, como um feixe de luz a iluminar as regras e as condutas dos aplicadores do Direito” (CHAIB, 2008, p.31).

Ingo Wolfgang Sarlet aponta para a normatização jurídico-positiva dos princípios na Constituição nos seguintes termos:

(...) o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material. (SARLET, 2009, p. 69).

O direito administrativo é um significativo exemplo de ramo do direito rico em princípios extraídos implicitamente do direito positivo e do direito comparado, é o caso dos princípios da continuidade do serviço público, da autoexecutoriedade e da autotutela dos atos administrativos, da hierarquia e tantos outros, sem desprezar aqueles princípios que expressam valores inerentes à pessoa humana.

Neste sentido é oportuno trazer à colação a lição de Liana Chaib (2008, p. 31) que identifica a importância dos princípios como limitação da atividade administrativa e como forma de controle.

Destarte, ao cumprir seu papel de presidir a inteligência do sistema jurídico positivo, os princípios também atuam, fundamentadamente, como vetores

de conduta e, a *fortiori*, também limitadores de comportamento, prestando-se para coibir e rechaçar atos administrativos que discrepem de seus mandamentos. Aferem, pois, da validade ou invalidade de um comportamento administrativo. (CHAIB, 2008, p.31).

Das palavras da jurista é possível, mais uma vez afirmar, que os princípios atuam como pressupostos de validade do ato administrativo, e, portanto, dão forma a construção e ao controle do ato.

É oportuno ressaltar o pensamento do jurista moderno Lênio Streck, que em artigo publicado pelo *site* “Consultor Jurídico” na edição de março de 2009, critica as constantes decisões judiciais baseadas em princípios e chama atenção ao afirmar que a era dos princípios não veio para transformar o Direito em um império das decisões baseadas na consciência individual de cada julgador. Para ele “princípios tem a função de resgatar o mundo prático no Direito, por outro lado, decisionismos e/ou ativismos não são bons para a democracia”. (STRECK, 2009)

Com estas palavras Streck chama atenção para o exagero de algumas decisões judiciais que extrapolam a interpretação principiológica, ou melhor, ele critica as decisões que apenas utilizam os princípios para justificar os posicionamentos individuais sobre determinados assuntos. Não se coadunam com o Estado Democrático tais posturas, não se defende neste trabalho um controle ilimitado da administração a partir da interpretação do princípios.

Em relação ao controle dos atos administrativos discricionários Hely Lopes Meirelles (2009, p. 717) afirma ser possível o Poder Judiciário perquirir tanto os aspectos de legalidade do ato administrativo discricionário, como também a legitimidade deste ato, com as seguintes palavras:

A competência do Judiciário para revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade entende-se a conformidade com os princípios básicos da Administração Pública, em especial as do interesse público, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade, indissociáveis de toda atividade pública. Tanto é ilegal o ato que desatende à lei formalmente, como ilegítimo o ato que violenta a moral da instituição ou se desvia do interesse público, para servir a interesse privado de pessoas, grupos ou partidos favoritos da Administração.

A legitimidade apontada por Hely relacionasse não somente a conformidade dos atos administrativos para além da norma positivada, que se refere ao

alargamento dos parâmetros que molduram o ato, que em síntese quer dizer conformidade com a moral e o interesse público.

Tratando-se de atos discricionários controlados a partir de princípios temos a visão de Oliveira (2010, p.78) que afirma poder haver uma redução à zero dessa discricionariedade “quando as circunstâncias normativas e concretas eliminarem a possibilidade de escolha por parte do agente, deixando apenas uma única solução possível que deverá ser adotada”.

Assim, nenhum ato administrativo escapa dos efeitos vinculantes dos princípios, quer sejam atos administrativos vinculados quer sejam atos administrativos discricionários, sua rendição ao direito nos permite identificar a ampliação do conceito de legalidade e a exigência de conformidade do ato com a lei em sentido formal e com o ordenamento jurídico como um todo, em especial aos princípios.

Neste sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p.162) é objetiva ao afirmar que:

(...) em vez de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade da ação limitada pela lei, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade da ação limitada pelo Direito. O princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito concebido pelo positivismo jurídico adotado o Estado Legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em Estado de Direito propriamente dito.

Em relação aos atos administrativos discricionários é comum a doutrina tradicional fazer diferenciação entre o controle de legalidade e o controle de mérito. Neste sentido Oliveira (2012, p.79) faz a seguinte distinção:

O controle da legalidade, concebido tradicionalmente como a verificação da compatibilidade formal do ato administrativo com a legislação infraconstitucional, seria amplo, pois seu exercício caberia ao próprio “Poder” que editou o ato, bem como aos demais “Poderes”, também responsáveis pela defesa do princípio da legalidade. No momento em que o ato contraria a lei, nasce o poder-dever ou dever-poder de anulação.

Quanto ao controle de mérito do ato administrativo, possível apenas se efetivado pelo próprio “Poder” que o editou. Destaca ainda Oliveira que o mérito do ato administrativo, na visão clássica, consiste na “avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao mérito a ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário”, portanto, em razão do princípio da separação dos poderes, apenas

quem possui liberdade de apreciação do mérito na edição do ato pode reapreciá-lo no caso de eventual revogação. E finaliza o referido autor:

(...) daí o Poder Judiciário não poder revogar (controle de mérito) do ato administrativo discricionário editado pelo Executivo ou Legislativo, mas apenas o ato administrativo editado por ele próprio no exercício da função administrativa (atípica). (OLIVEIRA, 2010, p. 79-80).

Com fundamento na juridicidade dos princípios foi possível uma construção teórica muito mais ampla que aquela construída pelos doutrinadores clássicos, que viam no ato discricionário apenas um controle de legalidade estrita, ou seja, sua conformação à lei. É possível hoje invalidar um ato administrativo discricionário para garantir o respeito aos limites legais e constitucionais impostos, como exemplo, os Tribunais tem se utilizado rotineiramente dos princípios da razoabilidade e da isonomia (impessoalidade) para identificar se algumas exigências contidas em editais de concurso público são válidas ou não.

Oliveira afirma categoricamente que:

A juridicidade tão somente amplia a margem de controle do ato discricionário levada a efeito pelo Judiciário. E isso não para permitir a apreciação do mérito administrativo propriamente dito, porque isso importaria em inadmissível violação ao princípio da separação de poderes, mas para garantir que o mérito da atuação administrativa não seja um artifício ou escudo para a permitir por via transversa, a violação da ordem jurídica pelo administrador (OLIVEIRA, 2010, p. 82).

No mesmo sentido Hely Lopes adverte sobre o papel do Judiciário no controle do ato administrativo discricionário,

O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Não pode, assim, invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração é privativa da Administração. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração (MEIRELES, 2009, p. 122-123).

Em outras palavras, o que não pode é o Judiciário invadir o mérito para controlar os atos administrativos discricionários, ocorrendo assim uma substituição da vontade da administração pela vontade do juiz, só resta ao Judiciário observar se tal ato foi resultado do atendimento aos fins públicos e se os limites impostos pelo ordenamento jurídico à atuação administrativa foram respeitados. "Por isso, a invalidação de um ato administrativo por violação ao princípio da razoabilidade, por

exemplo, não enseja, em última análise, o exame do conteúdo do mérito pelo Judiciário, mas sim dos limites impostos ao administrador na utilização desse mérito” (OLIVEIRA, 2010, p. 82).

Resta claro que sob o enfoque da garantia de observância dos princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro é possível um controle do ato administrativo discricionário, como já firmou entendimento Suprema Corte em julgados, por exemplo:

RE-AgR 410715 SP Relator(a):CELSO DE MELLO, Julgamento:21/11/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300Parte(s): MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ,JOÃO GUILHERME SOUSA DE ASSIS,MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Ementa

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV)- COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º)- RECURSO IMPROVIDO

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

(...)

. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.(GRIFO NOSSO).

Com estas palavras o Supremo Tribunal Federal deixou evidenciado que a Administração, embora esteja no exercício do seu poder discricionário, deve respeitar não somente a lei que lhe facultou a respectiva discricção, mas também aos princípios e valores constitucionais, sob pena de sujeição de seus atos ao crivo judicial. Quando se trata de direitos fundamentais tal discricção deve ser vista com muito mais critério, visto que a administração tem o poder-dever de efetivá-los o que enseja uma vinculação imediata da Administração aos ditames constitucionais.

#### 4.1.2 Da Teoria do desvio de poder ou de finalidade.

Seguindo a lógica de trazer à colação as formas de limitação da discricionariedade administrativa, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário, é comum a doutrina citar a teoria do desvio de poder ou de finalidade como exemplo de forma de controle. Esta teoria tem raízes no Conselho de Estado da França, que pela primeira vez admitiu do “desvio de poder”, como uma das hipóteses em que cabia atacar o ato administrativo. (MELLO, 2012, p. 56).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 218) sobre a teoria do desvio de poder afirma que:

(...) o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos em lei.

No mesmo passo, Celso Antonio Bandeira de Mello (2012, p. 57) professa que o desvio de poder consiste:

(...) no manejo de um plexo de poderes (competência) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência. O agente se evade do fim legal, extravia-se da finalidade cabível em face da lei. Em suma: falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica.

O desvio de poder, como se depreende dos conceitos acima citados, trata-se de uma transgressão direta à lei. A autoridade administrativa usa-se de sua competência para atingir fim diverso daquele determinado pelo comando normativo, o que torna esse tipo de controle um mero controle de legalidade, à medida que ocorre um desvio da finalidade prevista em lei, ocorre necessariamente uma violação a ela.

Neste sentido Celso Antônio afirma que:

Sobremodo nos casos em que o desvio de poder é praticado conscientemente pela autoridade e tanto mais naqueles em que o faz por intuítos pessoais, de perseguição ou favoritismo, avulta a percepção de que o controle do ato é mero controle de legalidade. Com efeito, o agente tanto pode ofender a lei violando á força aberta, ou seja, pisoteando à boca cheia e sem recato às disposições normativas, caso em que agride

ostensivamente o padrão legal, como pode fazer à capucha, à sorrelfa, de modo soez, embuçado sob o capuz de disfarce, a pretexto de atingir o interesse público. (MELLO, 2012, p. 58)

A atividade administrativa deve voltar-se aos objetivos traçados pelo legislador, com o fim de atingir o interesse público. Muitas vezes o ato, embora revestido de legalidade, tem o fim público como máscara, o interesse na verdade é outro o que torna o ato maculado, revestido de má-fé e de forma alguma se coaduna com o direito. Tais atos revestidos de legalidade são os mais perigosos e mais difíceis de serem sindicáveis pelo Judiciário pelo receio de invasão do mérito.

Ressalte-se que o princípio da finalidade não é uma decorrência da legalidade, é mais que isso, é inerente à legalidade e está nela contido. Daí por que os atos que se encontram viciados na finalidade – denominado desvio de poder ou finalidade, são nulos, por ferir diretamente à lei por desatender ao fim nela exposto.

Quanto ao conceito de finalidade do ato administrativo, enquanto elemento essencial à existência e validade do ato é possível distinguir tal conceito em dois sentidos, como fez Di Pietro (2012, p. 257), 1) em sentido amplo, corresponde a um resultado de interesse público; neste aspecto o ato administrativo deve atender sempre a finalidade pública; 2) em sentido estrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir conforme o definido em lei, assim, finalidade do ato é sempre o decorrente da lei de forma implícita ou explícita.

Partindo-se da distinção feita pode-se afirmar que ocorre desvio de poder ou finalidade quando o agente pratica ato que com inobservância do interesse público em sentido amplo ou estrito, haja vista, ocorrer que em ambos o ato atinge fim diverso daquele previsto em lei.

Oliveira (2010, p. 80-81) cita alguns exemplos de desvio de finalidade em atos administrativos que possibilitam a aplicação da teoria do desvio de poder ou de finalidade e a conseqüente invasão do ato, tais como a remoção *ex officio* de um servidor em razão de perseguição pessoal do seu chefe (a remoção não deve ter o caráter punitivo); a cessão de imóveis desapropriados para empresas privadas executora de atividade econômica lucrativa (a desapropriação só pode ter por finalidade a utilidade pública, a necessidade pública e o interesse social).

Deve-se ressaltar que a Administração Pública para manter-se afinada com os mandamentos que caracterizam o Estado de Direito, necessita atuar precisamente moldada pela finalidade pública, tanto quando se refere aos atos

administrativos expedidos sob a competência vinculada ou da competência discricionária.

Neste sentido Cynthia Trevilatto de Vasconcelos Mendes assevera que:

A atividade administrativa deve volta-se aos objetivos traçados pela lei, sob pena de malferir o seu poder de discricção. Nessa hipótese, em sendo verificado, pelo Poder Judiciário, que a Administração atuou – seja através do exercício do seu poder vinculado, seja discricionário - em conformidade com a finalidade colimada pela lei e, portanto em manifesto desvio de poder, caberá àquele decretar a nulidade do ato administrativo (MENDES, 2010, p. 119).

Considerando que o ato administrativo discricionário contém um mérito consistente no círculo de liberdade indispensável para avaliar a conveniência e a oportunidade da prática de um ato no caso concreto, é possível identificar na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 82-83) que alguns critérios adotados pelo agente público podem extrapolar o âmbito do mérito administrativo e macular o ato tornando-o ilegítimo, e demonstra em algumas hipóteses:

a) atos contaminados por intuítos pessoais- pois a lei está a serviço da coletividade e não do agente; b) correspondente à outra regra de competência, distinta da exercitada – pois a lei não é indiferente os meios utilizados; c) que revelam opção desarrazoada – pois a lei não confere liberdade para providencias absurdas; d) que exprimem medidas incoerentes: 1- com os fatos sobre os quais o agente deveria exercitar seu juízo; 2 – com as premissas que o ato deu por estabelecidas; 3- com decisões tomadas em casos idênticos, contemporâneos ou sucessivos- pois a lei não sufraga ilogismos, nem perseguições, favoritismos, discriminações; e) que incidem em desproporcionalidade do ato em relação aos fatos - pois a lei não endossa medidas que excedem ao necessário para atingimento de seu fim.

