



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES

CURSO DE DIREITO

**LIMITES E CONTROLE JURISDICIONAL
DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Marcelo Weizenmann

Lajeado, junho de 2009

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO

**LIMITES E CONTROLE JURISDICIONAL
DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Marcelo Weizenmann

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia, do Curso de Direito, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Ms. Evandro Weisheimer

Lajeado, junho de 2009

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Evandro Weisheimer, pela amizade, incentivo, sugestões, considerações e apontamentos durante a realização deste trabalho.

À UNIVATES e, especialmente, aos professores do Curso de Direito, pela fundamental importância em minha formação acadêmica.

À amada Cíntia, pelo apoio, paciência e compreensão nos momentos de minhas angústias e ausência.

A minha família, pelo incentivo aos estudos, pelo suporte e amor. Ao meu pai Alécio, mãe Noêmia e irmãos Mauro e Henrique, pela força e energia alcançadas.

A minha prima Martha e ao meu amigo Marcelo Batista pela retirada de livros junto às bibliotecas da PUC-RS e UFRGS.

Aos amigos e colegas Calebe Luiz Delazeri Hilgert, Adilson Ademir Leite Mallmann e Natanael dos Santos, pelas sugestões apresentadas e experiências trocadas.

Enfim, a todas as pessoas com as quais convivo e que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a realização e concretização desta etapa de minha vida.



Ninguém nasce com personalidade.
Nascemos com um conjunto de expectativas,
um conjunto de idéias das outras pessoas,
e temos de abrir nosso caminho entre isso tudo.
(V. S Naipul)

RESUMO

Esta monografia analisa a discricionariedade administrativa, seus limites e seu controle jurisdicional, segundo a moderna doutrina administrativista e a jurisprudência pátria. O texto inicia pelo estudo do Estado, sua origem, formação e conceito, bem como analisa seus elementos constitutivos, tece considerações a respeito do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito e examina seu poder e aspectos relacionados à separação dos poderes. Adiante, aborda a Administração Pública, estabelecendo seu conceito e sua diferenciação em relação a Governo. Examina alguns de seus princípios explícitos e implícitos, pertinentes ao tema, bem como analisa o ato administrativo, seus elementos, atributos e mérito. Por fim, estuda a discricionariedade administrativa, seus aspectos históricos, terminológicos e conceituais; analisa, também, seus fundamentos, sua distinção dos atos vinculados, bem como sua relação com os conceitos jurídicos indeterminados. Verifica, ainda, a questão dos limites da discricionariedade administrativa e aspectos de seu controle jurisdicional, principalmente quanto à possibilidade ou não do exame do mérito do ato administrativo discricionário e do controle jurisdicional efetuar-se por meio dos princípios.

PALAVRAS-CHAVE: Poder do Estado. Separação dos Poderes. Administração Pública. Ato administrativo. Princípios. Discricionariedade administrativa. Limites. Controle jurisdicional.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
apud	citado por
CF	Constituição Federal
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
§	parágrafo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ/RS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O ESTADO	12
2.1 Origem, formação e conceito de Estado	12
2.2 Elementos do Estado	16
2.3 O Estado Liberal, Social e Democrático de Direito	18
2.4 O Poder do Estado	25
2.5 A separação dos poderes e funções do Estado	35
2.5.1 Aspectos históricos e precursores do princípio da separação dos poderes	35
2.5.2 A doutrina de Montesquieu	39
2.5.3 O sistema de freios e contrapesos: <i>checks and balances</i>	41
2.5.4 Reavaliação do princípio da separação dos poderes	43
3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	45
3.1 Conceito de Administração Pública	45
3.2 Administração Pública e Governo	48
3.3 Princípios da Administração Pública	50
3.3.1 Princípio da legalidade	51
3.3.2 Princípio da impessoalidade	53
3.3.3 Princípio da moralidade	54
3.3.4 Princípio da publicidade	54
3.3.5 Princípio da eficiência	55

3.3.6 Princípio da supremacia do interesse público	56
3.3.7 Princípio da razoabilidade	57
3.3.8 Princípio da proporcionalidade	58
3.3.9 Princípio da motivação	58
3.4 Ato administrativo	60
3.4.1 Conceito	60
3.4.2 Elementos do ato administrativo	62
3.4.3 Atributos do ato administrativo	65
3.4.4 Mérito do ato administrativo	66
3.4.5 Extinção do ato administrativo	67
4 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	69
4.1 Considerações preliminares	69
4.2 Aspectos históricos	71
4.3 Aspectos terminológicos	72
4.4 Conceito de discricionariedade	74
4.5 As funções do Estado e a discricionariedade	75
4.6 Fundamentos da discricionariedade	77
4.7 Distinção entre vinculação e discricionariedade	79
4.8 Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade	81
4.9 Limites da discricionariedade administrativa	86
4.10 Controle jurisdicional da discricionariedade administrativa	92
4.10.1 Fundamento do controle jurisdicional	92
4.10.2 O princípio da separação dos poderes e o controle jurisdicional	94
4.10.3 O exame do mérito do ato discricionário	98
4.10.4 O controle jurisdicional por meio dos princípios	102
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	110
REFERÊNCIAS	116
ANEXOS	122

1 INTRODUÇÃO

As condutas dos agentes administrativos não são possíveis de serem totalmente determinadas pela lei. Mesmo que a lei procure estabelecer parâmetros e restrições à atuação dos agentes administrativos, acaba oferecendo, em diversas situações, liberdade de escolha de uma dentre duas ou mais soluções válidas e a possibilidade de valoração de suas condutas, principalmente quanto aos aspectos de oportunidade e conveniência dos atos que praticarem.

Esta prerrogativa de escolha de uma solução válida e a possibilidade de valoração das condutas mais adequadas à satisfação do interesse público, conferida aos agentes administrativos, com base nos aspectos de oportunidade e conveniência, é o que se denomina de discricionariedade administrativa, ou poder discricionário.

Nota-se que o conceito de discricionariedade acompanhou a evolução do princípio da legalidade ao longo dos tempos, princípio este característico do Estado de Direito. Desta forma, hoje, quanto mais se amplia o conceito de legalidade, mais se reduz a discricionariedade administrativa, ou vice-versa.

O tema da discricionariedade administrativa, portanto, sempre revelou preocupação para os estudiosos do Direito Administrativo, pois é assunto que não permaneceu estático no tempo. Devido a isso, a conceituação da discricionariedade

administrativa, a definição de seus limites e a possibilidade do seu controle jurisdicional são aspectos de grande importância.

O posicionamento e tratamento doutrinário e jurisprudencial brasileiro quanto à discricionariedade administrativa têm evoluído no sentido de buscar estabelecer parâmetros para a sua caracterização e limites para sua atuação, o que não se apresenta como tarefa fácil, diante da grande abrangência e aplicabilidade deste conceito para o Direito Administrativo.

Percebe-se que tais posicionamentos a respeito do tema não são uníssomos. De um lado há os que defendem a necessidade de um maior limite aos atos administrativos discricionários e um maior controle por parte do Poder Judiciário, em virtude dos inúmeros problemas da Administração Pública, como, por exemplo, os fenômenos do clientelismo, da corrupção, do favorecimento e da falta de uma clara separação entre o espaço privado e público. E, de outro lado, os que vêem na discricionariedade administrativa uma necessidade para que se possam atender às múltiplas demandas e reivindicações da sociedade atual e para que a Administração Pública possa agir de forma mais gerencial e eficiente na organização dos serviços públicos prestados aos administrados.

É diante deste contexto que o estudo deste tema se mostra relevante, visto que se poderá verificar e compreender melhor as tendências atuais do Direito Administrativo brasileiro sobre o assunto.

Assim, o grande desafio do trabalho será investigar e identificar quais os limites da discricionariedade administrativa e examinar a possibilidade e a abrangência de seu controle jurisdicional, segundo o posicionamento da moderna doutrina administrativista e da jurisprudência pátria.

O presente estudo será realizado de forma qualitativa, pois trabalhará com o exame da natureza, do alcance e das possíveis interpretações para o tema proposto.

Quanto ao método a ser utilizado para o desenvolvimento do estudo, será este o dedutivo, o qual partirá da análise de argumentos gerais para argumentos particulares. Serão apresentados os fundamentos e conceitos já formulados para se chegar ao tema proposto, ou seja, iniciando pelo estudo de aspectos do Estado,

passando pela Administração Pública até tratar especificamente da discricionariedade administrativa. Serão utilizados também, como métodos auxiliares, o histórico e o comparativo. O primeiro em virtude da fundamental necessidade de compreensão do processo de construção dos conceitos de Estado, Administração Pública e discricionariedade administrativa. Já o comparativo será utilizado para confrontar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema, que aparentemente mostram algumas divergências e entendimentos diversos.

Salienta-se, ainda, que a pesquisa será bibliográfica, realizando-se uma revisão teórica com base na doutrina de estudiosos na área, sites especializados, legislação, artigos de revistas e em decisões jurisprudenciais, especialmente as do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Assim, realizar-se-á, no primeiro capítulo, um estudo relacionado ao Estado, procurando compreender sua origem, formação, conceituação e identificação de seus elementos constitutivos. Por conseguinte, abordar-se-ão alguns aspectos dos Estados Liberal, Social e Democrático de Direito e sua significação para o contexto histórico atual. Examinar-se-á, também, o Poder do Estado, notadamente a denominada soberania e suas manifestações. E por fim, analisar-se-á a questão da teoria ou princípio da separação dos poderes, seus aspectos históricos e a significativa contribuição de Montesquieu para a formulação dessa teoria, bem como sua aplicabilidade e entendimento atual.

No segundo capítulo, analisar-se-ão aspectos relacionados à Administração Pública, especialmente quanto ao seu conceito e quanto a sua distinção do Governo. Em seguida, serão examinados alguns princípios explícitos e implícitos da Administração Pública, principalmente os mais relevantes ao presente estudo, como os elencados no art. 37 da Constituição Federal de 1988 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência) e os da supremacia do interesse público, da razoabilidade, da proporcionalidade e da motivação. Adiante, estudar-se-á o ato administrativo, identificando seus elementos e atributos, e no que consiste o seu mérito.