Em todas estas hipóteses apontadas por Celso de Mello restou demonstrado que embora se esteja tratando de ato administrativo discricionário em que o mérito em tese não poderia ser apreciado pelo Judiciário, haja vista ter ocorrido uma estrapolação dos limites impostos pelo direito, tais atos se tornam ilegítimos, devendo o Poder Judiciário anulá-los, “sob pena de considerar-se o direito como a mais insequente das normações e a mais rúptil e quebradiça das garantias” (MELLO, 2012, p. 83).

Impende destacar o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao tema desvio de poder ou finalidade:

MS 24020 / DF - DISTRITO FEDERAL, MANDADO DE SEGURANÇA,  
 Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 06/03/2012  
 Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO  
 DJe-114 DIVULG 12-06-2012 PUBLIC 13-06-2012Parte(s) IMPTE.(S) :  
 HÉLIO MÁRIO ARRUDA  
 ADV.(A/S): WILSON MÁRCIO DEPES  
 IMPDO. (A/S): RELATOR DO TC Nº 012.247/1999-5 DO TRIBUNAL DE  
 CONTAS DA UNIÃO  
 ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
 Ementa

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NEPOTISMO CRUZADO. ORDEM DENEGADA. Reconhecida a competência do Tribunal de Contas da União para a verificação da legalidade do ato praticado pelo impetrante, nos termos dos artigos 71, VIII e IX da Constituição Federal. Procedimento instaurado no TCU a partir de encaminhamento de autos de procedimento administrativo concluído pelo Ministério Público Federal no Estado do Espírito Santo. No mérito, configurada a prática de nepotismo cruzado, tendo em vista que a assessora nomeada pelo impetrante para exercer cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, sediado em Vitória-ES, é nora do magistrado que nomeou a esposa do impetrante para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, sediado no Rio de Janeiro-RJ. A nomeação para o cargo de assessor do impetrante é ato formalmente lícito. Contudo, no momento em que é apurada a finalidade contrária ao interesse público, qual seja, uma troca de favores entre membros do Judiciário, o ato deve ser invalidado, por violação ao princípio da moralidade administrativa e por estar caracterizada a sua ilegalidade, por desvio de finalidade. Ordem denegada. Decisão unanimidade. (GRIFO NOSSO).

O julgado acima colacionado restou evidenciado o que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de adoção da teoria do desvio de poder ou finalidade como forma de controle do ato administrativo discricionário. O ato administrativo embora revestido de legalidade, mas ocorrendo desvio da finalidade na sua edição ferindo princípios fundantes do sistema jurídico, deve ser invalidado e retirado do mundo jurídico, mesmo que seja um ato discricionário.

#### 4.1.3 Da teoria dos motivos determinantes

Impende destacar a teoria dos motivos determinantes como forma do alargamento do controle da discricionariedade administrativa estatal juntamente com as teorias acima apresentadas.

A teoria dos motivos determinantes é conceituada por Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2009, p. 211) como um requisito de validade do ato administrativo “com a

qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade”.

A validade do ato administrativo depende da correspondência entre os motivos nele expostos e a existência concreta dos fatos que ensejaram a sua edição. Assim, mesmo para os atos que a lei facultou a motivação do ato, nos casos em que ela é feita deverá haver correspondência entre os motivos expostos e o ato, do contrário o ato guardará consigo um vício neste elemento do ato.

Entendendo o motivo como um dos elementos do ato administrativo que se relaciona com os pressupostos de fato e de direito que fundamentam o ato, é possível identificar que um vício neste elemento torna possível a invalidação do ato. “O motivo é a demarcação dos pressupostos fáticos cuja ocorrência faz deflagrar *in concreto* a competência que o agente dispõe em abstrato”. (MELLO, 2012, p.86)

A exteriorização das razões do ato é denominada de motivação, que muito se discute na doutrina se tal motivação do ato é ou não obrigatória. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 210- 211) diz que alguns doutrinadores entendem que apenas para os atos administrativos vinculados existe obrigatoriedade de motivação, devendo a administração demonstrar se o ato expedido está em conformidade com os motivos indicados na lei. Outros entendem que a motivação é obrigatória somente para os atos discricionários, o que permite um controle da legitimidade dos motivos que levaram a edição do ato.

E conclui a referida autora administrativista afirmando que entende que a motivação é, em regra, necessária seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, “pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado”. (DI PIETRO, 2009, p. 2011).

Nesse sentido podemos trazer à colação a lição lapidar de Juarez Freitas (2009, p. 32) em que o autor afirma que:

Toda discricionariedade legítima somente o será se guardar vinculação com os imperativos da prudência, incompatíveis com os grilhões da irreflexão. Com base nisso, não se está a pedir, em especial ao Poder Judiciário, o controle dos juízos de conveniência em si, mas o controle das motivações obrigatórias, é dizer, a vigilância quanto aos aspectos que dizem respeito não ao merecimento em si, mas a compatibilidade plena do ato administrativo com os princípios, entre os quais os da eficiência, da eficácia e da economicidade.

Portanto, o ato administrativo expedido sob a competência discricionária, segundo o entendimento dos autores acima citados, deve ser motivado, o que possibilita a sindicabilidade dos mesmos, haja vista não haver ato administrativo que não seja passível de verificação de sua compatibilidade com a lei, e quanto aos discricionários se não é possível adentrar no mérito é possível sim, ter controle dos pressupostos que ensejaram a expedição do ato.

Bandeira de Mello (2012, p. 99) questiona de forma esclarecedora a importância da motivação dos atos dizendo:

(...) como contestar a validade de um ato se os seus motivos, se sua razão de ser permanecer ignorada, oculta? como impugná-lo, como submetê-lo ao crivo jurisdicional, se forem desde logo desconhecidas as bases em que está assentado?.

Ele mesmo responde que não há compatibilidade com o Estado de Direito que reclama a necessidade de motivação dos atos.

Com efeito, mesmo para os atos que o agente dispõe de alguma discricção (seja em que aspecto for), se faz necessário motivar o ato, pois através dos motivos é possível conferir se a decisão foi adequada, proporcional e atingiu a finalidade pública insculpida nos ditames legais.

Deve-se ressaltar que a necessidade de motivar ou fundamentar o ato administrativo é princípio geral do direito administrativo contemporâneo, que encontra fundamento no princípio democrático (art. 1º, parágrafo único, da CRFB), no art. 93, X, da CRFB, que apesar de se dirigir literalmente ao Poder Judiciário deve ser estendida aos demais poderes enquanto executores da função administrativa. Em âmbito federal, a motivação ganhou *status* de princípio no art. 2º, caput e parágrafo único, inciso VII, da Lei nº 9.784/99, (OLIVEIRA, 2010, p. 85)

Com efeito, a motivação, se faz necessária e se constitui como um instrumento fundamental para ampliação e efetividade do controle externo do ato, especialmente aquele exercido pelo Judiciário por meio da citada teoria dos motivos determinantes, como dito em outro momento, o que é defendido não é uma invasão no mérito administrativo, mas que esta realize uma adequada motivação dos atos afim de que o administrado e o Judiciário possam realizar um efetivo controle sobre os atos administrativos que muitas vezes estão revestidos de legalidade, mas ferem princípios basilares como a razoabilidade, moralidade e proporcionalidade.

É oportuno destacar alguns exemplos de possibilidade de controle de um ato administrativo discricionário a partir da teoria dos motivos determinantes feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p 211), é o caso da exoneração *ad nutum*, para a qual a lei não define o motivo, se a Administração praticar esse ato alegando que o fez por falta de verba e depois nomear outro funcionário para a mesma vaga, o ato será nulo por vício quanto ao motivo.

Outro exemplo é o caso da revogação de um ato de permissão de uso, sob alegação de que a mesma se tornou incompatível com a destinação do bem público objeto de permissão, se a Administração permitir o uso do mesmo bem, em seguida, por terceiro, restará demonstrado que o primeiro ato foi ilegal por vício no elemento do ato quanto ao motivo.

A jurisprudência pátria também corrobora o entendimento aqui exposto, como se pode identificar no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no julgado a seguir, *ipsis verbis*:

Processo AgRg no REsp 1280729 RJ 2011/0176327-1Relator(a): Ministro HUMBERTO MARTINS Julgamento: 10/04/2012 Órgão Julgador:T2 - SEGUNDA TURMA Publicação: DJe 19/04/2012

Ementa

ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO AOS MOTIVOS DETERMINANTES. INCONGRUÊNCIA. ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. DANO MORAL. SÚMULA 7/STJ.

1. Os atos discricionários da Administração Pública estão sujeitos ao controle pelo Judiciário quanto à legalidade formal e substancial, cabendo observar que os motivos embasadores dos atos administrativos vinculam a Administração, conferindo-lhes legitimidade e validade.

2. "Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido" (MS15.290/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26.10.2011, DJe 14.11.2011).

3. No caso em apreço, se o ato administrativo de avaliação de desempenho confeccionado apresenta incongruência entre parâmetros e critérios estabelecidos e seus motivos determinantes, a atuação jurisdicional acaba por não invadir a seara do mérito administrativo, porquanto limita-se a extirpar ato eivado de ilegalidade.

4. A ilegalidade ou inconstitucionalidade dos atos administrativos podem e devem ser apreciados pelo Poder Judiciário, de modo a evitar que a discricionariedade transfigure-se em arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade.

5. "Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o 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 assistiam, violando, portal modo, os ditames normativos

que assinalam os confins da liberdade discricionária." (Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 15ª Edição.)

6. O acolhimento da tese da recorrente, de ausência de ato ilícito, de dano e de nexos causal, demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ. Agravo regimental improvido. (GRIFO NOSSO).

De se notar, portanto, um posicionamento firme jurisprudência no sentido de apontar para a concretização de um controle dos atos administrativos discricionários através da teoria dos motivos determinantes, que para o STJ, como visto, trata-se de mero controle da legalidade, portanto, não há restrição para a sindicabilidade pelo Poder Judiciário.

Assim, longe de configurar invasão à discricionariedade da Administração, o que se identifica no controle judicial a partir desta teoria é impor à discricionariedade os seus devidos limites, evitando assim, que a Administração Pública se utilize deste poder para agir com arbitrariedade.

#### **4.2 Análise da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região sobre o controle da discricionariedade Administrativa no ano de 2012**

Neste momento do trabalho o enfoque será analisar como o Tribunal Federal da 1ª Região em seus julgados vem identificando os limites da discricionariedade administrativa e efetuando o seu controle judicial.

Longe de esgotar o tema, o intuito é demonstrar que embora o controle da discricionariedade seja tema clássico no âmbito do direito administrativo, ainda existem pontos em debate notadamente quanto aos limites do seu exercício e sua compatibilidade aos ditames do Estado Democrático de Direito, existindo um grande número de doutrinadores que se debruçaram sobre este tema, sendo oportuna sua análise pragmática.

Identificar como os operadores do direito, em especial os desembargadores do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que engloba o Estado do Maranhão e em consequência julga as causas provenientes deste Estado, realizam a sindicabilidade dos atos administrativos discricionários e quais os critérios utilizados para a delimitação deste controle se faz conveniente à medida que identificamos um

avanço do controle judicial para a restrição cada vez maior da discricionariedade administrativa como forma de garantia da efetivação dos direitos individuais e coletivos.

Convém ressaltarmos neste momento a competência constitucional do Tribunal Regional Federal, imprescindível para a identificação da importância da análise destes julgados para a Administração Pública localizada no Estado do Maranhão, cuja jurisdição é de competência do TRF da 1ª Região.

O art. 108 da Constituição Federal dispõe que:

Art. 108 - Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;

c) os mandado de segurança e os habeas data contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;

d) os habeas corpus, quando a autoridade coatora for juiz federal;

e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal;

II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição. (BRASIL, 2012, p.44)

É possível destacar do rol de competências do Tribunal Regional Federal descritas no art. 108, II, da CF/88, a competência para julgar em grau de recurso as causas decididas em pelos juízes federais. Neste diapasão a própria Constituição define no art. 109 as competências destes juízes.

O Estado do Maranhão se encontra dentro da jurisdição do TRF da 1ª Região, dividido em quatro seções judiciárias localizadas na capital com 9 Varas, na cidade de Bacabal com uma Vara, na cidade de Caxias com uma Vara e na cidade de Imperatriz com uma Vara. Torna-se importante apontarmos o posicionamento jurisprudencial deste Tribunal para conhecermos como a Administração Pública deste Estado, juntamente com os demais que compõem a jurisdição deste Tribunal, tem seus atos discricionários controlados pelo Poder Judiciário Federal, em quais limites e critérios tal controle é efetuado.

Para conseguirmos realizar o objetivo proposto foram utilizados alguns julgados significativos que tratam sobre o tema de forma implícita ou explícita em

que restou demonstrado os critérios deste Tribunal para efetivação do controle sobre os atos discricionários da Administração.

Foi utilizado o *site* do Tribunal Regional Federal da 1ª Região como fonte de pesquisa, no qual foram identificados 21 acórdãos publicados no ano de 2012 que versavam sobre o tema do controle judicial da discricionariedade administrativa. Assim colacionamos os mais significativos e pertinentes ao tema proposto.

Iniciaremos fazendo uma descrição breve das três categorias identificadas nos julgados que possibilitaram ou não o controle judicial dos atos discricionários da administração. Primeiro abordaremos o tema clássico e recorrente no estudo da discricionariedade administrativa que é o controle feito a partir do critério da legalidade e da identificação do mérito nos atos da Administração, em seguida, partiremos para identificação dos julgados cujo controle do ato ocorreu sob o critério do vício no elemento motivo do ato, possibilitando um controle judicial. Por fim, faremos a identificação do controle judicial a partir da juridicidade dos princípios como limitação da discricionariedade administrativa.

Sobre o critério da legalidade, podemos trazer o julgado cuja relatoria é da Desembargadora Selene Maria de Almeida que na Apelação Cível 007310-4 / AM identificou a possibilidade do controle do ato administrativo discricionário somente quando ele fere a legalidade, o que aponta para a adoção dos critérios clássicos que diferenciam o controle, em controle de mérito e controle da legalidade, somente este último de competência do Poder Judiciário e da própria Administração que decorre do poder de autotutela e consubstanciado na já citada Súmula 473 do STF.

O caso em comento gira em torno da existência de candidato aprovado em segundo lugar em concurso público do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Amazonas (IFAM) na área de fitotecnia, que se insurgiu contra os critérios adotados pelo edital do certame no tocante a pontuação atribuída à prova objetiva.

Em seu voto a Desembargadora relatora afirma que não há violação ao princípio da proporcionalidade e que na verdade ocorreria, com a alteração dos critérios de avaliação do concurso, uma violação aos princípios da isonomia e da vinculação ao edital. Assim com estas palavras a relatora denega a segurança e reafirma seu posicionamento quanto à análise dos critérios nos seguintes termos:

Processo Numeração Única: 0007224-12.2009.4.01.3200 AC  
2009.32.00.007310-4 / AM; APELAÇÃO CIVEL Relator  
DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA Órgão  
QUINTA TURMA Publicação 30/11/2012 e-DJF1 P. 698 Data  
Decisão 21/11/2012

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PARA PROFESSOR DE FITOTECNIA DO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO AMAZONAS. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO DE PONTUAÇÃO DA PROVA ESCRITA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. INCURSÃO NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

1-Não cabe ao Judiciário imiscuir-se nos critérios estipulados no edital para atribuir pesos e pontuações nas provas, pois a correção de critérios objetivos e subjetivos de prova de concursos públicos é matéria afeta à discricionariedade administrativa, apenas devendo ser objeto de controle judicial diante de evidente ofensa à lei ou flagrante erro material que ocasione prejuízo ao candidato ou à concorrência, o que não ocorre na espécie. (GRIFO NOSSO).

Como visto, com este julgado percebe-se que é consistente o posicionamento desta Corte na adoção dos critérios tradicionais para a identificação do âmbito da sindicabilidade do ato administrativo pelo Judiciário, o que torna evidente a observância deste Tribunal dos aspectos da competência da Administração e da identificação do mérito dos atos editados por ela.

Em idêntico sentido de delimitação do mérito administrativo e da impossibilidade de penetração do Judiciário nos critérios de oportunidade e conveniência, é possível identificar outros julgados publicados no ano de 2012 que reafirmam a posição deste Tribunal, são eles: AC 594-6 / PI; AC 004795-0 / PI; REOMS 003780-4 / MA; AMS 033416-2 / DF; AC 008894-9 / MG; AC 019598-3 / DF; AC001676-7 / TO;

Sob o critério do controle do ato administrativo a partir da identificação de vício no ato, foi possível agrupar alguns julgados cuja fundamentação consistia no controle judicial dos atos administrativos discricionários que não se apresentavam devidamente motivados, ou a motivação exposta não se apresentava compatível com o ordenamento jurídico.

A Apelação Cível 008906-9 / MT, traz um caso em que o TRF da 1ª Região anula ato administrativo que no entendimento da Juíza Relatora Adverci Rates Mendes de Abreu (convocada) havia uma decisão não fundamentada. No caso em comento foi possível extrair do relatório do processo que o apelante João Batista Araújo se insurge no mérito do recurso contra decisão administrativa que indeferiu o seu pedido de reavaliação funcional sem fundamento consistente o que viola dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Na ementa do acórdão restou evidenciado que a decisão da 3ª Turma Suplementar foi no sentido de reforma da sentença cujo fundamento era no sentido de haver legalidade da avaliação funcional e na impossibilidade do Poder Judiciário se imiscuir no mérito desta avaliação. Em sentido diverso à decisão de primeiro grau, o voto da relatora foi no sentido de trata-se no caso de uma decisão administrativa viciada no elemento motivo, em que a autoridade hierarquicamente superior apenas ratifica a avaliação anterior e aponta para a responsabilidade na avaliação dos critérios do chefe imediato, conforme se pôde identificar na ementa do julgado.

O que o recorrente pretendia era ver anulada a decisão que em processo administrativo não teve fundamentada a resposta ao seu recurso, apenas teve confirmados os fundamentos da decisão que em primeiro momento houvera sido apresentada. O que para a relatora da Apelação foi suficiente para determinar anulação do ato administrativo combatido e determinar a edição um novo ato. Sobre os fundamentos do voto da relatora Adverci Rates Mendes de Abreu é possível inferir tais afirmações das seguintes passagens:

A Lei nº. 9.784/99 estabelece em seu art. 50, I e V, que os atos administrativos que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses e os que decidam recursos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. As aludidas regras estão em estreita consonância com o art. 5º, LV, da Constituição Federal, que assegura aos litigantes em processo administrativo o exercício da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, visto que não é possível exercer ampla defesa sem o conhecimento dos motivos que deram ensejo ao ato administrativo violador, em tese, de determinado direito subjetivo. Ademais, a ausência de motivação constitui óbice ao controle da legalidade dos atos administrativos, não só pelo Poder Judiciário, mas também pelos outros Poderes da República e por toda a sociedade (...)

Nessa senda, inequivocamente possui razão o autor, pois da simples leitura da decisão proferida à fl. 73 do processo administrativo (fl. 65 destes autos) verifica-se que o agente público responsável pela apreciação do recurso limitou-se a afirmar que o servidor “foi devidamente avaliado” e que os critérios utilizados na avaliação “são de inteira responsabilidade da chefia imediata, e como a mesma os ratifica”, não ficou detectada qualquer irregularidade na avaliação.

Como se vê, não houve por parte do administrador a indicação de fatos e fundamentos jurídicos no momento da apreciação do recurso, mas a simples e desfundamentada manutenção da avaliação. (TRF 1ª REGIÃO, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.36.00.008906-9/MT, Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu, DJF1: 20.04.2012)

Logo, ficou demonstrado no acórdão que a alegação que a avaliação funcional tratava-se de ato discricionário da Administração cujos critérios eram

estabelecidos por ela, e que havia legalidade na avaliação realizada, não subsistiu diante do contexto fático, ou seja, os motivos de fato e de direito não se apresentaram suficientes para afastar o controle judicial e enquadrá-lo na esfera de discricionariedade administrativa, que neste caso a visão deste Tribunal, tal ato não poderia permanecer inapreciável pelo Judiciário diante da violação a direitos garantidos pelo ordenamento jurídico.

Nestes termos identificou-se que esta Corte não tem se apartado do controle judicial quando a Administração utiliza-se em sua defesa o simples argumento que se trata de ato discricionário da Administração e que o Judiciário não pode adentrar em seu controle. No caso em comento, como dito, julgou este Tribunal em conformidade com o sistema jurídico vigente, não permitindo a existência no mundo jurídico de ato que não se apresente devidamente motivado e que venha ferir direitos dos administrados.

Outro acórdão que pode ser analisado pelo enfoque do controle judicial da discricionariedade é da lavra do Desembargador João Batista Moreira. Trata-se da Apelação em Mandado de Segurança interposto questionando a discricionariedade administrativa na lotação de servidores, o que para o desembargador citado, deve ser motivada.

Em seu voto o desembargador João Batista Moreira deixou evidenciado que mudou o seu posicionamento quanto ao controle da discricionariedade por identificar que no caso em epígrafe, a discricionariedade só restaria justificada se houvesse motivação do ato, o que para ele não ocorreu, vejamos:

Vinha votando no sentido de que tal situação comportava-se dentro da discricionariedade da Administração. Do contrário, quando realizados sucessivos cursos, significaria criar rodízio de servidores incompatível com as atividades da Polícia Federal, as quais exigem lotação prioritária em certos locais e órgãos, além de relativa estabilidade e especialização de servidores. Considerava, mais, que, se qualquer vaga aberta para curso seguinte devesse ser, primeiro, oferecida aos candidatos de curso anterior, com mais razão haveria direito de escolha, pelos servidores já integrantes do quadro, das vagas oferecidas a candidatos aprovados em novo concurso. Esse permanente rodízio seria agravado com despesas de remoção, períodos de trânsito e períodos de ajustamento em novas atividades e locais.

E conclui com as seguintes palavras:

O fato de o referido entendimento ter ficado isolado na 3ª Seção, levou-me a refletir sobre a questão, do que resultou nova conclusão, desta vez no

sentido de que o exercício da mencionada discricionariedade – como, aliás, em qualquer caso de exercício da discricionariedade – exige adequada motivação, o que no caso não acontece. Por isso, passei a acompanhar, por fundamento diverso, a posição dos demais membros da 5ª Turma e da 3ª Seção. (TRF 1º REGIÃO, APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2006.34.00.016910-3 / DF, Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira, DJ 12.09.2012).

O posicionamento do desembargador acima citado se coaduna com a doutrina nacional, inclusive citada neste trabalho, que afirma a necessidade todos de os atos administrativos devem ser motivados, quer sejam vinculados ou discricionários.

Quando se trata de lotação de servidores é comum o entendimento que esta atribuição está compreendida dentro da margem de discricionariedade administrativa, pelo exposto no caso em comento foi possível uma apreciação do ato por haver uma estrapolação da razoabilidade, visto que os servidores que adentravam no curso de formação da Polícia Federal tinham a oportunidade de escolher os postos de trabalho em condições melhores que aqueles que haviam sido nomeados com antecedência.

Identificando que se tratava de discricionariedade imotivada o desembargador do TRF da 1º Região negou o provimento da apelação interposta pela União com fundamento na inexistência de motivação.

É possível aferir tal entendimento na ementa colacionada abaixo:

Processo Numeração Única: 0016737-88.2006.4.01.3400 AMS 2006.34.00.016910-3 / DF; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA Órgão QUINTA TURMA Publicação 12/09/2012 e-DJF1 P. 53 Data Decisão 29/08/2012

Ementa  
ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. DEFERIMENTO. AGRAVO RETIDO. SENTENÇA DE MÉRITO. SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO. DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. CONCURSO PÚBLICO. LOTAÇÃO DE NOVOS SERVIDORES. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. EXIGÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NÃO ATENDIMENTO. SUCESSIVOS CURSOS DE FORMAÇÃO. MESMO CONCURSO. ESCOLHA DE VAGAS. CANDIDATOS DE CURSO ANTERIOR. PREFERÊNCIA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

(...)

2. Decidiu o STJ: "Nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. Assim, o controle judicial dos atos administrativos se mostra intimamente atrelado à existência do Estado Democrático de Direito, no qual, em regra, será possível aferir a legalidade e regularidade do ato administrativo. Precedente" (RESP 984946, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 17/12/2007).

3. O Departamento de Polícia Federal realiza concursos em que são aprovados candidatos em número que um único curso de formação não comporta. São, por isso, realizados sucessivos cursos, convocando-se os candidatos pela ordem de classificação no processo seletivo (primeira fase). Ocorre que, para a lotação, após conclusão do curso de formação e nomeação, prevê o edital do concurso critério de classificação nesse curso de formação.

4. Para os candidatos egressos de cada curso de formação, o DPF distribui igual número de vagas em certas localidades. Dessa forma, candidatos mais mal classificados no processo seletivo (primeira fase), por isso convocados em cursos subsequentes, terão oportunidade de escolher vagas que não foram oferecidas em cursos anteriores.

5. O exercício da discricionariedade para excepcionar o princípio da isonomia e, com esse ato, atender às necessidades específicas da Polícia Federal, exige adequada motivação, o que, no caso, não ocorreu.

6. Em relação ao mesmo curso de formação, a escolha de vagas deve-se fazer nos termos do edital do concurso, ou seja, classificação nesse curso. Reconhece-se, entretanto, a candidato egresso de curso anterior do mesmo concurso, direito de opção preferencial por vaga aberta a candidatos de qualquer curso subsequente desse mesmo concurso, levando-se em conta a classificação no processo seletivo (primeira fase). (grifo nosso).

Quando se trata de motivação do ato administrativo, já ficou pacificado o entendimento que se trata de controle de mera legalidade, como já exposto neste trabalho (às folhas 57 e 58), onde se identificou na jurisprudência do STJ que a inexistência de motivos ou se inverídico os motivos apresentados torna o ato viciado e, portanto, passível de anulação pelo Poder Judiciário, existindo na espécie o controle de legalidade. Assim, o posicionamento do TRF da 1ª Região se coaduna com o entendimento da doutrina e da jurisprudência das demais Cortes nacionais.

Sob o fundamento de vício na motivação dos atos administrativos, o referido Tribunal também publicou alguns outros julgados manifestando que esta Corte manteve uma uniformidade em seus julgados durante o espaço de tempo aqui analisado. Foi possível identificar em 7 (sete) dos 21 (vinte e um) julgados, este critério de controle em casos que tratavam sobre a exigência de exame psicotécnico para demonstrar aptidão mental para candidato adentrar no serviço público.

Em todos os julgados analisados versando sobre o tema controle da administração pública sob o critério de vício de motivação, foi possível apontar para a firme posição do TRF da 1ª Região em relação aos atos administrativos que consideram candidatos inaptos para prosseguir nas demais fases do certame fundamentando sua decisão em exame psicotécnico, tais atos padecem de motivação suficiente, segundo o entendimento deste Tribunal. Com este fundamento a Corte afasta o posicionamento que nestes casos a discricionariedade técnica exclui o controle judicial destes atos.

Na AC 01.3400 / DF o Desembargador João Batista Moreira em seu voto reiterou o posicionamento que tal exame padece de motivação para a exclusão de candidato, vejamos:

No que diz respeito ao cerne da questão, a reprovação no psicotécnico, tal como tem sido decidida na generalidade dos concursos públicos, padece de uma deficiência básica: a falta de motivos suficientes e adequados ou, no mínimo, a falta de motivação suficiente, pública e convincente da inaptidão do candidato.

Ainda, segundo o desembargador Relator o exame psicotécnico atribui ao concurso público um caráter subjetivo o que não se coaduna com a Constituição Federal que afirma ser livre o acesso em cargos públicos.

Sem a intenção de adentrar no mérito do que é o exame psicotécnico, e com vistas a enfatizar o tema referente ao controle judicial, é possível afirmar com fundamento na doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 122) que:

(...) não existe discricionariedade administrativa quando a lei utiliza-se de conceitos técnicos, cuja aplicação depende da prévia manifestação de especialistas; não havendo discricionariedade administrativa, é plenamente possível o controle judicial da interpretação adotada na esfera administrativa.