Por fim, já no terceiro capítulo, adentrar-se-á no tema específico do presente estudo, qual seja a discricionariedade administrativa, seus limites e seu controle jurisdicional. Assim, partir-se-á do exame de aspectos históricos, terminológicos e conceituais da discricionariedade administrativa, passando pela análise da distinção entre ato vinculado e ato discricionário, e também pela distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados. Também serão examinados quais os limites da atuação discricionária da administração pública, o papel da legalidade e dos demais princípios para essa limitação. Por fim, a possibilidade do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, compreendendo-se neste tópico, a análise do fundamento do controle e a aplicabilidade do princípio da separação dos poderes, a possibilidade do exame do mérito do ato discricionário e, fundamentalmente, o exercício do controle jurisdicional por meio de princípios constitucionais e gerais de Direito, notadamente os da razoabilidade e da proporcionalidade, segundo o entendimento de determinadas correntes doutrinárias e jurisprudenciais.

Cabe salientar que o propósito deste estudo é contribuir para uma melhor compreensão do tema proposto, sem pretender-se, no entanto, esgotar a análise da matéria, em virtude de sua ampla significação para o Direito Administrativo.

Em suma, a relevância do estudo a ser apresentado a seguir, reside no propósito de oferecer um entendimento sobre a discricionariedade administrativa no contexto atual, frente os posicionamentos e a visão da doutrina e jurisprudência pátria.

2 O ESTADO

2.1 Origem, formação e conceito de Estado

A necessidade dos homens viverem em sociedade já era uma constatação filosófica da antiguidade. Na obra *A Política*, Aristóteles (1998, p. 4) sustenta que “o homem é naturalmente feito para a sociedade política” e esta análise constitui-se no “antecedente mais remoto da afirmação clara e precisa de que o homem é um ser social por natureza” (DALLARI, 2009, p. 10).

A convivência e a coexistência humana “não podem realizar-se sem forma política” (CARVALHO, 2004, p. 26), pois o homem é um “ser constitutivamente social e político” (p. 26). Assim, surge o Estado como estrutura de organização social e política, sem o qual a convivência e a coexistência humana se transformariam “no caos, na anarquia e na desordem” (p. 27).

Portanto, a união e associação dos homens em busca de um objetivo comum “leva ao Estado, que a razão e a vontade criam e organizam” (AZAMBUJA, 2000, p. 3). Nesse mesmo sentido, para Aristóteles (1998, p. 1) “todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, seu princípio, assim como toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem”. Assim, com base nas observações referidas, “conclui-se com Aristóteles que o melhor Estado é aquele que usa do seu poder para garantir e proteger a felicidade

dos cidadãos e da Sociedade, como um todo, guardadas as proporções culturais de cada povo” (LEAL, 2001, p. 34).

O Estado, portanto, é “produto da essência política do homem” (CARVALHO, 2004, p. 27).

Já com a difusão da obra *O Príncipe*, de Maquiavel, escrita em 1513, a denominação Estado, etimologicamente derivada do latim *status* (estar firme), “significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política” (DALLARI, 2009, p. 51), se impôs, obra esta marcada pela célebre frase introdutória: “Todos os Estados, todos os domínios que imperaram e imperam sobre os homens, foram ou são repúblicas ou principados” (MAQUIAVEL, 1996, p.46).

No entanto, Bobbio (2007, p. 65-66, grifo do autor) suscita uma questão interessante a partir da origem da denominação Estado:

Isto não quer dizer que a palavra tenha sido introduzida por Maquiavel. Minuciosas e amplas pesquisas sobre o uso de ‘Estado’ na linguagem do Quatrocentos e do Quinhentos mostram que a passagem do significado corrente do termo *status* de ‘situação’ para ‘Estado’ no sentido moderno da palavra, já ocorrera, através do isolamento do primeiro termo da expressão clássica *status rei publicae*. O próprio Maquiavel não poderia ter escrito aquela frase exatamente no início da obra se a palavra em questão já não fosse de uso corrente.

De um modo geral, no sentido em que hoje é empregada, a denominação Estado é considerada relativamente recente. Os antigos gregos utilizavam o termo *polis*, que significava cidade, pois os “Estados não ultrapassavam os limites da cidade [...] e daí veio *política*, a arte ou ciência de governar cidade” (AZAMBUJA, 2000, p. 6, grifo do autor). Já os romanos utilizavam os termos *civitas* e *respublica*. Assim, *polis*, *civitas* e *respublica* traduziam, já na antiguidade, a idéia de Estado, “principalmente pelo aspecto de personificação do vínculo comunitário, de aderência imediata à ordem política e de cidadania” (BONAVIDES, 2005, p. 62).

Destaca-se que os romanos utilizavam também a expressão *status reipublicae*, significando “a situação, a ordem permanente da coisa pública, dos negócios do Estado” (AZAMBUJA, 2000, p. 7). Mas, provavelmente pelo desuso do segundo termo da expressão referida, “tenham os escritores medievais empregado *Status* com a significação moderna” (p. 7, grifo do autor).

Importante salientar que inúmeras são as teorias acerca da época do aparecimento do Estado, mas estas podem ser reduzidas a três posições fundamentais: a primeira, de que o Estado sempre existiu, “pois desde que o homem vive sobre a Terra acha-se integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo” (DALLARI, 2009, p. 52); a segunda, representada pela ampla maioria dos autores, de que, por um certo período histórico, a sociedade humana existiu sem o Estado, e que, mais tarde, “este foi constituído para atender às necessidades ou às conveniências dos grupos sociais” (p. 52); e a terceira, de que a sociedade política somente é admitida como Estado quando dotada de certas características bem definidas, e “que surge quando nascem a idéia e a prática da soberania, o que só ocorreu no século XVII” (p. 53).

O Estado, como fenômeno histórico, pode ser relacionado às diversas fases da História humana. Assim, “os autores que trataram deste assunto adotaram uma seqüência cronológica, compreendendo as seguintes fases: *Estado Antigo*, *Estado Grego*, *Estado Romano*, *Estado Medieval* e *Estado Moderno*” (DALLARI, 2009, p. 62, grifo do autor). No entanto, “não há [...] uma regra de sucessão cronológica quanto aos tipos de Estado já aparecidos e existentes na superfície de nosso planeta” (MENEZES apud CARVALHO, 2004, p. 37).

O Estado, como forma de organização política e social, que mais se aproxima do que se conhece atualmente, ou seja, o Estado Moderno, o qual apresenta um poder próprio e independente dos outros poderes existentes, nasce na segunda metade do século XV na França, na Inglaterra e na Espanha, alastrando-se mais tarde para outros países europeus, entre os quais, por exemplo, a Itália (GRUPPI apud STRECK; MORAIS, 2006). Para Bastos (2002, p. 41), “não se nega que a Antigüidade Clássica (as cidades gregas e o império romano) já apresentasse sinais precursores dessa realidade”, no entanto, sem a reunião dos elementos constitutivos do Estado, quais sejam: um território, um povo e um poder soberano.

Anota-se também a posição doutrinária no sentido de que “cada momento histórico e o correspondente modo de produção (prevalecente) engendram um determinado tipo de Estado” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 28). Seriam as condições econômico-sociais que originariam as formas de dominação adequadas, a fim de atenderem aos interesses das classes preponderantes, o que remete à ideia de que

o Estado não apresenta uma evolução, um aperfeiçoamento. Exemplo disso seria o nascimento do próprio Estado Moderno, surgido da necessidade do capitalismo ascendente.

Portanto, de conformidade com a posição doutrinária referida, “o Estado é um fenômeno original e histórico de dominação” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 28).

Diante dos vários conceitos de Estado já construídos ao longo dos tempos, Dallari (2009, p. 117) aponta duas orientações fundamentais que sempre pautaram essa tarefa: “ou se dá mais ênfase a um elemento concreto ligado à noção de força, ou se realça a natureza jurídica, tomando-se como ponto de partida a noção de ordem”.

Segundo esse autor, um conceito, com ênfase na noção de força, parte da ideia de que essa força é posta pelo Estado a si próprio, como forma de buscar a disciplina jurídica. Assim, os conceitos, quando relacionados com a noção de força, poderiam ser classificados como políticos. Já os conceitos que realçam a natureza jurídica acentuam que há uma integração dos componentes do Estado numa ordem jurídica que “também se dá com a força, que se integra no Estado como poder” (DALLARI, 2009, p. 118). Diante destes aspectos, define o autor o Estado como sendo “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território” (p. 119, grifo do autor).

Para Azambuja (2000, p. 6, grifo do autor), “Estado é a organização político-jurídica de uma sociedade para realizar o bem público, com governo próprio e território determinado”.

Já para Groppali (apud CARVALHO, 2004, p. 29), Estado é “a pessoa jurídica soberana, constituída de um povo organizado sobre um território sob o comando de um poder supremo, para fins de defesa, ordem, bem-estar e progresso social”.

Assim, percebe-se que vários são os conceitos de Estado, “segundo se procure dar ênfase ao elemento poder ou se atenda à sua natureza jurídica, sem ainda se desconhecer o substrato social para a sua formulação” (CARVALHO, 2004, p. 30).

Esgotada a análise da origem, formação e do conceito de Estado, merecem ser abordados os elementos que compõem o mesmo, a fim de que seja aperfeiçoado o entendimento a respeito do tema deste capítulo.

2.2 Elementos do Estado

Verifica-se não haver um consenso de opiniões a respeito de quais e quantos sejam os elementos do Estado. No entanto, “de maneira geral, costuma-se mencionar a existência de dois elementos *materiais*, o território e o povo, havendo grande variedade de opiniões sobre o terceiro elemento, que muitos denominam *formal*” (DALLARI, 2009, p. 71, grifo do autor). Este terceiro elemento estaria identificado com o poder, ou através de suas expressões, quais sejam: autoridade, governo ou soberania.

Streck e Moraes (2006) referem que a concepção mais tradicional aponta os seguintes elementos constitutivos do Estado: governo, povo e território.

No entanto, asseveram esses autores que:

É evidente que os elementos que tradicionalmente são apontados não explicam por si só esse organismo complexo que se convencionou denominar de Estado, mormente nas suas versões ‘Estado Contemporâneo’ (portanto, intervencionista) e ‘Estado Democrático de Direito’ (intervencionista que agrega a questão social e a busca da igualdade, mormente se examinarmos o conteúdo das Constituições do pós-guerra) (2006, p. 163).