Assim, como não há liberdade de escolha entre opções plenamente válidas perante o direito quando se trata de exame psicotécnico, não há que se falar em discricionariedade que justifique o afastamento do controle judicial sobre estes atos, o que nos permite afirmar que o posicionamento do relator está em conformidade com o entendimento da doutrina pátria.

No mesmo sentido estão os seguintes julgados, todos publicados no ano de 2012, são eles: AC.015174-5 / DF, AC 15174-5 / DF, AMS 039583-8 / DF, AC 009375-1 / DF; AC 009296-9 / DF; EAC 023612-8 / DF;

Noutro giro, é oportuno trazer para análise o entendimento desta Corte sobre limite do controle judicial sobre a discricionariedade administrativa. Em alguns julgados foi possível identificar que existe uma delimitação do âmbito do controle judicial. O TRF da 1ª Região tem pacificado o entendimento que o Judiciário não pode adentrar na esfera de liberdade deixada pela lei para o administrador, que melhor aprecia a situação fática escolhendo a melhor opção dentre as permitidas pela lei.

Neste sentido convém apontarmos a decisão do Tribunal em sede de Apelação 8894-9 / MG, onde na oportunidade a relatora Adverci Rates Mendes de Abreu em seu voto, afirma que a remoção dos servidores, no caso em comento, se encontra dentro do âmbito da atividade discricionário da Administração, e não cabe ao Judiciário eleger os critérios para a referida remoção. Assim, é possível confirmar tal conclusão a partir da ementa a seguir colacionada:

Processo Numeração Única: 0008820-16.2005.4.01.3800 AC 2005.38.00.008894-9 / MG; APELAÇÃO CIVEL Relator JUÍZA FEDERAL ADVERCI RATES MENDES DE ABREU Órgão 3ª TURMA SUPLEMENTAR Publicação 14/05/2012 e-DJF1 P. 73 Data Decisão 11/04/2012.

Ementa

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCURADOR FEDERAL. PORTARIA 94/05. PREFERÊNCIA NA LOTAÇÃO/REMOÇÃO. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

(...)

8. Sobreleva notar que a praxe existente na autarquia de conferir aos procuradores mais antigos prioridade para atuar no Setor de Dívida Ativa da entidade, não é fonte de direito subjetivo, da mesma forma que a remoção a pedido, nos termos do art. 36, par. único, II e III, da Lei nº 8.112/90, também não socorre aos autores seja porque num caso o pleito se submete à discricionariedade da Administração que decidirá valendo-se dos critérios de conveniência e oportunidade e, no outro, a previsão legal só aproveita aqueles que concorrem a vagas em localidades distintas da de origem, o que não é o caso dos autos em que se pretende tão-somente alterar a lotação. (GRIFO NOSSO).

No caso apresentado neste processo restou caracterizado tratar-se de recurso cujo fundamento girava em torno da ilegalidade de remoção de servidores recém-nomeados para os quadros da Procuradoria Regional Federal. Na oportunidade os apelantes afirmavam que as quatro remoções feitas teriam ferido princípios constitucionais, como da isonomia, razoabilidade e impessoalidade.

No voto da relatora, a Juíza Adverci Rates de Abreu, a fundamentação apresentou resposta ao recurso afirmando que a lotação de servidores se encontra dentro das competências conferidas pela lei ao Procurador Geral para disciplinar e promover as remoções dos membros da Carreira de Procurador Federal, necessárias às demandas do serviço público. O entendimento da relatora é consubstanciado na Lei 8.112/90 em seu art. 36, par. único I II e III, prevê três modalidades de remoção: a de ofício ( inciso I) e a pedido do servidor (incisos II e III). A primeira sempre ocorre no interesse da Administração ao passo que a segunda se sujeita à discricionariedade administrativa, em que se prioriza,

obviamente, o princípio da supremacia do interesse público e, a última, sempre para outra localidade, adstrita apenas ao preenchimento de requisitos objetivos que uma vez presentes será concedida, independentemente de qualquer interesse estatal.

No em tela, a remoção dos servidores pode ser localizada na hipótese do inciso I, cujo fundamento se encontra no interesse público, ou seja, dentro da margem de discricionariedade dispensada pela lei ao administrador, o que confirma o entendimento deste Tribunal sob o âmbito de atuação da atividade administrativa, não cabendo ao Judiciário intervir substituindo a atividade do administrador.

Por fim, é oportuno trazer a colação o mais significativo e inovador julgado relacionado ao tema proposto e publicado no ano de 2012, da relatoria do Juiz Federal Gregório Carlos dos Santos, sendo foi possível identificar que o controle judicial realizado neste caso foi mais amplo que o mero controle de legalidade e abrange ainda o controle por omissão no fazer administrativo, o que demonstra uma adequação às modernas doutrinas administrativistas que apontam para a existência da juridicidade dos princípios expostos no ordenamento jurídico e alocados na Constituição de forma explícita ou implícita como limitação ao poder discricionário da Administração, vejamos:

Processo Numeração Única: 0005094-66.2002.4.01.3500 EDAC 2002.35.00.005040-6 / GO; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Relator JUIZ FEDERAL GRIGÓRIO CARLOS DOS SANTOS Órgão 4ª TURMA SUPLEMENTAR Publicação 11/12/2012 e-DJF1 P. 201 Data Decisão 13/11/2012.

#### Ementa

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO FINANCEIRO. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE. AFRONTA À SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA.

(...).

4 - Destaca-se ainda que a suposta "vedação" do art. 167, CF, tem como finalidade regular a discricionariedade administrativa, não possuindo o condão de frustrar determinações judiciais, ainda mais quando o judiciário age exercendo a função do controle, não apenas da legalidade, mas da juridicidade dos atos administrativos, isto é, a adequação da atuação da Administração com os princípios previstos no ordenamento jurídico. Ao se omitir, no presente caso, além de ofensa ao princípio da eficiência, a Administração Pública agiu em desconformidade ao princípio da razoabilidade.

(...)

8- Inexistente ofensa ao princípio da separação dos poderes, vez que, no presente caso, esta corte atuou diante de uma omissão da Administração que estava a lesionar e ameaçar os direitos de toda uma coletividade (art. 5º, XXXV, CF), ou seja, tutelou uma situação antijurídica, causada pela omissão, que afrontou dispositivos constitucionais e infra constitucionais.

Em hipóteses como essas, o Judiciário tem a competência para deliberar sobre a atuação da Administração, buscando salvaguardar os direitos de toda uma coletividade, bem como a retidão jurídico-legal da atuação do Poder Público. (grifo nosso).

No caso em epígrafe tornou-se evidente no acórdão apresentado que este Tribunal entende que o art. 167 da CF, inserido no capítulo dos orçamentos visa a disciplinar a discricionariedade da Administração Pública quando do exercício da gestão e execução dos orçamentos, inclusive os suplementares, e não de vedar o controle judicial sobre os atos administrativos. Neste processo o relator em seu voto deixou claro que existia uma verdadeira omissão da Administração que, além de não ter tomado as medidas necessárias para garantir o mínimo existencial da população, foi omissa no sentido de sequer ter buscado tomar as medidas destinadas a esse fim, ofendendo um rol de normas programáticas constitucionais.

No acórdão do Embargo de Declaração em Apelação Cível, acima exposto, restou demonstrado que a juridicidade dos princípios foi utilizada como fundamento para a realização do controle judicial, o que não implica em afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes, e nem mesmo invasão do mérito administrativo haja vista, ocorrer na espécie, ofensa aos princípios constitucionais, e omissão da administração lesionando e ameaçando os direitos da coletividade, implicando em possibilidade de controle judicial, como ficou evidenciado nos argumentos já expostos. No mesmo sentido a Apelação Cível de nº 004795-0/ PI.

Com efeito, dos julgados selecionados com tema pertinente a pesquisa aqui apresentada foi possível identificar que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região mantém jurisprudência firme no sentido de delimitar o âmbito do controle judicial sobre os atos discricionários da administração, definindo parâmetros para este controle, principalmente os de cunho legal e principiológico.

O controle da legalidade estrita se apresenta como mais preponderante nos julgados publicados no ano de 2012, mas caminha a jurisprudência desta Corte para a adoção das mais modernas doutrinas, como as apresentadas neste trabalho, que são a teoria do desvio do poder ou de finalidade, a teoria dos motivos determinantes e a da doutrina da juridicidade dos princípios como limitação da atividade discricionária. Todas tratam da ampliação do controle do poder discricionário da Administração pelo Judiciário, como restou demonstrado no último julgado analisado, o que suscita-se aprofundará o debate sobre a ampliação dos limites do

controle do ato administrativo discricionário pelo Judiciário em aparente contraponto à separação e harmonia dos poderes constitucionalmente garantidos.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Depreende-se do exposto neste trabalho, que a discricionariedade administrativa vista sob o enfoque histórico esteve sempre vinculada com a relação do Estado com a legalidade. A saída do Estado de Polícia e a formação do Estado de Direito representou um significativo avanço na forma que o Estado editava os seus atos, visto que já se podia falar em controle da administração pelo aspecto da legalidade.

Não suficiente na efetivação e garantia dos direitos individuais, Estado o que antes era Liberal passou a ser Social, no qual a demanda por concretização dos direitos sociais e econômicos passou a exigir muito mais da Administração na aplicação dos princípios constitucionais, tornando o Estado um garantidor dos direitos sociais e promotor do bem estar social.

O Estado ainda carecia da legitimidade. O contexto do século XX levou a formação de um Estado Democrático de Direito, firmado na participação social na constituição das decisões e na legitimidade das ações do Estado no plano constitucional, o que condicionou o aperfeiçoamento das formas de efetivação do controle da Administração Pública, incluindo o controle no aspecto material do ato administrativo e não apenas a sua conformidade com a lei.

A discricionariedade administrativa em todos os momentos do Estado de Direito foi conformada à legalidade, saindo do momento em que a legalidade era puramente formal até o momento atual em que o princípio da legalidade foi alargado e passou a compreender todo o sistema jurídico albergando e dando exigibilidade aos princípios, que, por conseguinte tornou a discricionariedade limitada pelo Direito e não apenas pela legalidade pura e simples.

A identificação das características da discricionariedade e dos aspectos que a fundamentam se apresentam como um importante meio de se justificar a manutenção deste poder no contexto dos poderes atribuídos a um Estado de Direito. Já que ao concretizar os fins do Estado a Administração Pública se encontra dotada

de prerrogativas e sujeições que exigem uma atuação proporcional e razoável na concretização das atividades administrativas.

A concepção e importância deste poder dentro da esfera de atribuições da Administração Pública exigem que o administrador tenha domínio do momento em que ela realmente se faz necessária e dos aspectos que a distinguem das demais atividades administrativas.

Com efeito, este trabalho buscou fazer uma distinção entre a atividade de interpretação comum a todos os aplicadores do direito e quando se apresenta uma oportunidade de aplicação do poder discricionário na edição de atos pela administração, ou seja, quando a situação fática exige uma simples interpretação ou quando da interpretação é possível uma escolha pela administração de situações válidas perante o direito segundo critério de oportunidade e conveniência. Chegando-se à conclusão que a atividade interpretativa está presente na concepção do momento de aplicação do poder discricionário, sendo esta última análise feita após o processo interpretativo. Se a norma jurídica após a atividade interpretativa der margem para a escolha de soluções válidas cujos critérios serão analisados sob o crivo da oportunidade e conveniência estar-se-á no âmbito de aplicação do poder discricionário, se restar identificado que, após a interpretação, só há uma forma de aplicação legal do direito, não ficou caracterizada a oportunidade de aplicação da discricionariedade.

Além da distinção entre a atividade interpretativa e a discricionária, também foi levantado o questionamento de quando a discricionariedade se faz presente diante dos conceitos jurídicos indeterminados, também ligada a atividade interpretativa de conceitos em que a discricionariedade se apresenta após esta interpretação realizada.

Este primeiro momento de definição dos limites da discricionariedade foram pressupostos fundamentais para a compreensão da abrangência do controle do Poder Judiciário sobre a discricionariedade administrativa. Partindo-se do pressuposto da adoção do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, e dos princípios da República que garantem equilíbrio no controle de um poder sobre o outro, firmou-se entendimento acerca das teorias ampliativas do controle judicial da discricionariedade administrativa, cuja origem se deu no âmbito doutrinário e jurisprudencial seguindo a lógica do momento pós-positivista que se encontra o sistema jurídico constitucional.

Observa-se a incorporação de todas as doutrinas ampliativas no contexto jurídico brasileiro, tendo como momento significativo a promulgação da Constituição Federal de 1988 insculpida nos moldes principiológicos que tornaram possível a identificação de um sistema jurídico que alberga valores como a moralidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, eficiência, probidade e tantos outros que de forma implícita ou explícita vinculam a atividade administrativa e concorrem para a efetivação de dos direitos sociais e individuais.

Assim, destacou-se a existência de uma limitação à discricionariedade administrativa em privilégio da abrangência do controle judicial sobre esta discricionariedade, apontando os meios para a sindicabilidade dos atos editados sob a competência discricionária do administrador. A juridicidade dos princípios como forma de limitação da discricionariedade foi destaque na abordagem da ampliação da legalidade juntamente com a teoria do desvio de poder ou finalidade e a teoria dos motivos determinantes, todas identificadas como forma de obstar ilegalidades e abusos por parte do Estado.

Todavia é oportuno destacar que não se pretende defender um controle irrestrito à discricionariedade, mas apenas identificar que é possível um controle dos meios que possibilitaram a edição do ato. Conhecendo-se os pressupostos de fato e de direito é possível à averiguação se tal ato é compatível com os princípios que orientam o sistema jurídico vigente. O que não mais se concebe é manutenção de práticas administrativas que embora amparadas pela lei positivada firam direitos e atinjam finalidade não desejada pelo direito.