Neste sentido, Streck e Moraes (2006) salientam que, contemporaneamente, tem-se destacado a soberania, o poder e os vínculos jurídicos que unem os diversos elementos constitutivos do Estado como fatores para a configuração de uma nova concepção sobre sua constituição.

O território, como elemento do Estado, pode ser definido como “a base física, a porção do globo por ele ocupada, que serve de limite à sua jurisdição e lhe fornece recursos materiais” (AZAMBUJA, 2000, p. 36), ou ainda, o “*locus* sobre o qual será fixado o elemento humano e terá lugar o exercício do poder e aplicação do ordenamento jurídico-positivo estatal” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 164, grifo do autor).

Bonavides (2005) suscita haver dúvidas para alguns autores quanto ao aspecto de considerar o território como elemento constitutivo do Estado. Refere o jurista que há a argumentação de que, da mesma forma que o solo não constitui parte do ser humano e lhe é exterior, o território também não constituiria parte do Estado. No entanto, apesar de tal observação, prevalece a tese “que considera o território como elemento constitutivo do Estado” (CARVALHO, 2004, p. 60).

O povo, como outro elemento do Estado, “realça o aspecto jurídico do grupo vinculado a uma determinada ordem normativa, mostrando-se como um conceito jurídico-constitucional” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 166). Contudo, não se deve confundir a noção de povo com a de população, pois esta considera “todas as pessoas presentes no território do Estado, num determinado momento, inclusive estrangeiros e apátridas” (BONAVIDES, 2005, p. 68).

O elemento humano que constitui o Estado, ou seja, o povo, “obtem unidade, coesão e identidade com a formação do Estado, mediante vínculos étnicos, geográficos, religiosos, lingüísticos ou simplesmente políticos [...] Uma vez eliminado o Estado, desaparece o povo” (CARVALHO, 2004, p. 55).

O terceiro elemento do Estado constitui-se no governo, segundo a concepção mais tradicional (STRECK; MORAIS, 2006), ou poder soberano (BASTOS, 2002), ou ainda poder político (CARVALHO, 2004).

Podemos definir este terceiro elemento do Estado como sendo “o que preside, integra e harmoniza todos os grupos sociais, possibilitando a convivência entre os membros dos grupos sociais, mediante um conjunto de regras que compõe o direito comum a todos eles” (CARVALHO, 2004, p. 67). Salienta-se que o exercício deste terceiro elemento do Estado compete a órgãos estatais, os quais “atuarão como os meios de que é dotado o povo para influir nas funções do Estado (legislativa, administrativa e jurisdicional) e que exercitarão as suas competências básicas” (p. 68).

Para Groppali (apud DALLARI, 2009), há ainda um quarto elemento, a finalidade, pois as pessoas somente se integrariam numa ordem e viveriam sob um poder para atingirem um fim. Além disso, o Estado necessita de uma finalidade que justifique sua existência.

Tem-se assim que a finalidade do Estado é “o bem comum de um certo povo, situado em determinado território” (DALLARI, 2009, p. 108).

Importantes questionamentos vem sendo feitos em relação à redução do Estado aos seus elementos, considerados como requisitos para sua existência, por alguns, e não como determinantes de sua essência (CARVALHO, 2004). Neste sentido, interessante o posicionamento de Miranda (1998, p. 31), o qual sustenta que

[...] os elementos não podem ser tomados como partes integrantes do Estado, visto que isso: 1) suportaria reduzir o Estado a eles, à sua soma ou à sua aglutinação quase mecânica ou naturalística; 2) suporia ainda assimilar a estrutura de cada um dos elementos à dos outros dois ou, porventura, colocar todos em pé de igualdade; 3) esqueceria outros aspectos ou factores tão significativos como o sentido de obra comum ou os fins; 4) não explicaria o papel da organização como base unificante do Estado.

Apesar de tal posicionamento, o presente trabalho filia-se à adoção das concepções mais tradicionais, aceitando a tese da constituição do Estado através de certos elementos, quais sejam: território, povo e poder, este último nas suas variadas expressões como já referido. Como bem salienta Carvalho (2004, p. 54), a aceitação dessa tese é “a única que possibilita delimitar o Estado em relação a outras organizações sociais e políticas [...] às quais falta pelo menos um daqueles elementos que compõem o conceito e a realidade do Estado como fenômeno histórico e institucional”.

Findo o exame dos elementos constitutivos do Estado, tem-se as bases necessárias para o estudo de sua evolução, condizente ao Estado Liberal até sua afirmação como Estado Democrático de Direito, aspecto este a ser tratado a seguir.

2.3 O Estado Liberal, Social e Democrático de Direito

A concepção teórica do Estado de Direito foi construída na Alemanha, a partir da segunda metade do século XIX, e incorporada mais tarde pela doutrina francesa, tendo como objetivo o enquadramento e limitação do poder do Estado pelo Direito (MORAIS, 1996).

A denominação Estado de Direito tem origem etimológica na expressão alemã *Rechtsstaat*, a qual encontra-se “num livro de Welcker, publicado em 1813, no qual se distinguem três tipos de governo: despotismo, teocracia e *Rechtsstaat*” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 5, grifo do autor).

Para Kelsen (1998b), não se pode pensar num Estado que não seja submetido ao Direito. Assim, esse autor conceitua o Estado de Direito como “uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis” (1998b, p. 346).

No entanto, é interessante destacar a observação de Silva (2000, p. 114-115) em relação à concepção jurídica formulada por Kelsen para o Estado de Direito:

Para ele Estado e Direito são conceitos idênticos. Na medida em que ele confunde Estado e ordem jurídica, todo Estado, para ele, há de ser Estado de Direito. Por isso, vota significativo desprezo a esse conceito. Como, na sua concepção, só é Direito o direito positivo, como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, chega-se, sem dificuldade, a uma idéia formalista do Estado de Direito ou Estado Formal de Direito, que serve também a interesses ditatoriais, como vimos. Pois, se o Direito acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (o que, no fundo, esconde uma ideologia reacionária), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial. Essa doutrina converte o Estado de Direito em mero Estado Legal. Em verdade, destrói qualquer idéia de Estado de Direito.

O Estado de Direito rege-se através de alguns princípios, os quais “servem como instrumentos para prevenir uma expansão totalitária e, em geral, um exercício incontrolado do poder do Estado” (ZIPPELIUS, 1997, p. 383).

O princípio básico do Estado do Direito é o da legalidade, que, se analisado sob o ponto de vista do indivíduo, prima pela afirmação da liberdade como regra geral, ou seja, “que cada homem é livre de fazer tudo o que a lei não lhe proíbe” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 23). Por outro lado, há a concepção de que “o homem está obrigado a fazer tão-somente o que a lei lhe determina” (p. 24). Disto decorre que, se o homem está obrigado a fazer somente o que lhe é imposto pela lei, o “Estado não lhe pode reclamar o que não é previsto em lei” (p. 24).

Anote-se, ainda, que “da legalidade decorre como princípio também a *igualdade*. E ambos, legalidade e igualdade, estão sob o crivo de uma justiça, daí o terceiro princípio, garantidor dos demais, o princípio da *justicialidade*” (FERREIRA

FILHO, 1999, p. 23, grifo do autor). A igualdade “consiste tratar igualmente os iguais (igualdade aritmética, própria de justiça comutativa); desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualar (igualdade proporcional, ou geométrica, própria da justiça distributiva, da justiça social)” (p. 27). Já a justicialidade significa “a garantia do sistema, sem a qual o Estado de Direito seria letra morta, impotente para limitar efetivamente o poder” (p. 30).

Segundo a doutrina de Streck e Moraes (2006, p. 92), “a idéia de Estado de Direito carrega em si a prescrição da supremacia da lei sobre a autoridade pública”. Ainda, segundo esses mesmos autores, “o Estado de Direito é, também, uma concepção de fundo acerca das liberdades públicas, da democracia e do papel do Estado, o que constitui o fundamento subjacente da ordem jurídica” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 93).

Assim, não é apenas a legalidade, a submissão do Estado ao Direito ou somente a forma jurídica que servem para caracterizar o Estado de Direito. A isto tudo agregam-se conteúdos. Neste sentido, tem-se que:

A dimensão de conteúdo do Estado de Direito, aproxima os modelos alemão e francês de seu vizinho insular, o modelo britânico do *rule of law*. Assim, o estado de Direito não se apresenta apenas sob uma forma jurídica calcada na hierarquia das leis, ou seja, ele não está limitado apenas a uma concepção de ordem jurídica mas, também, a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição. [...] a materialidade do Estado de Direito se substancializa sob os contornos da forma jurídica, mas com ela não se identifica. Ao contrário, à formalidade jurídica são incorporados conteúdos que se juridicizam sob o Direito do Estado (MORAIS, 1996, p.68).

Dessa forma, o Estado de Direito, ao longo dos tempos, apresentou-se ora como liberal, ora como social e mais tarde como democrático e em cada um desses momentos históricos o Estado adaptou o Direito ao seu conteúdo.

Em meados do século XVIII, a ideia de liberdade propaga-se na Europa Ocidental, tornando-se a inspiração original da sociedade contemporânea e estando sua noção relacionada à “autonomia da conduta individual [...] e não a liberdade encarada como participação nas decisões políticas” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 1).

A ideia de direito que então se difunde e que acaba inspirando as revoluções francesa e americana é bastante marcada pelo ideário liberal. O homem é visto

como um ser livre por natureza, e, segundo esta concepção, “independentemente da vontade dos homens, a liberdade é inerente à natureza humana” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 2). Neste sentido, interessante compreender como se deu a difusão do ideário liberal, vejamos:

No propósito de submeter o Estado ao Direito, os movimentos revolucionários de inspiração liberal, na América do Norte e na França do século XVIII, tiveram como primeiro passo a edição de Declarações de Direitos. Lá, em 12 de junho de 1776, portanto antes da independência, a Virgínia adotou uma Declaração de Direitos. A própria Declaração de Independência, de 4 de julho do mesmo ano, se abre por uma Declaração de Direitos. Na França, já a 26 de agosto de 1776, é editada a famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que iria tornar-se o modelo por excelência de tais Declarações (FERREIRA FILHO, 1999, p. 14).