Neste enfoque é possível afirmar que o controle levado a efeito pelo Judiciário não é absoluto, não corresponde aos fundamentos da República a substituição da atividade administrativa pelo órgão do Judiciário, feriria a Separação dos Poderes e o equilíbrio do Estado.

Constatou-se, a partir de um levantamento dos julgados publicados em 2012 pelo Tribunal Regional Federal da 1<sup>o</sup> Região, como este Tribunal realiza o controle da discricionariedade administrativa e os critérios utilizados. Com este referencial teórico foi possível apontar que a referida Corte tem se posicionado no sentido de adotar em sua jurisprudência as tendências ampliativas do controle judicial, inclusive quanto à juridicidade dos princípios, mas, em geral tem mantido um firme posicionamento do controle de legalidade estrita, o que enseja na simples observância da compatibilidade dos atos administrativos à lei, e na identificação da

motivação do ato como critério de controle dos atos administrativos vinculados e discricionários.

Avançando na conclusão sobre o estudo realizado na jurisprudência daquela Corte foi possível apontar que em muitos julgados havia um claro receio de invasão nas competências administrativas. Assim, nos acórdãos analisados neste trabalho ficou demonstrado que em nem todas as demandas que chegam aquele Tribunal sobre atos administrativos é possível haver controle judicial de sua conformidade à lei, pois a lei deixa a favor da Administração um campo de atuação, ou melhor, de escolhas onde só a própria Administração tem o poder de rever tais atos, trata-se de atos administrativos discricionários, entendidos como os atos editados a partir da liberdade deixada pela lei, de acordo com o juízo de oportunidade e conveniência, que reafirma-se, devem respeitar as exigências do direito para a sua edição.

Assim, possivelmente, a conclusão mais importante que se extraiu da pesquisa realizada, não foi outra senão a de que o direito, por meio, especialmente, de sua farta doutrina nacional, inclusive a exposta neste trabalho, tem ressaltado a busca por meios de garantir que a Administração Pública respeite a legalidade e todos os princípios que norteiam a atividade administrativa, sempre com vistas a rechaçar as arbitrariedades e proporcionar aos administrados o alcance dos fins almejados pela sociedade brasileira, reconhecidos e garantidos pela Constituição Federal.

Na busca realizada pelo direito em solo pátrio, o TRF da 1<sup>o</sup> Região, que abrange as demandas federais cuja competência é disciplinada pela Constituição Federal na seção IV, nos artigos 106 a 110, que ocorrem inclusive no Estado do Maranhão, demonstrou-se imprescindível na defesa da ordem jurídica e dos direitos dos administrados diante das prerrogativas atribuídas à Administração, quando em seus julgados tem estabelecido que a Administração Pública deve atuar de forma eficiente, cumpridora de seus deveres e dos preceitos normativos em sentido amplo, buscando tornar concretos os fins desejados pelo direito.

Por fim, é evidente que a discussão sobre o tema limites à discricionariedade administrativa e o seu controle judicial não encerra aqui, antes suspeita-se que estão sendo criadas bases para novos e intensos debates sobre a manutenção deste poder no ordenamento jurídico e o alargamento do controle judicial sobre os atos discricionários da administração, o que representará um impulso à mais para o desenvolvimento da ciência jurídica, em especial do Direito Administrativo brasileiro

## REFERÊNCIAS

ABRAÃO, José Carlos. **Controle dos Atos Administrativos**. Limites à discricionariedade. 2006. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito) – Faculdade Estadual de Direito do Norte- Pioneiro, Universidade Estadual do Paraná (UNESPAR), Jacarezinho.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. – São Paulo: Saraiva, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Constituição Federal. Vade mecum Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9784/99, de 1º de fevereiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal . Vade mecum Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE- AgR nº 410715 SP. Rel. para Acórdão Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762513/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-410715-sp-stf>. Acesso em: 10 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI- MC nº 2213/ DF. Rel.: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo%3AADI%2FMC+2213+DF&s=jurisprudencia&casas=STF>. Acesso em: 20 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MS 24020/DF Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085510/mandado-de-seguranca-ms-24020-df-stf> Acesso em: 13 dez 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1280729 RJ. Rel. Min. Humberto Martins. Disponível em:  
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085510/mandado-de-seguranca-ms-24020-df-stf>. Acesso em: 20 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº: 0023014-79.2009.4.01.3800 AC 2009.38.00.023677-9 / MG; APELAÇÃO CIVEL, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA. Disponível em:  
<<http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=23014792009401380>. Acesso em: 27 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº: 0002666 28.1999.4.01.3400AC 1999.34.00.002680-0 / DF; APELAÇÃO CIVEL, JUIZ FEDERAL RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA. Disponível em:  
<<http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=26662819994013400>. Acesso em: 26 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº: 0005094-66.2002.4.01.3500EDAC 2002.35.00.005040-6 / GO; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CIVEL Relator JUIZ FEDERAL GRIGÓRIO CARLOS DOS SANTOS. Disponível em:  
<<http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=50946620024013500>. Acesso em: 27 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº: 0007224-12.2009.4.01.3200AC 2009.32.00.007310-4 / AM; APELAÇÃO CIVEL, Relator :DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA. Disponível em:  
<<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?p1=12484920044013701>. Acesso em: 28 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº: 0000004-08.2010.4.01.3400 / DF; APELAÇÃO CIVEL, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA;; APELAÇÃO CIVEL. Disponível em:  
<<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?p1=40820104013400>. Acesso em: 28 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº 0000594-09.2002.4.01.4000 AC 2002.40.00.000594-6 / PI; APELAÇÃO CIVEL Relator JUIZ FEDERAL RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA. Disponível em:  
<<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?p1=5940920024014000> Acesso em: 28 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº : 0015150-65.2005.4.01.3400

AC 2005.34.00.015174-5 / DF; APELAÇÃO CIVEL, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA. Disponível em:  
<<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?p1=151506520054013400> Acesso em: 28 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº: 0038412-05.2009.4.01.3400 AMS 2009.34.00.039583-8 / DF; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA. Disponível em:  
<<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?p1=384120520094013400> Acesso em: 28 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº: 0009299-06.2009.4.01.3400 AC 2009.34.00.009375-1 / DF; APELAÇÃO CIVEL Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA. Disponível em:  
<<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?p1=167378820064013400> Acesso em: 29 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº: 0009299-06.2009.4.01.3400 AC 2009.34.00.009296-9 / DF; APELAÇÃO CIVEL Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA. Disponível em:  
<<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?p1=92202720094013400>. Acesso em: 28 dez 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº: 0000709-88.2006.4.01.3903 EDAC 2006.39.03.000711-8 / PA; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CIVEL Relator DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE Disponível em:  
<<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?p1=7098820064013903>. Acesso em: 29 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº: 0004794-93.2001.4.01.4000 AC 2001.40.00.004795-0 / PI; APELAÇÃO CIVEL Relator JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONCALVES DE CARVALHO. Disponível em:  
<<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?p1=47949320014014000>. Acesso em: 29 dez. 2012

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº: 0003702-29.2009.4.01.3700 REOMS 2009.37.00.003780-4 / MA; REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA0004794-93.2001.4.01.4000 AC 2001.40.00.004795-0 / PI; Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN. Disponível em:  
<<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?p1=37022920094013700>. Acesso em: 29 dez. 2012

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº: 0033273-92.1997.4.01.3400 AMS 1997.34.00.033416-2 / DF; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator JUÍZA FEDERAL ADVERCI RATES MENDES DE ABREU. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?p1=332739219974013400>>. Acesso em: 29 dez. 2012

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº: 0023349-76.2005.4.01.3400 EIAI 2005.34.00.023612-8 / DF; EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CIVEL Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?p1=233497620054013400>>. Acesso em: 29 dez. 2012

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº: 0008820-16.2005.4.01.3800 AC 2005.38.00.008894-9 / MG; APELAÇÃO CIVEL Relator JUÍZA FEDERAL ADVERCI RATES MENDES DE ABREU Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?p1=88201620054013800>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº 0008907-24.2004.4.01.3600 AC 2004.36.00.008906-9 / MT; APELAÇÃO CIVEL Relator JUÍZA FEDERAL ADVERCI RATES MENDES DE ABREU Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?p1=89072420044013600>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº 0028390-29.2002.4.01.3400 AMS 2002.34.00.028452-9 / DF; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator JUIZ FEDERAL GUILHERME MENDONÇA DOEHLER. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?p1=283902920024013400>>. Acesso em: 29 dez. 2012

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº 0019569-70.2001.4.01.3400 AC 2001.34.00.019598-3 / DF; APELAÇÃO CIVEL Relator JUIZ FEDERAL MARK YSHIDA BRANDÃO Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?p1=195697020014013400>>. Acesso em: 29 dez. 2012

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal. Processo nº 0001676-48.2002.4.01.4300 AC 2002.43.00.001676-7 / TO; APELAÇÃO CIVEL Relator JUIZ FEDERAL MARK YSHIDA BRANDÃO. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?p1=16764820024014300>>. Acesso em: 30 dez. 2012

BERNARDES, WILBA Lúcia Maia; Chaves, Glenda Rose Gonçalves; Moureira; Diogo Luna (Coordenadores). **Direito Público: Perspectivas e atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CAMPOS, Alinaldo Guedes. **Discricionariedade administrativa: limites e controle jurisdicional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 645, 14 abr. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6587>>. Acesso em: 28 out. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva Produções, Ida, 1. ed., 1999.

CHAIB, Liana. **O princípio da proporcionalidade no controle do ato administrativo**. São Paulo : LTr, 2008.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo. Malheiros, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. rev. da tradução. São Paulo: RT, 2006.

LEITE, Luciano Ferreira. **Interpretação e discricionariedade**. São Paulo: RSC Editora, 2006.

\_\_\_\_\_, Luciano Ferreira. **Discricionariedade Administrativa e controle judicial**. – São Paulo; Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. – 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 2.ed. São Paulo, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo. Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26º ed. São Paulo. Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle judicial**. 2<sup>o</sup> ed, 11<sup>a</sup> tiragem. São Paulo. Malheiros, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legalidade das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PALUDO, Augustinho Vicente. **Administração pública: teorias e questões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PEGORARO, Luiz Nunes. **Controle Jurisdicional dos atos Administrativos Discricionários**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo. Atlas. 2009.

\_\_\_\_\_, Maria Sylvia Zanella Di. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 3 ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

ROZAS, Luiza Barros. **Conceitos jurídicos indeterminados e discrecionalidade administrativa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1123, 29 jul. 2006 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8715>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

STRECK. Lênio. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em: 02 jan. 2013.

## APÊNDICE

### QUADRO RESUMO DO CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EFETIVADO PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO A PARTIR DOS JULGADOS PUBLICADOS EM 2012.

Controle realizado pelo TRF 1ª Região pelos critérios da legalidade, motivação e juridicidade dos princípios.

Legalidade	Motivação	Juridicidade dos princípios
<p>AC 2009.32.00.007310-4 / AM</p> <p><i>“prova de concursos públicos é matéria afeta à discricionariedade administrativa, apenas devendo ser objeto de controle judicial diante de evidente ofensa à lei ou flagrante erro material que ocasione prejuízo ao candidato ou à concorrência, o que não ocorre na espécie”</i></p>	<p>AC 2009.34.00.009375-1 / DF; AC 2009.38.00.023677-9 / MG; EIAC 2005.34.00.023612-8 / DF; AC.015174-5 / DF, AMS 039583-8 / DF; AC 2009.34.00. 009296-9 / DF; AC 0000004-08.2010.4.01.3400 / DF;</p> <p><i>“A reprovação em exame psicotécnico realizado em concurso público para o cargo de Oficial de Inteligência da ABIN padece da falta de motivos suficientes e adequados ou, no mínimo, da falta de motivação suficiente, pública e convincente da inaptidão do candidato.”</i></p> <p><i>“Não convence argumentação com base na discricionariedade técnica e na presunção de legitimidade do ato administrativo. Primeiro, a discricionariedade técnica não constitui obstáculo ao contraste jurisdicional pleno da atividade administrativa.”</i></p>	<p>EDAC 2002.35.00.005040-6 / GO</p> <p><i>“.ainda mais quando o judiciário age exercendo a função do controle , não apenas da legalidade, mas da juridicidade dos atos administrativos, isto é, a adequação da atuação da Administração com os princípios previstos no ordenamento jurídico. Ao se omitir, no presente caso, além de ofensa ao princípio da eficiência, a Administração Pública agiu em desconformidade ao princípio da razoabilidade”</i></p> <p><i>“Inexistente ofensa ao princípio da separação dos poderes, vez que, no presente caso, esta corte atuou diante de uma omissão da Administração que estava a lesionar e ameaçar os direitos de toda uma coletividade (art. 5º, XXXV, CF), ou seja, tutelou uma situação antijurídica, causada pela omissão, que afrontou dispositivos constitucionais e infra</i></p>

<p>AC 2002.40.00.000594-6 / PI; AC 1999.34.00.002680-0 / DF. AC 2002.43.00.001676-7 / TO; AC.</p> <p><i>"As funções comissionadas são de livre nomeação e exoneração, estando, pois, jungidas ao conceito de discricionariedade administrativa. Desse modo, a dispensa dos servidores do exercício de função de confiança está adstrita aos critérios de oportunidade e conveniência do administrador público (mérito administrativo), sendo passível de controle pelo Poder Judiciário apenas quanto à sua legalidade."</i></p>	<p>AMS 2006.34.00.016910-3 / DF</p> <p><i>"O exercício da discricionariedade para excepcionar o princípio da isonomia e, com esse ato, atender às necessidades específicas da Polícia Federal, exige adequada motivação, o que, no caso, não ocorreu".</i></p>	<p><i>constitucionais". ainda mais quando o judiciário age exercendo a função do controle , não apenas da legalidade, mas da juridicidade dos atos administrativos, isto é, a adequação da atuação da Administração com os princípios previstos no ordenamento jurídico. Ao se omitir, no presente caso, além de ofensa ao princípio da eficiência, a Administração Pública agiu em desconformidade ao princípio da razoabilidade.</i></p>
<p>REOMS 2009.37.00.003780-4 / MA</p> <p><i>"A nomeação de nova banca examinadora para proceder à correção da prova de redação do Impetrante não encontra guarida, pois mostra-se defeso ao Poder Judiciário intervir na discricionariedade do ato administrativo"</i></p>	<p>AC 2004.36.00.008906-9 / MT</p> <p><i>"Ademais, a ausência de motivação constitui óbice ao controle da legalidade dos atos administrativos, não só pelo Poder Judiciário, mas também pelos outros Poderes da República e por toda a sociedade."</i></p>	<p>AC 2001.40.00.004795-0 / PI</p> <p><i>"A jurisprudência evoluiu no sentido da proteção de interesses legítimos (não apenas de direitos subjetivos), mediante controle , sob o prisma da razoabilidade, do exercício da discricionariedade administrativa"</i></p>
<p>AC 2005.38.00.008894-9 / MG</p> <p><i>"também não socorre aos autores seja porque num caso o pleito se submete à discricionariedade da Administração que decidirá valendo-se dos critérios de conveniência e</i></p>	<p>AC 2001.34.00.019598-3 / DF</p> <p><i>" A reestruturação da Imprensa Nacional está inserta no poder discricionário da Administração, fundado na liberdade de escolha pelo administrador dos critérios</i></p>	