Paralelamente à ideia de liberdade tão propagada, coube ao Estado “o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 96). Neste sentido, Ferreira Filho (1999, p. 2) refere que “a vida social [...] exige uma coordenação da liberdade dos indivíduos em interação recíproca, para que todos permaneçam livres, no máximo possível”, e é neste contexto que se insere a estrutura estatal, ou seja, para organizar e defender a liberdade.

Moraes (1996, p. 70) aponta as seguintes características do Estado Liberal de Direito:

- A. Separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça.
- B. A garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado.
- C. A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a ideia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta – *referendum* e plebiscito, etc. – bem como, para imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade.
- D. O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos.

Em suma, no Estado de Direito, agregado ao ideário liberal, encontramos a submissão do poder soberano do Estado à lei (princípio da legalidade), a divisão de poderes ou funções e, principalmente, a garantia dos direitos individuais (MORAIS, 1996).

Contudo, aspectos como o individualismo, o abstencionismo e o neutralismo do Estado liberal acabaram provocando enormes injustiças (SILVA, 2006, p. 15), e com “os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social”.

A atenuação da influência da classe burguesa sobre o Estado e de seu domínio sobre o poder político, foram fatores determinantes para que o antigo Estado liberal passasse por transformações superestruturais, fazendo surgir uma nova concepção de Estado, ou seja, o social (BONAVIDES, 1996). Nesse sentido, Bonavides (1996, p. 185) faz importante análise, vejamos:

À medida [...] que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa ele a ser [...] o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital.

Nesse momento, em que se busca superar a contradição entre igualdade política e a desigualdade social, ocorre, sob distintos regimes políticos, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural.

Nasce, aí, a noção contemporânea do Estado social.

A afirmação do Estado social, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, “faz predominar a concepção de que o Estado é como que uma divindade benevolente, onisciente, quase onipotente [...] apta a transformar a sociedade e o homem, tornando aquela mais justa, este mais feliz” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 40).

O Estado social antepõe um conteúdo social ao Direito, “sem renegar as conquistas e os valores impostos pelo liberalismo burguês” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 96). Com o Estado social “corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do *welfare state* neocapitalista no pós-Segunda Guerra Mundial” (p. 96, grifo do autor).

Enfim, com o Estado Social de Direito formula-se “um modelo onde o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 96).

Conforme destaca Bonavides (1996, p. 184), “o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo”. Assim,

[...] a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil desde a Revolução de 30 – bem observa Paulo Bonavides – foram ‘Estados sociais’ (SILVA, 2006, p. 116).

E, por fim, vale lembrar que um dos aspectos que marcou a transformação do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito foi a “reconceitualização de seu mecanismo básico de atuação, a lei” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 97). Nesse sentido, no Estado Social de Direito “a lei passa a ser utilizada não mais, apenas, como ordem geral e abstrata, mas, cada vez mais, apresenta-se específica e com destinação concreta” (p. 97).

Por conseguinte, com a pretensão de unir o ideal democrático ao Estado de Direito, “não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social” (MORAIS, 1996, p. 74), passou-se a desenvolver um novo conceito, ao que chamamos Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito, no século XX, transformou-se num ideal político de toda a Humanidade, “fazendo com que os regimes políticos mais variados e até contraditórios entre si afirmem ser melhores do que os demais por corresponderem mais adequadamente às exigências do Estado Democrático” (DALLARI, 2009, p. 307).

Para Crosa¹ (apud SILVA, 2006, p. 117), o Estado Democrático de Direito

[...] impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure [...] na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio de evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento.

Ao contrário do Estado Social de Direito, que se restringe “a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 97), o

¹ Emilio Crosa, autor de *Lo Stato democratico*.

conteúdo do Estado Democrático de Direito apresenta-se como “transformador da realidade” (p. 97).

Em conformidade ao aspecto referido por Crosa (apud SILVA, 2006, p. 117), Streck e Moraes (2006, p. 97-98) salientam que o conteúdo do Estado Democrático de Direito “passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade”, implicando, com a questão da democracia, “a solução do problema das condições materiais de existência”.

Moraes (1996, p. 75, grifo do autor) aponta os seguintes princípios do Estado Democrático de Direito:

- A. *Constitucionalidade*: vinculação do Estado Democrático de Direito à uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;
- B. *Organização Democrática da Sociedade* onde estão presentes os mecanismos tradicionais à democracia política, somados às possibilidades novas de participação social através de atores sociais emergentes, tais como: sindicatos, associações, etc.;
- C. *Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos*, seja como *Estado de distância*, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um *Estado antropológicamente amigo*, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;
- D. *Justiça Social* como mecanismos corretivos das desigualdades;
- E. *Igualdade* não apenas como possibilidade formal mas, também, como articulação de uma sociedade justa;
- F. *Divisão de Poderes ou de Funções*;
- G. *Legalidade* que aparece como *medida do direito*, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescrito, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;
- H. *Segurança e Certeza Jurídicas*.

Como vimos, o Estado Democrático de Direito permanece vinculado ao princípio da legalidade, através do qual “assume a forma de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, através dele, de intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 97).

A lei, portanto, mostra-se “como instrumento de transformação da sociedade não estando mais atrelada inelutavelmente à sansão ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 100).

É de grande importância salientar que o regime brasileiro da Constituição Federal de 1988 “funda-se no *princípio democrático*” (SILVA, 2006, p. 125, grifo do autor). Neste sentido, temos que

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício (SILVA, 2006, p. 119-120).

Enfim, de forma conclusiva, um conceito sobre o Estado Democrático de Direito “passa pela avaliação da eficácia e legitimidade dos procedimentos utilizados no exercício de gestão dos interesses públicos e sua própria demarcação, a partir de novos espaços ideológicos e novos instrumentos políticos de participação” (LEAL, 2001, p. 212).

Abordadas as questões conceituais relacionados ao Estado, suas transformações e sua culminância em Estado Democrático de Direito, há a necessidade, por conseguinte, de se tratar a respeito do poder do Estado, assunto que complementa e conjuga muitos dos aspectos até aqui desenvolvidos.

2.4 O Poder do Estado

Compreender o poder e suas manifestações, principalmente quando relacionado ao Estado, é tarefa interessante, pois é um tema que vem, há séculos, instigando discussões.

Como já referido no início deste trabalho, há uma necessidade dos homens viverem em sociedade, sendo que a convivência e a coexistência humana “não podem realizar-se sem forma política” (CARVALHO, 2004, p. 26). Assim, surge o Estado, como uma estrutura de organização social e política.

Entretanto, cabe aqui indagar, o que mantém viva e ativa essa ordem diretiva da sociedade? O que nos faz inclinar perante essa estrutura organizacional da sociedade e da política criada pelo homem e para o homem? Assim, como resposta, passar-se-á a tratar sobre o poder e sua relação com o Estado, na concepção de alguns autores.

Para Foucault (2006, p. 179), existem em nossa, assim como em qualquer sociedade, múltiplas relações de poder “que atravessam, caracterizam e constituem o corpo social”. Segundo o autor, submetêmo-nos pelo poder “à produção da verdade e só podemos exercê-lo através da produção da verdade” (p. 180).

A verdade a que Foucault se refere, significa “um conjunto de procedimentos regulados para a produção, a lei, a repartição, a circulação e o funcionamento dos enunciados” (2006, p. 14).

Em suma, a verdade “produz o discurso verdadeiro que decide, transmite e reproduz, ao menos em parte, efeitos de poder” (FOUCAULT, 2006, p. 180).

Já Lebrun (1999, p. 12, grifo do autor) alude existir poder “quando a *potência*, determinada por uma certa força, se explicita *de uma maneira muito precisa*. Não sob o modo da ameaça, da chantagem, etc., mas sob o modo da *ordem* dirigida a alguém que, presume-se, deve cumpri-la” (p. 12). Por *potência*, refere o autor ser “toda oportunidade de impor a sua própria vontade, no interior de uma relação social, até mesmo contra resistências, pouco importando em que repouse tal oportunidade” (p. 12), e por *força*, os meios que permitem “influir no comportamento de outra pessoa” (p. 12).

Ainda, é pertinente o exame que o autor supra referido faz a respeito da concepção de Foucault sobre o poder, vejamos:

Quando a questão é compreender como foi e continua sendo possível a resignação, quase ilimitada, dos homens perante os excessos do poder, não basta invocar as ‘disciplinas’ e as mil fórmulas de adestramento que, como mostra Foucault, são achados relativamente recentes da modernidade. Sua origem e seu sucesso talvez se derivem a um sentimento atávico dos deserdados, de serem *por natureza excluídos do poder*, estranhos a este – talvez derivem da convicção de que opor-se a ele seria loucura comparável a opor-se aos fenômenos atmosféricos (LEBRUN, 1999, p. 21, grifo do autor).

Nas palavras de Silva (2006, p. 106), o poder “é um fenômeno sócio-cultural”, e isto significa dizer que sua manifestação e sua existência estão inerentes à vida social. Fazer parte de um grupo social é conferir a este o direito de exigir o cumprimento de certos atos, ou uma conduta de acordo com a sua finalidade proposta. Também, pertencer a um grupo social, é aceitar que este pode “impor certos esforços custosos, certos sacrifícios” (p. 106). Ainda, que o grupo social pode determinar certos limites às nossas aspirações “e prescrever, às nossas atividades, certas formas” (p. 106-107). Assim, “tal é o *poder* inerente ao grupo, que se pode definir como *uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins*” (p. 107, grifo do autor).

Da mesma forma que é possível caracterizar o poder e suas manifestações em relação a um determinado grupo social, assim também o é em relação ao Estado, que para Silva (2006, p. 107) é o “grupo social máximo e total”.

O surgimento e a existência do Estado estão ligados à necessidade de resolução dos problemas sociais, “garantir segurança, fazer justiça, promover a comunicação entre os homens, dar-lhes paz e bem-estar e progresso” (MIRANDA, 1998, p. 163). E para realizar e concretizar suas finalidades, o Estado utiliza-se do poder, de um poder de decisão, “de escolher entre opções diversas, de praticar os actos pelos quais satisfaz pretensões generalizadas ou individualizadas das pessoas e dos grupos” (p. 164).