<p><i>oportunidade e, no outro, a previsão legal só aproveita aqueles que concorrem a vagas em localidades distintas da de origem, o que não é o caso dos autos em que se pretende tão-somente alterar a lotação.</i></p>	<p><i>de conveniência e oportunidade, de sorte que é vedado ao Poder Judiciário valorar o motivo e o conteúdo do ato impugnado”.</i></p>	
<p>AMS 1997.34.00.033416-2 / DF</p> <p><i>“Ressalte-se, ainda, que a redistribuição de servidor se insere na esfera da discricionariedade da Administração a quem no exercício do poder de autotutela que lhe é inerente cumpre, valendo-se dos juízos de oportunidade e conveniência e atenta ao princípio da supremacia do interesse público, adotar as medidas necessárias ao regular desenvolvimento do serviço.”</i></p>		

NOTAS:

- 1- Alguns julgados não foram inseridos neste quadro resumo por não se enquadrarem em nenhuma das categorias apresentadas acima, são eles: EDAC 2006.39.03.00711-8/PA, AC 2001.35.00.005428-6/GO, AMS 2002.34.00.028452-/DF.
- 2- Os critérios aqui utilizados também são mencionados nas obras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012) e de Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2010).

## ANEXO

### JULGADOS PUBLICADOS PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1º REGIÃO NO ANO DE 2012.

DOCUMENTO: O1

Processo Numeração Única: 0023014-79.2009.4.01.3800 AC 2009.38.00.023677-9 / MG; APELAÇÃO CIVEL Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA Convocado JUIZ FEDERAL MARCELO VELASCO NASCIMENTO ALBERNAZ (CONV.) Órgão QUINTA TURMA Publicação 17/12/2012 e-DJF1 P. 517 Data Decisão 22/08/2012.

Ementa

CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO FEDERAL. REPROVAÇÃO EM EXAME PSICOTÉCNICO. MOTIVOS E MOTIVAÇÃO INSUFICIENTES. PERFIL PROFISSIOGRÁFICO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. FRAGILIDADE DO MÉTODO E DOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO. NEGAÇÃO DO DIREITO À DIFERENÇA. PERSONALIDADE HUMANA. COMPLEXIDADE E PLURALISMO. PARADIGMA SISTÊMICO. PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE.

1. A reprovação em exame psicotécnico realizado em concurso público para Agente Penitenciário Federal padece da falta de motivos suficientes e adequados ou, no mínimo, da falta de motivação suficiente, pública e convincente da inaptidão do candidato.

2. De acordo com a Lei n. 9.784/99, art. 50, deverão ser motivados todos os atos administrativos, entre outras hipóteses, que decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública.

3. A possibilidade de preparação para criar, falsamente, resultado positivo no exame psicotécnico, sem que por essa atitude o candidato esteja sujeito a qualquer sanção (haverá, quando muito, sanção ético-disciplinar para o psicólogo que ministre tal treinamento) é um atentado à isonomia, na medida em que desigualava injustamente os concorrentes, em prejuízo, logo, dos mais honestos.

4. Não convence argumentação com base na discricionariedade técnica e na presunção de legitimidade do ato administrativo. Primeiro, a discricionariedade técnica não constitui obstáculo ao contraste jurisdicional pleno da atividade administrativa. Segundo, à semelhança do que acontece com a presunção de constitucionalidade, que não subsiste para a lei restritiva de direito fundamental, e com mais razão, o ato administrativo não será presumido legítimo especialmente quando classificado nesse mesmo campo.

5. O exame psicotécnico emprega o método racionalista de fragmentar a personalidade humana, reduzindo-a a caracteres que se pretendem positivos ou negativos. Num dos testes normalmente aplicado - o de Zulliger - busca-se dimensionar os caracteres controle emocional, flexibilidade, maturidade, resistência à frustração, meticulosidade, perspicácia, ansiedade, sociabilidade, impulsividade, agressividade, tendência depressiva, capacidade de análise e síntese, o resultado

dependendo da combinação quantitativa (matemática) de traços classificados como indesejáveis, restritivos e prejudiciais.

6. A fragmentação para efeito de análise é orientação típica do racionalismo cartesiano, que recomenda, para alcançar a verdade, a redução da realidade a seus mínimos elementos para efeito de medição matemática. Mas a fragmentação da realidade, especialmente cuidando-se do grande universo da personalidade humana, pode ser comparada à experiência de colocar uma onda de mar num recipiente, o que a torna instantaneamente sem vida e sem movimento (Carlos Brito). O resultado do conjunto integrado num sistema é maior e diferente que o da simples soma das partes.

7. Ressalta Luis Recaséns Siches, tocando justamente na Psicologia, que para a Gestalt, ao contrário do associacionismo atomista, os fenômenos da consciência não representam a soma de componentes mentais singulares, mas uma totalidade unitária, indivisa (sistêmica), de sentido.

8. São utilizados conceitos altamente indeterminados (alguns duplamente indeterminados, como inibição exacerbada), insuscetíveis de determinação e medição matemática, válida para uma pessoa no decorrer de toda sua vida e em todas as circunstâncias; não está justificado porque esses caracteres e não outros são os adequados.

9. Na questão do exame psicotécnico em concurso público, há dois problemas fundamentais, de difícil superação: "o primeiro reside em identificar, teoricamente, as características psicológicas incompatíveis com as competências do cargo considerado. E o segundo consiste na implantação de um sistema de avaliação dotado de um mínimo de objetividade" (Marçal Justen Filho). Acrescentem-se os desvios subjetivos na interpretação do que seja realmente cada um daqueles traços, a respectiva importância (indesejável, restritivo ou prejudicial) e a quantidade ilimitada de tipos resultantes de sua combinação.

10. A exigência de perfil profissiográfico positivo (em vez da reprovação de desvios de personalidade "que prejudiquem o exercício do cargo") é atentado ao direito à diferença, que se afirma no pluralismo democrático, contra a ideologia (neoliberal) do pensamento único.

11. Consta do voto-vencido proferido pela então Desembargadora Federal Maria Isabell Gallotti na AP n. 233497620054013400/DF: "A Constituição prevê que a lei - e somente ela - possa estabelecer as condições para o exercício de cargo público. A adequação a determinado 'perfil profissional' estabelecido por psicólogos não é, contudo, requisito legal de investidura previsto para cargo algum. E nem seria razoável que o fosse, pois a infinita diversidade de personalidades, sempre com aspectos positivos e negativos, escapa à possibilidade de cadastramento e identificação da Psicologia. O candidato pode não ter boa capacidade de concentração, mas ter excelente memória e raciocínio lógico, por exemplo. Alguma determinada característica de temperamento não possuída em grau satisfatório pode ser amplamente compensada por outras ostentadas pelo candidato". Desenha a hoje Ministra Isabel Gallotti, com essas palavras, o princípio da complementaridade, que, contra o racionalismo excludente, prevalece no paradigma sistêmico.

12. O pedido do Autor é para que seja garantida sua "permanência, frequência, nomeação, posse e exercício das atividades inerentes ao cargo..., em inteira igualdade de condições com os demais candidatos, sem sofrer qualquer prejuízo ou restrição", e que "possa ser matriculado num próximo curso de formação, caso tenha perdido esse curso de 2009".

13. Provimento à apelação para afastar a reprovação do Autor no exame psicotécnico, assegurando-lhe, em caso de aprovação no curso de formação, nomeação e posse, segundo a ordem de classificação.

Decisão

A Turma, por maioria, deu provimento à apelação.

Com as mesmas ementas os processos: AC 2009.34.00.009375-1 / DF; AC 2009.38.00.023677-9 / MG, AC 2009.34.00.009296-9 / DF; EAC 2005.34.00.023612-8 / DF; AC.015174-5 / DF, AC 15174-5 / DF, AMS 039583-8 / DF, AC 2009.34.00. 009375-1 / DF; AC 2009.34.00. 009296-9 / DF; EAC 2005.34.00.023612-8 / DF; AC 0000004-08.2010.4.01.3400 / DF;

DOCUMENTO: O2

Processo Numeração Única: 0002666-28.1999.4.01.3400 AC 1999.34.00.002680-0 / DF; APELAÇÃO CIVEL Relator JUIZ FEDERAL RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA Órgão 4ª TURMA SUPLEMENTAR Publicação 14/12/2012 e-DJF1 P. 1680 Data Decisão 04/12/2012.

Ementa

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CARGO EM COMISSÃO. EXONERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

1. A caracterização da responsabilidade civil objetiva do Estado exige a presença de três elementos essenciais: a prova do dano material ou moral sofrido, uma ação ou omissão imputada a um agente estatal e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta, não tendo a vítima, pois, que provar culpa ou dolo do agente público.

2. No caso em exame não está demonstrada ilicitude do ato de exoneração que fora praticado em conformidade com os preceitos legais e normativos. Também não identifique a existência de dano extrapatrimonial em virtude de dispensa de cargo em comissão ou função comissionada, por ser efeito a que está sujeito qualquer de seus ocupantes independentemente de motivo ou causa associada a fato negativo, ou mesmo à conduta pessoal ou profissional do servidor público.

3. "As funções comissionadas são de livre nomeação e exoneração, estando, pois, jungidas ao conceito de discricionariedade administrativa. Desse modo, a dispensa dos servidores do exercício de função de confiança está adstrita aos critérios de oportunidade e conveniência do administrador público (mérito administrativo), sendo passível de controle pelo Poder Judiciário apenas quanto à sua legalidade." (AC 0020722-90.2005.4.01.3500 / GO, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 p.178 de 04/10/2010)

4. Nega-se provimento ao recurso de apelação.

Decisão

A Turma Suplementar, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação.

DOCUMENTO: 03

Processo Numeração Única: 0005094-66.2002.4.01.3500 DAC2002.35.00.0050406 / GO; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Relator JUIZ FEDERAL GRIGÓRIO CARLOS DOS SANTOS Órgão 4ª TURMA SUPLEMENTAR Publicação 11/12/2012 e-DJF1 P. 201 Data Decisão 13/11/2012

## Ementa

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO FINANCEIRO. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE. AFRONTA À SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA.

1 - Não há no julgamento nenhuma omissão, contradição ou obscuridade que justificasse os aclaratórios manejados, pois, como é cediço, o julgador não está obrigado a responder às questões suscitadas nos termos defendidos pelos litigantes, bastando, para fins da fundamentação exigida constitucional e infraconstitucionalmente, que desenvolva as razões de convencimento em harmonia com as conclusões. A Turma deixou claro seu convencimento, que, somente, não é o mesmo que o conteúdo constante do recurso ora manejado, o que, todavia, não é suficiente para fins de embargos declaratórios.

2 - "A motivação contrária ao interesse da parte não se traduz em maltrato ao art. 535 do CPC" (STJ, em AGA 200901190795 AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1211692 - Relator(a) VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) - TERCEIRA TURMA - DJE 22/02/2011). Também, "3. O magistrado não está obrigado a responder a todos os argumentos das partes, quando já tenha encontrado fundamentos suficientes para proferir a decisão." (STJ -RESP 200900896707 RESP - RECURSO ESPECIAL - 1119568 - Relator(a) ARNALDO ESTEVES LIMA - PRIMEIRA TURMA - DJE 23/09/2010).

3 - Os embargos de declaração não constituem instrumento adequado para a rediscussão de questões examinadas pelas instâncias ordinárias. O prequestionamento, por meio de embargos declaratórios, com vistas à interposição de recurso extraordinário e/ou recurso especial, somente é cabível quando configuradas omissão, obscuridade ou contradição na decisão embargada. Precedentes do STJ. (in, EDAMS n. 2003.34.00.018739-9, Rel Des. Federal Reynaldo Fonseca, 7ª Turma do e. T.R.F. da 1ª Região, e-DJF1 de 24/09/2010, pág. 122).

4 - Destaca-se ainda que a suposta "vedação" do art. 167, CF, tem como finalidade regular a discricionariedade administrativa, não possuindo o condão de frustrar determinações judiciais, ainda mais quando o judiciário age exercendo a função de controle, não apenas da legalidade, mas da juridicidade dos atos administrativos, isto é, a adequação da atuação da Administração com os princípios previstos no ordenamento jurídico. Ao se omitir, no presente caso, além de ofensa ao princípio da eficiência, a Administração Pública agiu em desconformidade ao princípio da razoabilidade.

5- Não obstante, a simples análise de outros dispositivos constitucionais e da legislação ordinária comprova que o art. 167 da Constituição destina-se à atuação da Administração na gestão e execução do orçamento, afinal, há previsões e dotações orçamentárias expressas que visam justamente ao atendimento de situações imprevistas, inclusive decorrentes de determinações judiciais. A respeito

do tema, leia-se o art. 4º, §3º da LC nº 101/00: Art. 4o (...) § 3o A lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem. A LOA, por sua vez, deve conter expressa reserva para atender aos passivos de contingência, na forma do art. 5º , III, da Lei Complementar em questão: Art. 5o O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar: (...) III - conterá reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao: a) (VETADO) b) atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos.

6 - Ressalta-se, ainda, que, caso haja desídia da Administração em ter procedido às medidas supracitadas, a Lei nº 4.320/64 prevê a possibilidade da abertura de créditos adicionais, na qualidade de créditos especiais, de modo a suprir eventuais falhas orçamentárias. Mesmo que a eventual abertura dos créditos dependa da chancela legislativa, há que se destacar que o Executivo deverá, ao menos, proceder à tomada de medidas necessárias à obtenção da referida autorização, sob pena de ofensa ao julgado e a seu próprio poder-dever, não se cuidando de uma faculdade do administrador.

7 - No caso concreto, o que se tem não é uma impossibilidade de execução, mas sim uma verdadeira omissão da Administração que, além de não ter tomado as medidas necessárias para garantir o mínimo existencial da população, foi omissa no sentido de sequer ter buscado tomar medidas as destinadas a esse fim, ofendendo um rol de normas programáticas constitucionais (art. 1º e 3º, CF), normas atinentes a direitos individuais e individuais difusos (art. 5º, CF), bem como diversos princípios que regulam a atividade administrativa no art. 37 de nossa Constituição. Além disso, da análise da legislação financeira, temos que as vedações do art. 167, CF, não possuem o condão de impedir a execução de ordens do judiciário, que age exercendo o controle da Administração Pública, ainda havendo que se considerar que as normas infraconstitucional prevêm medidas específicas e reserva de recursos que visam, justamente, o atendimento das determinações judiciais quando a Administração é sucumbente.

8- Inexistente ofensa ao princípio da separação dos poderes, vez que, no presente caso, esta corte atuou diante de uma omissão da Administração que estava a lesionar e ameaçar os direitos de toda uma coletividade (art. 5º, XXXV, CF), ou seja, tutelou uma situação antijurídica, causada pela omissão, que afrontou dispositivos constitucionais e infra constitucionais. Em hipóteses como essas, o Judiciário tem a competência para deliberar sobre a atuação da Administração, buscando salvaguardar os direitos de toda uma coletividade, bem como a retidão jurídico-legal da atuação do Poder Público.

9 - Dessa forma, estão ausentes os fundamentos do art. 535, tratando-se o caso de mero inconformismo da parte recorrente.

10- Embargos declaratórios improvidos.

## DOCUMENTO: 04

Processo Numeração Única: 0000594-09.2002.4.01.4000 AC 2002.40.00.000594-6 / PI; APELAÇÃO CIVEL Relator JUIZ FEDERAL RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA Órgão 4ª TURMA SUPLEMENTAR Publicação 28/09/2012 e-DJF1 P. 781 Data Decisão 18/09/2012

## Ementa

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. DESNECESSIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL PARA JULGAMENTO DA LIDE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CARGO EM COMISSÃO. EXONERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL.

1. Deve ser rejeitada a preliminar de nulidade processual por cerceamento de direito de defesa, vez que a prova testemunhal que a parte-autora pretendia produzir não se revela necessária para o julgamento da lide.

2. A caracterização da responsabilidade civil objetiva do Estado exige a presença de três elementos essenciais: a prova do dano material ou moral sofrido, uma ação ou omissão imputada a um agente estatal e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta, não tendo a vítima, pois, que provar culpa ou dolo do agente público.

3. No caso em exame não está demonstrada ilicitude do ato de exoneração que fora praticado em conformidade com os preceitos legais e normativos. Também não identifique a existência de dano extrapatrimonial em virtude de dispensa de cargo em comissão ou função comissionada, por ser efeito a que está sujeito qualquer de seus ocupantes independentemente de motivo ou causa associada a fato negativo, ou mesmo à conduta pessoal ou profissional do servidor público.

4. "As funções comissionadas são de livre nomeação e exoneração, estando, pois, jungidas ao conceito de discricionariedade administrativa. Desse modo, a dispensa dos servidores do exercício de função de confiança está adstrita aos critérios de oportunidade e conveniência do administrador público (mérito administrativo), sendo passível de controle pelo Poder Judiciário apenas quanto à sua legalidade." (AC 0020722-90.2005.4.01.3500 / GO, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 p.178 de 04/10/2010)

5. Nega-se provimento ao recurso de apelação.

## Decisão

A Turma Suplementar, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação.

## DOCUMENTO: 05

Processo Numeração Única: 0016737-88.2006.4.01.3400AMS 2006.34.00.016910-3 / DF; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA Órgão QUINTA TURMA Publicação 12/09/2012 e-DJF1 P. 53 Data Decisão 29/08/2012

## Ementa

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. DEFERIMENTO. AGRAVO RETIDO. SENTENÇA DE MÉRITO. SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO. DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. CONCURSO PÚBLICO. LOTAÇÃO DE NOVOS SERVIDORES. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. EXIGÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NÃO ATENDIMENTO. SUCESSIVOS CURSOS DE FORMAÇÃO. MESMO CONCURSO. ESCOLHA DE VAGAS. CANDIDATOS DE CURSO ANTERIOR. PREFERÊNCIA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. Prolatada sentença de mérito, opera-se a perda de objeto do agravo retido contra o deferimento ou indeferimento de liminar. Precedentes do STJ.

2. Decidiu o STJ: "Nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. Assim, o controle judicial dos atos administrativos se mostra intimamente atrelado à existência do Estado Democrático de Direito, no qual, em regra, será possível aferir a legalidade e regularidade do ato administrativo. Precedente" (RESP 984946, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 17/12/2007).

3. O Departamento de Polícia Federal realiza concursos em que são aprovados candidatos em número que um único curso de formação não comporta. São, por isso, realizados sucessivos cursos, convocando-se os candidatos pela ordem de classificação no processo seletivo (primeira fase). Ocorre que, para a lotação, após conclusão do curso de formação e nomeação, prevê o edital do concurso critério de classificação nesse curso de formação.

4. Para os candidatos egressos de cada curso de formação, o DPF distribui igual número de vagas em certas localidades. Dessa forma, candidatos mais mal classificados no processo seletivo (primeira fase), por isso convocados em cursos subsequentes, terão oportunidade de escolher vagas que não foram oferecidas em cursos anteriores.

5. O exercício da discricionariedade para excepcionar o princípio da isonomia e, com esse ato, atender às necessidades específicas da Polícia Federal, exige adequada motivação, o que, no caso, não ocorreu.

6. Em relação ao mesmo curso de formação, a escolha de vagas deve-se fazer nos termos do edital do concurso, ou seja, classificação nesse curso. Reconhece-se, entretanto, a candidato egresso de curso anterior do mesmo concurso, direito de opção preferencial por vaga aberta a candidatos de qualquer curso subsequente desse mesmo concurso, levando-se em conta a classificação no processo seletivo (primeira fase).

7. Provimento à apelação dos Impetrantes, reformando-se a sentença, para assegurar-lhes direito de preferência na escolha de lotação em relação aos candidatos participantes de posteriores cursos de formação relativos ao mesmo concurso.

8. Agravo retido prejudicado.

9. Apelo da União e remessa oficial a que se nega provimento.

Decisão

A Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o agravo retido e negou provimento à apelação e à remessa oficial

DOCUMENTO: 06

Processo Numeração Única: 0004794-93.2001.4.01.4000 AC 2001.40.00.004795-0 / PI; APELAÇÃO CIVEL Relator JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONCALVES DE CARVALHO Órgão 2ª TURMA SUPLEMENTAR Publicação 13/08/2012 e-DJF1 P. 464 Data Decisão 30/05/2012.

Ementa

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. RECEBIMENTO EM DUPLICIDADE DO REAJUSTE DE 28,86%. DEVOLUÇÃO. LIMITE DA DEDUÇÃO. RAZOABILIDADE. ERRO OPERACIONAL. ART. 46 DA LEI 8.112/90. MODIFICAÇÃO DO PERCENTUAL PELA MP 2225-45. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE AO TEMPO DO PAGAMENTO.

1. Agiu com acerto o Il. Juiz sentenciante ao afastar a aplicação da nova redação dada ao artigo 46 da Lei 8.112/90, uma vez que deve prevalecer a Lei vigente ao tempo dos fatos. O pagamento em duplicidade ocorreu de abril/99 a janeiro/2001, antes, portanto, da modificação levada a efeito pela Medida Provisória n. 2225-45/2001.

2. A redação do artigo 46 da Lei 8.112/90 limitava o percentual a 25% da remuneração, prevendo apenas o limite máximo e não o mínimo, que, por isso, ficava nos limites da discricionariedade do administrador.

3. A jurisprudência evoluiu no sentido da proteção de interesses legítimos (não apenas de direitos subjetivos), mediante controle, sob o prisma da razoabilidade, do exercício da discricionariedade administrativa (Cf. RE n. 192.568-0/PI e AGAMS 0019015-57.2009.4.01.3400/DF, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 p.203 de 29/04/2011. Todavia, não pode o Judiciário sobrepor-se ao administrador elegendo percentual que entende mais justo sem indicar, concretamente, quais as razões da redução daquele limite que tem sido o rotineiro, genérico e usual.

4. Há distinção entre o pagamento que decorre de reconhecimento pela administração, por vários anos, de um direito com base em interpretação posteriormente considerada equivocada e aquele erro material, decorrente de falha na confecção da folha de pagamentos, no pagamento por serviço não-prestado, no pagamento em duplicidade, pois, nesses casos, não é possível presumir a boa-fé, diante da ciência do indébito. A probidade administrativa é princípio constitucional que se dirige a todos os servidores públicos, não apenas como executores, mas também como beneficiários do ato.

5. O autor não apresentou razão concreta para considerar o percentual de 10% elevado, nem o julgador o fez, de forma que deve prevalecer o ato administrativo, que, como reconhecido na sentença, não padece de ilegalidade.

Decisão

A Turma Suplementar, por unanimidade, deu provimento à apelação e ao reexame.

## DOCUMENTO: 07

Processo Numeração Única: 0003702-29.2009.4.01.3700 REOMS  
2009.37.00.003780-4 / MA; REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE  
SEGURANÇA Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN  
Órgão SEXTA TURMA Publicação 03/08/2012 e-DJF1 P. 569 Data Decisão  
15/06/2012

## Ementa

ADMINISTRATIVO. REVISÃO DE PROVA DE VESTIBULAR. MATRÍCULA EM CURSO SUPERIOR. SENTENÇA MANTIDA.

I - O direito de acesso aos critérios de correção de prova e de interposição de recurso são garantias constitucionais que decorrem dos princípios da ampla defesa e da publicidade.

II - A supressão, no edital questionado, do direito de revisão ou vista de prova, revela-se arbitrária, porquanto impede o exercício do devido procedimento legal, afastando a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle sobre possível lesão ou ameaça de lesão a direito do candidato.

III - A nomeação de nova banca examinadora para proceder à correção da prova de redação do Impetrante não encontra guarida, pois mostra-se defeso ao Poder Judiciário intervir na discricionariedade do ato administrativo (AMS 2004.34.00.001195-3/GO, Rel. Juiz federal Carlos Augusto Pires Brandão, DJ de 20/02/2006, p. 109).

IV - O pedido de matrícula formulado pelo Impetrante não pode ser acolhido, eis que não restou demonstrado nos autos ter o Demandante alcançado a pontuação mínima necessária para a sua aprovação.

V - Remessa oficial a que se nega provimento.

Decisão

A Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial

## DOCUMENTO: 08

Processo Numeração Única: 0033273-92.1997.4.01.3400 AMS 1997.34.00.033416  
2 / DF; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA, Relator JUÍZA FEDERAL  
ADVERCI RATES MENDES DE ABREU Órgão 3ª TURMA SUPLEMENTAR  
Publicação 22/06/2012 e-DJF1 P. 1132 Data Decisão 25/04/2012

## Ementa

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. REDISTRIBUIÇÃO. TÉCNICO DE NÍVEL SUPERIOR. ENQUADRAMENTO NO CARGO DE ANALISTA DE FINANÇAS E CONTROLE . INCOMPATIBILIDADE. PROVIMENTO DERIVADO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 37, II, CF/88. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, DESPROVIDAS.

1. A remessa oficial é tida por interposta, em atenção ao disposto no parágrafo único do art. 12 da Lei 1.533/51, então vigente.

2. O autor, ex servidor da Fundação Centro Brasileira da Infância e Adolescência-CBIA-, redistribuído para o Ministério da Fazenda, e em exercício na Divisão de Fiscalização da Delegacia de Controle, em Santa Catarina, pleiteia enquadramento no Cargo de Analista de Finanças e Controle do quadro de pessoal daquele Ministério.

3. A Lei nº 8112/90, previu no seu art. 37 (redação dada pela Lei 8.216/91), vigente à época, que a redistribuição consistente no deslocamento do servidor, com o respectivo cargo, para quadro de pessoal de outro órgão ou entidade do mesmo Poder, observaria a vinculação entre os graus de complexidade e responsabilidade, a equivalência entre os vencimentos e o interesse da administração.

4. No caso, a redistribuição se fez de acordo com o preceito legal, tanto que o impetrante foi juntamente com o cargo então ocupado na FUNABEM- Técnico de Nível Superior (ff. 326) deslocado para o Ministério da Fazenda (ff. 321/322). No entanto, a pretensão de enquadramento não está de acordo com os requisitos legais como se verifica do Ofício nº 136 -DECAR/SRH/MARE (ff. 258), em cotejo com as atribuições desenvolvidas no exercício do cargo de Técnico de Nível Superior (323).

5. Ressalte-se que redistribuição é forma de provimento que não enseja investidura em nenhum cargo, sob pena de ofensa ao disposto no art. 37, II, CF/88, estando consagrado pela jurisprudência da Suprema Corte o entendimento de que é inconstitucional o provimento derivado de cargos públicos ante a imprescindibilidade de concurso para investidura em cargos, funções e empregos públicos (ADIn 837/DF; Relator(a): Min. Moreira Alves; DJ 25-06-99 P-00002 EMENT VOL-01956-01 PP-00040; 27/08/1998).