No entanto, a respeito do poder do Estado, Zippelius (1997, p. 70) faz importante observação:

Um Estado que dispõe do poder de proteger eficazmente os seus cidadãos também é suficientemente poderoso para os reprimir. Por isso, associa-se com a necessidade de um poder de Estado eficiente a exigência de que as actividades estatais se desenrolem como um acontecimento controlado que funciona por uma distribuição equilibrada de funções e conforme as regras de jogo seguras.

Segundo Bonavides (2005), ao poder ligam-se a força e a competência. O autor afirma que o poder, assentado unicamente na força, “não importa sua aparente solidez ou estabilidade, será sempre um *poder de fato*” (2005, p. 106, grifo do autor).

No entanto, o poder busca “sua base de apoio menos na força do que na competência, menos na coerção do que no consentimento dos governados,

converter-se-á então num *poder de direito*” (BONAVIDES, 2005, p. 106, grifo do autor).

Assim, conforme Bonavides (2005, p. 106), no Estado moderno verifica-se “a passagem de um poder de pessoa a um poder de instituições, de poder imposto pela força a um poder fundado na aprovação do grupo, de um poder de fato a um poder de direito”.

O autor ainda destaca a necessidade de distinguir os significados das palavras força, poder e autoridade. Neste sentido:

[...] a força exprime a capacidade material de comandar interna e externamente; o poder significa a organização ou disciplina jurídica da força e a autoridade enfim traduz o poder quando ele se explica pelo consentimento, tácito ou expresso, dos governados (quanto mais consentimento mais legitimidade e quanto mais legitimidade mais autoridade). O poder com autoridade é o poder em toda sua plenitude, apto a dar soluções aos problemas sociais. Quanto menor a contestação e quanto maior a base de consentimento e adesão do grupo, mais estável se apresentará o ordenamento estatal, unindo a força ao poder e o poder à autoridade. Onde porém o consentimento social for fraco, a autoridade refletirá essa fraqueza; onde for forte, a autoridade se achará robustecida (BONAVIDES, 2005, p. 106-107).

Com muita propriedade, Dallari (2009, p. 110, grifo do autor) aborda um aspecto interessante sobre o poder do Estado, referindo que há “quem sustente que o Estado não só *tem* um poder mas é um poder”. Nesse sentido, o autor destaca a teoria formulada por Burdeau², o qual “conceitua o Estado como a institucionalização do poder” (p. 110).

Segundo entendimento de Burdeau (apud DALLARI, 2009), da mesma forma que chefes de grupos sociais aspiram ao reconhecimento de sua legitimidade, desejam também garantir a continuidade do poder. Devido a “essa preocupação pragmática que surge o Estado, podendo-se compreender por tal processo de formação sua natureza” (2009, p.110). Portanto, conclusivamente para Burdeau, nas palavras de Dallari (2009, p. 110) “o Estado é poder, e por isso seus atos obrigam; mas ele é poder abstrato, e por isso não é afetado pelas modificações que atingem seus agentes”.

² Georges Burdeau, autor de *L'État*.

No entanto, ainda segundo a teoria formulada por Burdeau (apud DALLARI, 2009, p. 110), e “à semelhança da maioria dos autores”, o poder em si seria algo diverso do Estado, mesmo apresentando as características do poder estatal. Ou seja, partindo da concepção anteriormente referida de que o Estado, segundo Burdeau, seria a institucionalização do poder, ou melhor, o Estado seria um poder (portanto uma verdade), por outro lado, simplesmente poder não é Estado. Assim, Dallari (2009, p.110), com base na doutrina de Burdeau, refere que

[...] no Estado, o poder se reveste de características que não são encontradas em outro lugar, a saber: seu modo de enraizamento no grupo lhe dá uma originalidade que repercute na situação dos governantes e sua finalidade o liberta da arbitrariedade das vontades individuais; seu exercício, enfim, obedece a regras que limitam seu perigo.

Bonavides (2005, p. 106) afirma ser o poder um elemento essencial para a constituição do Estado, pois ele “representa sumariamente aquela energia básica que anima a existência de uma comunidade humana num determinado território, conservando-a unida, coesa e solidária”.

Semelhante entendimento é o de Miranda (1998, p. 169), o qual sustenta que “o poder é qualidade ou atributo do Estado”. Sendo o poder “condição de existência do Estado, ele aparece simultaneamente como a mais marcante das suas manifestações e encontra-se-lhe ligado por um nexo de pertença” (p. 169).

Bobbio (2007) destaca que o fenômeno do poder é algo comum tanto para o Estado como para a política. Assim, para o autor, “não há teoria política que não parta de alguma maneira, direta ou indiretamente, de uma definição de ‘poder’ e de uma análise do fenômeno do poder” (2007, p. 76-77).

Nessa linha, Silva (2006, p. 107, grifo do autor) denomina o poder do Estado como “*poder político* ou *poder estatal*”. Para o autor, em virtude da existência de um grande número de indivíduos e grupos sociais distintos que compõe a sociedade estatal, o poder político teria a função de “coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar” (p. 107).

Portanto, consoante esta última análise, percebe-se que

[...] o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, visando a ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um

mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum (SILVA, 2006, p. 107).

A respeito do poder político, Bobbio (2007, p. 82) refere que este é o “que está em condições de recorrer em última instância à força (e está em condições de fazê-lo porque dela detém o monopólio)”, e isto decorre em razão do “meio de que se serve o detentor do poder para obter os efeitos desejados”. O “meio” a que se refere o autor, está relacionado à tipologia denominada de “três poderes – econômico, ideológico e político, ou seja, da riqueza, do saber e da força” (p. 82).

O poder econômico referido é o que “se vale da posse de certos bens, necessários ou percebidos como tais, numa situação de escassez, para induzir os que não os possuem a adotar uma certa conduta, consistente principalmente na execução de um trabalho útil” (BOBBIO, 2007, p. 82). Já o poder ideológico é o que utiliza determinadas “formas de saber, doutrinas, conhecimentos, às vezes apenas de informações, ou de códigos de conduta, para exercer uma influência sobre o comportamento alheio e induzir os membros do grupo a realizar ou não realizar uma ação” (p. 82-83).

Por fim, o poder político, que pelo seu meio específico, a força, “serve para fazer entender porque é que ele sempre foi considerado como o sumo poder, isto é, o poder cuja posse distingue em toda sociedade o grupo dominante” (BOBBIO, 2007, p. 83).

Silva (2006, p. 107, grifo do autor) aponta três características fundamentais que constituem o denominado poder político: “*unidade, indivisibilidade e indelegabilidade*”. Já Bonavides (2005, p. 107) refere ser necessário considerar o poder do Estado através dos seguintes traços: “a imperatividade e natureza integrativa do poder estatal, a capacidade de auto-organização, a unidade e indivisibilidade do poder, princípio de legalidade e legitimidade e a soberania”.

A imperatividade e natureza integrativa do poder, à qual Bonavides (2005, p. 108) se refere, traduz a ideia de que “o portador do poder do Estado, do ponto de vista jurídico, não seja uma pessoa física nem várias pessoas físicas, mas sempre e indispensavelmente a pessoa jurídica, o Estado”.

Quanto ao aspecto da capacidade de auto-organização, importa dizer que “o caráter estatal de uma organização social decorre precisamente da circunstância de proceder de um direito próprio, de uma faculdade autodeterminativa, de uma autonomia constitucional” (BONAVIDES, 2005, p.108).

A indivisibilidade do poder exprime a idéia de que “somente pode haver um único titular desse poder, que será sempre o Estado como pessoa jurídica, ou aquele poder social que em última instância se exprime [...] pela vontade do monarca, da classe ou do povo” (BONAVIDES, 2005, p. 109).

A legalidade referida por Bonavides (2005, p. 111) significa “a observância das leis, isto é, o procedimento da autoridade em consonância estrita com o direito estabelecido”. Quanto à legitimidade, esta “é a legalidade acrescida de sua valoração. É o critério que se busca menos para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social que ele é chamado a disciplinar” (p. 112).

A respeito da soberania do Estado, Bonavides (2005, p. 110, grifo do autor) a qualifica como “o mais alto poder do Estado, a qualidade de poder supremo (*suprema potestas*)”. Assim, para o autor, “Estado ou poder estatal e soberania [...] coincidem amplamente. Onde houver Estado, haverá pois soberania” (2005, p. 123).

De igual forma, Silva (2006, p. 107, grifo do autor) refere que a superioridade do poder político do Estado caracteriza o que se denomina

[...] *soberania do Estado* [...] que implica, a um tempo, *independência* em confronto com todos os poderes exteriores à sociedade estatal (soberania externa) e *supremacia* sobre todos os poderes sociais interiores à mesma sociedade estatal (soberania interna).

A soberania externa referida é “a manifestação independente do poder do Estado perante outros Estados” (BONAVIDES, 2005, p. 110), ou ainda, “apenas qualidade do poder, que a organização estatal poderá ostentar ou deixar de ostentar” (p. 122). Já a soberania interna “significa o *imperium* que o Estado tem sobre o território e a população, bem como a superioridade do poder político frente aos demais poderes sociais, que lhe ficam sujeitos, de forma mediata ou imediata” (p. 110, grifo do autor).

A soberania é uma manifestação característica do Estado Moderno, sendo abordada “teoricamente por primeira vez em *Les Six Livres de la République*, de Jean Bodin, no ano de 1576” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 138, grifo do autor).

Reflete inicialmente a idéia de “absolutização e perpetuidade” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 138). Mais tarde, com Rousseau, “a soberania sai das mãos do monarca, e sua titularidade é consubstanciada no povo, tendo como limitação, apesar de seu caráter absoluto, o conteúdo do contrato originário do Estado” (p. 138). Em seguida, atribui-se a soberania “à burguesia, à nação para, já no século XIX, aparecer como emanação do poder político” (p. 138). Por fim, “será o próprio Estado, como personalidade jurídica, que deterá a titularidade da mesma, acrescentando-a como uma de suas peculiaridades” (p. 138).

Também com relação à soberania, Streck e Morais (2006, p. 139) ressaltam a necessidade de se “atentar para as novas realidades que impõem à mesma uma série de matizes, transformando-a por vezes”. Neste sentido, referem os autores que

[...] muito já se falou de seus parâmetros democráticos que implicam um efetivo controle contencioso de sua atuação. Ora, se o Estado caracteriza-se por uma organização democrática, é evidente que sua atuação fica vinculada inexoravelmente ao conteúdo mesmo da democracia e a tudo o mais que isto implica relativamente a controles públicos, limites procedimentais, garantias cidadãos etc (STRECK; MORAIS, 2006, p. 139).

Percebe-se que o processo de globalização da economia “implica uma radical mudança no perfil do Estado contemporâneo, particularmente em seu *caráter soberano*” (MORAIS, 2002, p. 530, grifo do autor), refletindo também este aspecto, implacavelmente, em um de seus principais traços, qual seja, conforme denomina Bonavides (2005, p. 107), sua “capacidade de auto-organização”.

Aprofundando-se ainda mais esta análise sobre a mudança de perfil, principalmente com relação ao caráter soberano do Estado, importante destacar o trabalho de Morais (2002, p. 530), o qual refere que “a fragilização das estruturas estatais e a perda de sua centralidade exclusivista e superior faz repensar a questão constitucional, posto que as Constituições foram sempre o reflexo da ocorrência do poder soberano dos Estados nacionais”.

Assim, “desaparecido, transformado ou minimizado o poder característico do Estado” (MORAIS, 2002, p. 531), ou seja, a soberania, percebe-se que o

“agigantamento do poder privado faz sombra à tradicional suprema potestante estatal” (p. 531), demonstrando, por vezes, a incapacidade desse poder “em reagir ou controlar as decisões tomadas alhures, ou mesmo, ter de se adaptar aos interesses e vontades do capital transnacionalizado” (p. 531).

A questão da soberania, posta em xeque em virtude do processo de globalização econômica, tem feito o Estado providenciar algumas mudanças estruturais, dentre as quais,

[...] a rever sua política legislativa, a reformular a estrutura de seu direito positivo, a redimensionar a jurisdição de suas instituições judiciais, mediante amplas e ambiciosas estratégias de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, implementadas paralelamente à promoção da ruptura dos monopólios públicos (MORAIS, 2002, p. 531, grifo do autor).

Portanto, concluindo-se esta breve análise quanto aos aspectos referidos à soberania, nota-se o surgimento, como consequência disso tudo, de uma certa “flexibilização [...] do constitucionalismo, em sentida fragilização das conquistas sociais obtidas ao longo de séculos de luta cidadã” (MORAIS, 2002, p. 531, grifo do autor).

Seguindo com as observações pertinentes ao poder do Estado, principalmente quanto à sua qualificação, Dallari (2009, p. 112) destaca haver, além dos que o consideram como poder político, “incondicionado e preocupado em assegurar sua eficácia, sem qualquer limitação”, uma corrente doutrinária oposta que o classifica como poder jurídico, “nascido do direito e exercido exclusivamente para a consecução de fins jurídicos” (p. 112). Nesse sentido, destaca-se Hans Kelsen como o maior representante desta corrente doutrinária. Dallari (2009, p. 112), com base na doutrina de Kelsen, refere que:

Embora em sua concepção o Estado seja uma realidade normativa, observa ele que, não raro, o ‘ordenado’ desloca a ordenação, e o objeto desta se torna autônomo perante a própria ordem. Foi por esse caminho que o Estado deixou de ser concebido como uma ordem da conduta humana, uma ordenação de homens, para ser visto como os próprios homens que coexistem, submetidos a certa regulação. Dessa forma o Estado foi deslocado do reino normativo para o do natural e causal, surgindo uma conceituação que permite falar-se em elementos constitutivos.

No entanto, Dallari (2009, p. 112) salienta que Kelsen é contrário a esta orientação, apesar de reconhecer “que ela é absolutamente predominante,

procurando, então, através dela, demonstrar a permanente presença do jurídico nos três elementos constitutivos geralmente enumerados, que são: o território, o povo e o poder (autoridade)".

Assim, é relevante a leitura da crítica de Kelsen (1998a, p. 364-365) em relação à classificação do poder como elemento constitutivo do Estado:

Costuma-se classificar o poder do Estado como sendo o seu, assim chamado, terceiro elemento. Pensa-se no Estado como um agregado de indivíduos, um povo, que vive dentro de certa parte delimitada da superfície da Terra e que está sujeito a certo poder: um Estado, um território, um povo, um poder. Diz-se que a soberania é a característica definidora desse poder. Embora se sustente que a unidade do poder é tão essencial quanto a unidade do território e do povo, pensa-se, não obstante, que é possível distinguir três diferentes poderes componentes do Estado: o poder legislativo, o executivo e o judiciário.

A palavra 'poder' tem significados diferentes nesses diferentes usos. O poder do Estado ao qual o povo está sujeito nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo. O 'poder' do Estado deve ser a validade e a eficácia da ordem jurídica nacional, caso a soberania deva ser considerada uma qualidade desse poder. Porque a soberania só pode ser a qualidade de uma ordem normativa na condição de autoridade que é a fonte de obrigações e direitos. Quando, por outro lado, se fala dos três poderes do Estado, o poder é compreendido como uma função do Estado, sendo distinguidas três funções do Estado.

Em suma, Kelsen (apud DALLARI, 2009, p. 113, grifo do autor) sustenta existir uma ordem jurídica na base de toda a vida social, e, neste entendimento, "o verdadeiro sentido de *poder ou dominação estatal* não é o de que uns homens estão submetidos a outros, mas sim o de que todos os homens estão submetidos às normas".

Aprofundando também a análise do poder do Estado, definindo a instituição do poder como um fenômeno jurídico, Miranda (1998, p. 163) refere que:

O Estado surge em virtude de se instituir um poder que transforma uma coletividade em povo. Esta instituição é (como salientamos), um fenômeno jurídico – ainda quando nasce à margem de actos previstos em normas ordenadas a esse resultado; e a própria criação revolucionária do poder é portadora de juridicidade plena, pois que não só define relações jurídicas entre os cidadãos como se funda no Direito natural ou, se se preferir, na ideia do Direito dominante na colectividade em certa circunstância.

Portanto, encerrando a análise do poder do Estado, Dallari (2009, p. 114) atesta que "assim como não se pode admiti-lo como estritamente político, não há como sustentar que seja exclusivamente um poder jurídico". Nesse sentido, para o

autor, “mesmo que o poder se apresente com a aparência de mero poder político, procurando ser eficaz na consecução de objetivos sociais, sem preocupação com o direito, ele já participa, ainda que em grau mínimo, da natureza jurídica” (p. 115).

Enfim, no momento em que o poder do Estado “tiver atingido o grau máximo de juridicidade [...] ele continuará a ser, igualmente, poder político, capaz de agir com plena eficácia e independência para a consecução de objetivos não-jurídicos” (DALLARI, 2009, p. 115).

Assim, esgotada a análise do poder e suas manifestações em relação ao Estado, tem-se as bases e os pressupostos necessários para a compreensão da teoria da separação de poderes do Estado, assunto que também merece ser devidamente tratado neste capítulo.

2.5 A separação dos poderes e funções do Estado

2.5.1 Aspectos históricos e precursores do princípio da separação dos poderes

A teoria ou princípio da separação dos poderes foi organizada, alcançando, posteriormente, grande difusão, “numa época em que se buscava preservar os direitos individuais, mediante a limitação do poder político, que, ao se abster, concorria para o exercício da liberdade: a um mínimo de Estado corresponderia um máximo de liberdade” (CARVALHO, 2004, p. 110).

É preciso, entretanto, conhecer, primeiramente, os antecedentes históricos para uma melhor compreensão do porquê ter surgido essa teoria e sua importância para o Estado.

Antes da concepção do Estado liberal, o demasiado poder político da monarquia absoluta era uma característica predominante na Europa continental, principalmente na França. Esse excessivo poder político da monarquia absoluta “pesava sobre todas as camadas sociais interpostas entre o monarca e a massa de súditos” (BONAVIDES, 2005, p. 134). As camadas sociais referidas, compreendiam “a burguesia comercial e industrial ascendente, a par da nobreza, que por seu turno

se repartia entre nobres submissos ao trono e escassa minoria de fidalgos inconformados com a rigidez e os abusos do sistema político vigente” (p. 134).

A soberania do monarca, ou melhor, seu poder absoluto e supremo, conhece seu apogeu e consolidação no século XVII. Assim, “com a soberania se chegara pois à solução política da existência do Estado moderno, distinto do antigo Estado medievo” (BONAVIDES, 2005, p. 135).

No entanto, o poder soberano do monarca revelava alguns traços e manifestações, que, mais tarde, como é sabido, passaram a ensejar mudanças estruturais no Estado. Dentre esses traços e manifestações destacam-se que:

O poder soberano do monarca se extraviara dos fins requeridos pelas necessidades sociais, políticas e econômicas correntes, com os quais perdera toda a identificação legitimativa. Mudaram aqueles fins por imperativo de necessidades novas e todavia a monarquia permanecera em seu caráter habitual de poder cerrado, poder pessoal, poder absoluto da coroa governante. Como tal, vai esse poder pesar sobre os súditos. Invalidado historicamente, serve-se tão-somente aos abusos pessoais da autoridade monolítica do rei (BONAVIDES, 2005, p. 135).

Assim, diante desses aspectos, formaram-se os pressupostos necessários para as mudanças estruturais profundas no Estado moderno, tanto no campo social, político e econômico, com vistas a postular “um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica” (BONAVIDES, 2005, p. 136).

Com o surgimento do Estado liberal, aflora também a ideia da separação dos poderes, “com a intenção de enfraquecer o poder do Estado, complementando a função limitadora exercida pela Constituição” (DALLARI, 2009, p. 219).

A separação dos poderes passa a ser colocada, então, como um dogma. Neste sentido, destaca-se “na França, o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: ‘Toda sociedade em que a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição’” (CARVALHO, 2004, p. 110). Anota-se também que “na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, consta do parágrafo 5º ‘que os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário’” (DALLARI, 2009, p. 220).