6. Ressalte-se, ainda, que a redistribuição de servidor se insere na esfera da discricionariedade da Administração a quem no exercício do poder de autotutela que lhe é inerente cumpre, valendo-se dos juízos de oportunidade e conveniência e atenta ao princípio da supremacia do interesse público, adotar as medidas necessárias ao regular desenvolvimento do serviço.

7. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, providas.

Decisão

A Turma Suplementar, à unanimidade, deu provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta.

DOCUMENTO: 09

Processo Numeração Única: 0008820-16.2005.4.01.3800 AC 2005.38.00.008894-9 / MG; APELAÇÃO CIVEL Relator JUÍZA FEDERAL ADVERCI RATES MENDES DE ABREU Órgão 3ª TURMA SUPLEMENTAR Publicação 14/05/2012 e-DJF1 P. 73 Data Decisão 11/04/2012.

Ementa

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCURADOR FEDERAL. PORTARIA 94/05. PREFERÊNCIA NA LOTAÇÃO/REMOÇÃO. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A anulação do ato administrativo decorre do controle da sua legalidade. Para ser válido todo ato administrativo deve preencher cinco requisitos tidos como essenciais à sua validade: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, sem os quais não se aperfeiçoa. Se algum desses elementos estiver em desacordo com a lei, o ato estará viciado tornando-se passível de anulação. Portanto, o pressuposto da anulação é a existência de vício comprometendo a validade do ato.
2. No caso, a Portaria de lotação/remoção dos Procuradores tem como fundamento de validade a Lei nº 10.480/02, cujo art. 11 criou no âmbito da Procuradoria-Geral Federal, o cargo de Procurador-Geral Federal, que tem incluídas na sua competência as atribuições de dirigir a Procuradoria -Geral Federal, coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação, bem como distribuir os cargos e lotar os Membros da Carreira nas Procuradorias-Gerais ou Departamentos Jurídicos de autarquias e fundações federais e, ainda, disciplinar e efetivar as promoções e remoções de membros da Carreira de Procurador Federal( § 2º, I e IV).
3. Havendo expressa previsão legal conferindo ao Procurador-Geral competência para praticar o ato questionado, não há lugar para alegação de ofensa ao princípio da legalidade, especialmente, quando a autoridade atua dentro dos limites estabelecidos na lei, em cumprimento de dever de ofício.
4. Sobre a alegada violação aos princípios da impessoalidade e motivação dos atos administrativos os apelantes não demonstraram em que consiste o defeito, nada esclarecendo acerca da suspeita de interesse pessoal do responsável pela remoção/lotação impugnadas nesta ação.
5. A Lei nº 8.112/90, em seu art. 36, par. único I II e III, prevê três modalidades de remoção: a de ofício( inciso I) e a pedido do servidor (incisos II e III). A primeira sempre ocorre no interesse da Administração ao passo que a segunda se sujeita à discricionariedade administrativa, em que se prioriza o princípio da supremacia do interesse público e, a última, condiciona a remoção apenas ao preenchimento de requisitos objetivos.
6. Consoante vem reiteradamente se manifestando o Superior Tribunal de Justiça, a interpretação dos atos administrativos deve levar em conta seus princípios basilares. Dentre eles, destaca-se o da supremacia do interesse público, que só poderá ser mitigado em caso de expressa previsão legal(ROMS 14.291 - RS Rel. Min. Gilson Dipp, DJI de 24.05.04).
7. Ante a presunção de legitimidade(legalidade ou veracidade ou legalidade) dos atos administrativos admite-se, na hipótese do inciso I, até prova em contrário não produzida no caso, que o ato foi praticado em razão do interesse público.
8. Sobreleva notar que a praxe existente na autarquia de conferir aos procuradores mais antigos prioridade para atuar no Setor de Dívida Ativa da entidade, não é fonte de direito subjetivo, da mesma forma que a remoção a pedido, nos termos do art. 36, par. único, II e III, da Lei nº 8.112/90, também não socorre aos autores seja porque num caso o pleito se submete à discricionariedade da Administração que decidirá valendo-se dos critérios de conveniência e oportunidade e, no outro, a previsão legal só aproveita aqueles que concorrem a vagas em localidades distintas da de origem, o que não é o caso dos autos em que se pretende tão-somente alterar a lotação.
- 9 . Apelação desprovida.

Decisão

A Turma Suplementar, à unanimidade, negou provimento à apelação.

## DOCUMENTO 10

Processo Numeração Única: 0008907-24.2004.4.01.3600 AC 2004.36.00.008906-9 / MT; APELAÇÃO CIVEL Relator JUÍZA FEDERAL ADVERCI RATES MENDES DE ABREU Órgão 3ª TURMA SUPLEMENTAR Publicação 20/04/2012 e-DJF1 P. 748  
Data Decisão 21/03/2012

## Ementa

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. AVALIAÇÃO PERIÓDICA PARA PROGRESSÃO FUNCIONAL. DECISÃO DESFUNDAMENTADA PROFERIDA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 50, I E V, DA LEI Nº 9.784/99. ART. 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A sentença fundamenta-se na legalidade da avaliação periódica e na impossibilidade do Poder Judiciário em se imiscuir no mérito desta avaliação, em observância à discricionariedade da Administração Pública.

2. Ocorre que, em verdade, pretende o demandante ver anulada a decisão proferida no processo administrativo nº. 08.661.002.316-01 em resposta ao seu recurso, ao argumento de que aquele ato administrativo violou o disposto no art. 50, I e V, da Lei nº. 9.784/99.

3. A Lei nº. 9.784/99 estabelece em seu art. 50, I e V, que os atos administrativos que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses e os que decidam recursos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. As aludidas regras estão em estreita consonância com o art. 5º, LV, da Constituição Federal, que assegura aos litigantes em processo administrativo o exercício da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, visto que não é possível exercer ampla defesa sem o conhecimento dos motivos que deram ensejo ao ato administrativo violador, em tese, de determinado direito subjetivo. Ademais, a ausência de motivação constitui óbice ao controle da legalidade dos atos administrativos, não só pelo Poder Judiciário, mas também pelos outros Poderes da República e por toda a sociedade.

4. Inequivocamente possui razão o autor, pois da simples leitura da decisão proferida à fl. 73 do processo administrativo (fl. 65 destes autos) verifica-se que o agente público responsável pela apreciação do recurso limitou-se a afirmar que o servidor "foi devidamente avaliado" e que os critérios utilizados na avaliação "são de inteira responsabilidade da chefia imediata, e como a mesma os ratifica", não ficou detectada qualquer irregularidade na avaliação.

5. Como se vê, não houve por parte do administrador a indicação de fatos e fundamentos jurídicos no momento da apreciação do recurso, mas a simples e desfundamentada manutenção da avaliação.

6. A anulação do ato administrativo combatido faz-se imperiosa, a fim de que a Administração Pública edite novo ato em obediência ao regramento legal, indicando com precisão os fatos e fundamentos jurídicos que o sustentam.

7. Honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), com esteio no art. 20, § 4º do CPC. As custas antecipadas pelo autor deverão ser ressarcidas pela União.

8. Apelação provida.

Decisão

A Turma, à unanimidade, deu provimento à apelação

DOCUMENTO:11

Processo Numeração Única: 0028390-29.2002.4.01.3400 AMS 2002.34.00.028452-9 / DF; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator JUIZ FEDERAL GUILHERME MENDONÇA DOEHLER Órgão 3ª TURMA SUPLEMENTAR Publicação 03/04/2012 e-DJF1 P. 224 Data Decisão 08/02/2012

Ementa

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. RECUSA DE REGISTRO PELO TCU. AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIA DE RECURSOS HUMANOS DA FUB. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CF, ARTIGO 102, I, 'd'.

1. Tendo o TCU recusado registro à aposentadoria do impetrante, por considerá-la ilegal, o ato não se tornou definitivo, pois, sendo do tipo complexo, só se aperfeiçoa quando examinado e admitido como válido por aquela Corte.

2. Para os órgãos da Administração Pública destinatários das decisões e deliberações tomadas pelo TCU não restam outras alternativas senão providenciar o cumprimento do que foi determinado e a notificação das partes afetadas, cumprindo assim o comando que lhes assegura direito ao contraditório e ampla defesa.

3. A mera operacionalização da decisão exarada pelo Tribunal de Contas, sem qualquer margem de discricionariedade, retira do agente público inserido no polo passivo da lide a legitimação para responder pela legalidade do ato, pois, consoante já decidiu por reiteradas vezes o egrégio Superior Tribunal de Justiça, 'incabível é a impetração do writ contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada, uma vez que a segurança, acaso concedida, seria inexecutável'. (RMS 24.217/PA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 10/11/2008).

4. Todos os procedimentos adotados no âmbito da Administração Pública Federal, que envolvam pagamentos autorizados e/ou determinados por lei, como no caso de toda e qualquer vantagem devida a servidores públicos (especialmente aposentadorias), são sujeitos a controle de legalidade pelo Tribunal de Contas da União, que atua na espécie em consonância com os ditames do artigo 71, IX e X, da Constituição Federal. A recusa ao cumprimento de determinação do TCU autoriza o órgão a 'sustar a execução do ato impugnado', e, ao mesmo tempo, 'representar ao Poder Competente sobre irregularidades ou abusos apurados (inciso XI) .

5. Somente teria legitimidade para figurar no polo passivo deste Mandado de Segurança o Tribunal de Contas da União, órgão colegiado que determinou a adoção das providências necessárias para regularização da situação do impetrante. Porém, mesmo que indicada corretamente a autoridade coatora no caso - TCU - não teria o Juízo como apreciar o mérito da questão, haja vista a existência de norma Constitucional que dispõe sobre competência originária do Supremo Tribunal Federal, estampada no artigo 102, I, 'd', da Constituição Federal.

6. Apelação desprovida.

Decisão

A Turma Suplementar, por unanimidade, negou provimento à apelação.

DOCUMENTO: 12

Processo Numeração Única: 0019569-70.2001.4.01.3400 AC 2001.34.00.019598-3 / DF; APELAÇÃO CÍVEL Relator JUIZ FEDERAL MARK YSHIDA BRANDÃO Órgão 1ª TURMA SUPLEMENTAR Publicação 16/03/2012 e-DJF1 P. 1056 Data Decisão 08/03/2012

Ementa

ADMINISTRATIVO. REESTRUTURAÇÃO DA IMPRENSA NACIONAL. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. INTERESSE PÚBLICO. DELEGAÇÃO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. LEGITIMIDADE. REDISTRIBUIÇÃO DE CARGOS. OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 37 DA LEI N. 8.112/90. SENTENÇA MANTIDA.

1. Discute-se nos presentes autos a legalidade dos atos administrativos praticados pela União, que resultaram na reestruturação/reorganização da Imprensa Nacional, na redistribuição dos servidores do quadro de pessoal e, ainda, na transferência da administração e do controle para a Diretoria de Recursos Humanos, Orçamento e Finanças da Secretaria de Administração da Casa Civil da Presidência da República.

2. A reestruturação da Imprensa Nacional está inserta no poder discricionário da Administração, fundado na liberdade de escolha pelo administrador dos critérios de conveniência e oportunidade, de sorte que é vedado ao Poder Judiciário valorar o motivo e o conteúdo do ato impugnado.

3. Os documentos acostados aos autos, inclusive pelos próprios autores, demonstraram a necessidade de reestruturação da Imprensa Nacional a fim de adequá-la aos novos tempos, de modo que o administrador, por dever de ofício, procedeu à reestruturação ora combatida.

4. Embora a situação fática tenha trazido desconforto para alguns, tal ocorrência é irrelevante para se aferir a legitimidade do ato público, que deve estar sempre voltado para melhor atender ao interesse da coletividade que, no caso em apreço, restou devidamente demonstrado.

5. A Imprensa Nacional é órgão essencial integrante da estrutura básica da Casa Civil da Presidência da República, sendo plenamente legítima a atribuição conferida ao Presidente da República para regulamentar a organicidade desse órgão, mediante aprovação ou transformação das estruturas regimentais; atribuição esta que se apresenta passível de delegação, por não se identificar como ato privativo do Presidente da República, previsto no art. 84 da CF/88.

6. A redistribuição de cargos se deu em conformidade com o art. 37 da Lei n. 8.112/90, uma vez que se deu em razão da necessidade de ajustamento de lotação e da força de trabalho, em decorrência da nova estrutura da Imprensa Nacional.

7. Correta a sentença ao concluir pela inexistência de ilegalidades, ao fundamento de que o ato de reestruturação da Imprensa Nacional, com o conseqüente deslocamento de cargos, decorreu de ponderado trabalho sobre a modernização e dinamização do órgão, buscando atender ao interesse geral de uma melhor prestação do serviço público.

8. Apelação não provida.

Decisão

A Turma Suplementar, por unanimidade, negou provimento à apelação.

## DOCUMENTO 13

Processo Numeração Única: 0001676-48.2002.4.01.4300 AC 2002.43.00.001676-7 / TO; APELAÇÃO CÍVEL Relator JUIZ FEDERAL MARK YSHIDA BRANDÃO Órgão 1ª TURMA SUPLEMENTAR Publicação 17/02/2012 e-DJF1 P. 927 Data Decisão 09/02/2012.

## Ementa

DIREITO ADMINISTRATIVO. DESTITUIÇÃO DE CARGO COMISSIONADO. CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. CONDUTA LÍCITA.

1. Os cargos em confiança da Administração Pública direta e indireta são exercidos em caráter precário e transitório, razão pela qual a dispensa nestas hipóteses não pode ser considerada como punição disciplinar.
2. Por não ter conotação disciplinar, a destituição do cargo em comissão prescinde de qualquer apuração em processo administrativo, bem como das garantias a ele inerentes. Trata-se de destituição sumária caracterizada pelos critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública que, em linha de princípio, sequer podem ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, salvo na aplicação da teoria dos motivos determinantes do ato, quando o administrador tenha fundamentado a exoneração.
3. In casu, o autor não questiona os fundamentos apresentados para a sua destituição do cargo comissionado. Assim, foge ao controle do poder judiciário, pois, a destituição se encontra dentro da discricionariedade do administrador.
4. Apelação não provida.

## Decisão

A Turma Suplementar, por unanimidade, negou provimento à apelação.