A sistematização moderna da teoria ou princípio da separação dos poderes é conferida a Montesquieu, a qual “foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos” (DALLARI, 2009, p. 216). Neste sentido, Montesquieu (1996, p. 168) refere em sua obra *O Espírito das Leis* que

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo da magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Mais tarde, conforme aponta Dallari (2009, p. 216), a teoria da separação dos poderes “seria desenvolvida e adaptada a novas concepções, pretendendo-se [...] também o objetivo de aumentar a eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados”.

Importante destacar que, apesar dessas considerações iniciais, a teoria da separação dos poderes “conheceu todavia precursores, já na Antigüidade, já na Idade Média e tempos modernos” (BONAVIDES, 2005, p. 136).

Refere-se a Aristóteles como “o antecedente mais remoto da separação de poderes” (DALLARI, 2009, p. 217), “o seu precursor” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 180).

Segundo Dallari (2009, p. 217), Aristóteles considerava “injusto e perigoso atribui-se a um só indivíduo o exercício do poder”. Assim, “distinguiu Aristóteles a assembléia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário” (BONAVIDES, 2005, p. 136).

Contudo, não se buscou em Aristóteles a inspiração para a concepção moderna da teoria da separação dos poderes. Essa teoria foi sendo construída gradativamente ao longo do processo histórico de “desenvolvimento do Estado e em função dos grandes conflitos político-sociais” (DALLARI, 2009, p. 218).

Assim, no ano de 1324, “Marsílio de Pádua no *Defensor Pacis* já percebera a natureza das distintas funções estatais” (BONAVIDES, 2005, p. 136, grifo do autor).

Por conseguinte, “a Escola de Direito Natural e das Gentes, com Grotius, Wolf e Puffendorf, ao falar em *partes potentiales summi imperii*, se aproximara bastante da distinção estabelecida por Montesquieu” (p. 136, grifo do autor).

Conforme informações constantes na obra O Príncipe, de Maquiavel, já no começo do século XVI “se encontravam na França três poderes distintos: o legislativo (Parlamento), o executivo (o rei) e um judiciário independente” (DALLARI, 2009, p. 218).

Com a obra de John Locke, no século XVII, “é que vai surgir, entretanto, uma primeira sistematização doutrinária da separação de poderes” (DALLARI, 2009, p. 218).

Salienta-se que, com Locke, esboça-se perfeitamente o aspecto da “separação dos poderes” (GRAU, 2003, p. 228, grifo do autor). Mas, para Locke, “embora visualize três tipos de poder, a separação que surge como conveniente e viável é a que se operaria entre o Legislativo, de um lado, e o Executivo e o Federativo, de outro” (p. 228, grifo do autor). Propõe o pensador, então, “uma separação dual – e não tríplice – entre os três poderes que descreve” (p. 228, grifo do autor).

Além de assinalar a distinção entre os três poderes, ou seja, executivo, legislativo e judiciário, Locke “reporta-se também a um quarto poder: a prerrogativa” (BONAVIDES, 2005, p. 136), o qual “compete ao príncipe, que terá também a atribuição de promover o bem comum onde a lei for omissa ou lacunosa” (p. 137).

Importante registrar que Locke, opondo-se, categoricamente, contra o absolutismo sustentado por Thomas Hobbes, não julgou “anormal o reconhecimento de uma esfera de poder discricionário do governante, sem atentar para a circunstância de que o bem público, impossível de ser claramente definido, sempre seria um bom pretexto para as decisões absolutistas” (DALLARI, 2009, p. 218-219).

Locke é considerado quase tão moderno quanto Montesquieu, embora seja menos afamado do que este, no tocante à separação dos poderes (BONAVIDES, 2005).

Foi com Montesquieu, contudo, em sua obra *O Espírito das Leis*, do ano de 1748, “que emergiu a percepção de uma tripartição (Executivo, Legislativo e Judiciário) de funções como ‘poderes’ independentes entre si. Entretanto, permanecem obscuras as atribuições de cada um deles” (STRECK; MORAIS, 2006, P. 180).

Importa registrar aqui, também, as concepções políticas de Henry Bolingbroke e David Hume, segundo as quais “através do freio e controlo dos poderes, mediante um equilíbrio de forças, se asseguraria um governo liberal” (ZIPPELIUS, 1997, p. 408).

E, por fim, conforme ressalta Bonavides (2005, p. 140), a teoria, ou princípio, da separação dos poderes “teve também excelente acolhida na obra do filósofo alemão Kant”. Para o autor, Kant estabeleceu “um silogismo da ordem estatal em que o legislativo se apresenta como a premissa maior, o executivo, a premissa menor e o judiciário, a conclusão” (p. 140).

No entanto, apesar de feitos todos estes destaques em relação aos aspectos históricos e precursores da teoria ou princípio da separação dos poderes, há de ser abordada, especificamente, a doutrina desenvolvida por Montesquieu, devido ao seu significado e legado histórico.

2.5.2 A doutrina de Montesquieu

A técnica da separação dos poderes, criada na obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu, “resume o princípio constitucional de maior voga e prestígio de toda a idade liberal” (BONAVIDES, 2005, p. 137).

Quanto à estrutura técnica do livro, Leal (2001, p. 141) refere que a obra de Montesquieu deixa a desejar, “pois falta-lhe unidade de exposição, voltando ao mesmo assunto em partes distintas; trata porém com certa clareza os conceitos que utiliza”.

Este autor refere, ainda, ter Montesquieu preocupado-se em ofertar instrumentos de garantia de liberdade e direito, “e isso se vislumbra com facilidade,

porque ele escreve para uma França prostrada pelo absolutismo decadente da regência de Filipe de Orleans e Luís XV” (LEAL, 2001, p. 140).

Montesquieu, ao sistematizar a teoria da separação dos poderes, refere-se à Constituição da Inglaterra como “exemplo vivo relativo à prática daquele princípio de organização política” (BONAVIDES, 2005, p. 137). No entanto, naquele país registra-se o nascimento de uma experiência parlamentar de governo, o que revela “haver Montesquieu cometido equívoco fundamental” (p. 137).

Mas, quanto a este aspecto, salienta Bonavides (2005, p. 137) que “se erro houve, esse erro há de ter sido poderoso e mais rígido de proteção e garantia das liberdades individuais, a saber, a separação de poderes”.

A respeito da técnica da separação dos poderes, Grau (2000, p. 171, grifo do autor) expõe que a “construção de Montesquieu [...] não cogita de uma efetiva *separação* de poderes, mas sim de uma *distinção* entre eles, que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio”.

Em suma, a sistematização da separação dos poderes é produto de uma reflexão política de Montesquieu a respeito do conceito de liberdade, “cujas distintas acepções o autor de *Do Espírito das Leis* investiga” (BONAVIDES, 2005, p. 138, grifo do autor).

Registra-se que a concepção da separação dos poderes, formulada por Montesquieu, foi bem aceita pelos intelectuais da época, inclusive sendo lembrada e mencionada pelas principais cartas políticas do Ocidente (LEAL, 2001). Neste sentido, cabe elencar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Constituição Americana, “passando pelas cartas francesas da Restauração e da Revolução Liberal de 1814 e 1830, e pelas constituições da Alemanha, Bélgica, Holanda, Espanha, Áustria, Itália, Dinamarca e Noruega” (LEAL, 2001, p. 144).

Adentrando no conteúdo doutrinário acerca da teoria da separação dos poderes, percebe-se que Montesquieu distingue, em cada Estado, três espécies de poderes: “o poder legislativo, o poder executivo (poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, segundo sua terminologia) e o poder judiciário

(poder executivo das coisas que dependem do direito civil)” (BONAVIDES, 2005, p. 138-139), sendo que para cada um desses poderes cabem funções específicas.

Por meio do poder legislativo “fazem-se leis para sempre ou para determinada época, bem como se aperfeiçoam ou ab-rogam as que já se acham feitas” (BONAVIDES, 2005, p. 139). O poder executivo é ocupado pelo “príncipe ou magistrado (os termos são de Montesquieu) da paz e da guerra, envia e recebe embaixadores, estabelece a segurança e previne as invasões” (p. 139). E, por fim, o judiciário “dá ao príncipe ou magistrado a faculdade de punir os crimes ou julgar os dissídios da ordem civil” (p. 139).

Montesquieu não deteve-se apenas ao aspecto de caracterizar e teorizar cada um dos três poderes, mas “engendrou do mesmo passo a técnica que conduziria ao equilíbrio dos mesmos poderes” (BONAVIDES, 2005, p. 140). Assim, o pensador francês “sugere não a divisão ou *separação*, mas o *equilíbrio* entre três poderes distintos – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (GRAU, 2003, p. 233, grifo do autor).

Os poderes legislativo, executivo e judiciário são “compelidos a atuar ‘de concerto’, harmônicos, e [...] antecipam já a chamada técnica dos *checks and balances*, dos pesos e contrapesos, desenvolvida posteriormente por Bolingbroke, na Inglaterra, durante o século XVIII” (BONAVIDES, 2005, p. 140, grifo do autor).

A técnica dos *checks and balances*, ou sistema de freios e contrapesos, como forma de equilíbrio e harmonia entre os três poderes do Estado, constitui-se em assunto importante ao presente estudo e cuja análise se fará, especificamente, a seguir.

2.5.3 O sistema de freios e contrapesos: *checks and balances*

Importante destacar, primeiramente, que, segundo doutrina de Dallari (2009, p. 217, grifo do autor), “existe uma relação muito estreita entre as idéias de *poder* e *função* do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma *distribuição de funções*”.

O autor refere haver uma grande importância prática para esta diferenciação, sustentando que

[...] quando se pretende desconcentrar o poder, atribuindo o seu exercício a vários órgãos, a preocupação maior é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for a concentração do poder, maior será o risco de um governo ditatorial. Diferentemente, quando se ignora o aspecto do poder para se cuidar das funções, o que se procura é aumentar a eficiência do Estado, organizando-o da maneira mais adequada para o desempenho de suas atribuições. E pode muito bem ocorrer que se conclua ser mais conveniente em certo momento e num Estado determinado, concentrar as funções em menor número de órgãos, o que iria entrar em choque com o princípio da separação de poderes (DALLARI, 2009, p. 217).

Utilizando-se do termo função, e não poder, Carvalho (2004, p. 111) refere que não há uma “exclusividade desta ou daquela função desempenhada por um órgão ou complexo de órgãos do Estado”, e sim, uma predominância de funções. Portanto, “os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário exercitam as funções legislativa, executiva ou administrativa, e jurisdicional, em caráter predominante e não exclusivo” (p. 111).

Neste mesmo sentido, Aragão (2001, p. 31) refere que a separação dos poderes “não pode levar à assertiva de que cada um dos respectivos órgãos exercerá necessariamente apenas uma das três funções tradicionalmente consideradas – legislativa, executiva e judicial”.

Ainda, Carvalho (2004, p. 111) sustenta haver uma “interpenetração ou interdependência de Poderes”, ao invés de separação ou independência de poderes.

Todas estas considerações fazem referência, portanto, ao que se denomina de sistema de freios e contrapesos, ou *checks and balances*, “significando a tentativa de se estabelecer um mecanismo de controle recíproco entre os chamados três Poderes, para fins de salvaguarda da liberdade” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 181).

Dallari (2009, p. 222) destaca que “a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais”.

No entanto, como referido anteriormente, a separação dos poderes constituiu-se num dogma, “aliado à idéia de democracia, daí decorrendo o temor de afrontá-la expressamente” (DALLARI, 2009, p. 222). Em virtude disso, procura-se manter uma aparente separação de poderes, contudo, buscando-se “outras soluções que permitam aumentar a eficiência do Estado” (p. 222). Dentre essas soluções, cabe destacar “a delegação de atribuições de um a outro órgão ou a redistribuição constitucional de competências” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 181).

Esgotada a abordagem de todas as questões relacionadas à teoria ou princípio da separação dos poderes, cumpre examinar, por fim, seu significado histórico e avaliar seus contornos atuais.

2.5.4 Reavaliação do princípio da separação dos poderes

A separação dos poderes constituiu-se num mecanismo historicamente necessário, se analisado sob o ponto de vista de que este foi o meio pelo qual deteve-se o poder do Estado absolutista. No entanto, assevera Bonavides (2005, p. 146) que

[...] cessaram as razões de sustentar [...] um princípio que logicamente paralisava a ação do poder estatal e criara consideráveis contra-sensos na vida de instituições que se renovam e não podem conter-se, senão contrafeitas, nos estreitíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada.

Diante dos novos contornos assumidos pelo Estado, suas funções vêm sofrendo transformações (STRECK; MORAIS, 2006). Observam-se estas transformações

[...] com os primeiros sinais do intervencionismo estatal, próprias do Estado Social (Contemporâneo), já ocorreram sensíveis alterações na esfera de tensão do Poder Legislativo para o Poder Executivo. Já no Estado Democrático de Direito, próprio do constitucionalismo do pós-guerra, tem-se nitidamente o deslocamento dessa esfera de tensão, passando do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, mormente nos países com Constituições dirigentes, onde os Tribunais Constitucionais proporcionam aquilo que muitos autores chamam de “juridicização da política” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 179).

Karl Loewenstein (apud ARAGÃO, 2001, p. 31), ao analisar a questão da separação dos poderes sob um enfoque atual, esclarece que “o princípio da

necessária separação das funções estatais [...] não é nem essencial para o exercício do poder político, nem se apresenta como uma verdade evidente e válida para todo tempo”. Refere o constitucionalista que “o descobrimento ou invenção da teoria da separação de funções foi determinado pelo tempo e pelas circunstâncias como um protesto ideológico do liberalismo político contra o absolutismo da monarquia nos séculos XVII e XVIII” (p. 31).

Segundo Grillo (1994, p. 117), a teoria da separação dos poderes fora concebida para proteger e garantir a liberdade individual, constituindo-se também num “modo de evitar a concentração de poderes nas mãos do executivo ou do legislativo”. Entretanto, “a longa vida da teoria da separação dos poderes tem demonstrado que essa concentração surge, inúmeras vezes e, nos dias atuais, está sempre nas mãos do executivo” (p. 117).

Assim, a teoria da separação dos poderes “nem sempre tem conseguido impedir que surja a concentração de poderes” (GRILLO, 1994, p. 119), ficando isso claramente evidenciado se analisarmos a história política brasileira, pois a “hipertrofia do executivo [...] tem provado isso” (p. 119).

É sob esses vários aspectos tratados neste capítulo, especificamente relacionado ao Estado, que se procederá, por conseguinte, ao estudo da Administração Pública, nos seus itens subseqüentes, desenvolvendo-se, desta forma, os fundamentos para a compreensão do tema proposto neste trabalho.

3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Conceito de Administração Pública

No capítulo anterior, ao abordar-se a questão da separação de poderes, destacou-se a existência de uma estreita relação entre as ideias de poder e função do Estado. Inclusive, fez-se referência ao entendimento doutrinário de que “o que existe de fato é apenas uma *distribuição de funções*” (DALLARI, 2009, p. 217, grifo do autor).

Com base nesse entendimento, será analisada, no presente capítulo, uma específica função do Estado, qual seja, a função administrativa, também chamada de atividade administrativa.

Cabe ressaltar, inicialmente, que é o Poder Executivo quem desempenha preponderantemente a função ou atividade administrativa. No entanto, Justen Filho (2005, p. 90) lembra que “todos os Poderes exercitam funções administrativas”, e que para desempenhar estas funções, “são criadas organizações estatais, indicadas normalmente por meio da expressão ‘Administração Pública’” (p. 90).

Assim, Administração Pública é uma expressão que se estende a “todos os entes e sujeitos exercentes de funções administrativas, ainda que o façam de modo secundário e acessório” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 90).

A função ou atividade administrativa está relacionada a um “*múnus público* para quem a exerce” (GASPARINI, 2007, p. 56, grifo do autor), significando “encargo de guarda, conservação e aprimoramento dos bens, interesses e serviços da coletividade, que se desenvolve segundo a lei e a moralidade administrativa” (p. 56).

Com relação a origem etimológica da palavra administração, Gasparini (2007, p. 44, grifo do autor) faz referência a “*manus, mandare*, cuja raiz é *man*”, destacando ser-lhe “natural a idéia de comando, orientação, direção e chefia, ao lado da noção de subordinação, obediência e servidão, se se entender sua origem ligada a *minor, minus*, cuja raiz é *min*” (p. 44, grifo do autor). Ainda, para o autor, com relação a expressão administração pública, “se grafada em minúsculas [...], indica atividade administrativa ou função administrativa; se registrada em maiúsculas (Administração Pública), significa Estado” (p. 44-45).

Segundo entendimento de Medauar (2006, p. 45), “sempre houve dificuldade de fixar com precisão o conceito de Administração Pública”. Isto porque, para a autora, a Administração Pública apresenta-se como uma estrutura complexa e com um caráter multiforme de atuações.

Este mesmo entendimento é exposto por Meirelles (2006, p. 84, grifo do autor), quando diz que “o *conceito de administração pública* não oferece contornos bem definidos, quer pela diversidade de sentidos da própria expressão, quer pelos diferentes campos em que se desenvolve a atividade administrativa”.

Medauar (2006, p. 44), apesar de considerar difícil o estabelecimento de um conceito, ensina que a Administração Pública “como objeto precípua do direito administrativo encontra-se inserida no Poder Executivo”. Ainda, para a autora, a Administração Pública pode ser considerada sob os ângulos funcional e organizacional:

No aspecto funcional, *Administração Pública* significa um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população, como, por exemplo, ensino público, calçamento de ruas, coleta de lixo. [...] Sob o ângulo organizacional, *Administração Pública* representa o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo [...]

pensa-se, por exemplo, em ministérios, secretarias, departamentos, coordenadorias etc (MEDAUAR, 2006, p. 44, grifo do autor).

Registra-se também a possibilidade de interpretação da expressão Administração Pública numa acepção subjetiva, significando “o conjunto de pessoas, públicas e privadas, e de órgãos que exercitam atividade administrativa” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 90); num sentido objetivo, caracterizando-se como “o conjunto dos bens e direitos necessários ao desempenho da função administrativa” (p. 90); e sob um enfoque funcional, evidenciando “uma espécie de atividade, caracterizada pela adoção de providências de diversa natureza, visando à satisfação imediata dos direitos fundamentais” (p. 90).

Interessante destacar, ainda, a possibilidade de relacionar-se a ideia de administrar em relação a “planejar” e “executar”. Nesse sentido, para Di Pietro (2002, p. 54, grifo do autor), a Administração Pública, em conceito amplo e subjetivamente considerada,

[...] compreende tanto os órgãos **governamentais**, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os **órgãos administrativos**, subordinados, dependentes (Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe executar os planos governamentais.

Já a Administração Pública, em sentido amplo, entretanto objetivamente considerada, para Di Pietro (2002, p. 54, grifo do autor), “compreende a **função política**, que traça as diretrizes governamentais e a **função administrativa**, que as executa”; em sentido estrito e sob um enfoque subjetivo, compreende somente os órgãos administrativos (excluídos os órgãos governamentais); e sob um enfoque objetivo, somente a função administrativa (excluída a função política).

Diante desses aspectos, é possível compreender no que se constitui a Administração Pública, embora, segundo a doutrina acima referida, haja dificuldade de estabelecer-se um conceito preciso e bem definido sobre o tema.

No entanto, há ainda uma distinção fundamental a ser feita, qual seja, entre Administração Pública e Governo, o que será analisado a seguir e que contribuirá para um melhor entendimento do tema deste capítulo.

3.2 Administração Pública e Governo

Administração Pública e Governo expressam conceitos distintos, embora sejam “termos que andam juntos e muitas vezes confundidos” (MEIRELLES, 2006, p. 64).

Medauar (2006, p. 46) esclarece que o termo Governo vem sendo associado, modernamente, ao Poder Executivo e que a Administração relaciona-se fundamentalmente “a esse conjunto orgânico”. Diante dessa questão, é imprescindível, para a autora, “esclarecer se ambos se diferenciam ou se identificam” (p. 46). Assim, “o governo é dotado de função primordialmente política e fixa as diretrizes da vida associada” (p. 46-47), sendo seu papel fundamental o de tomar decisões essenciais à vida coletiva. Já à Administração cabe o cumprimento das diretrizes do governo, realizando, para tanto, as “tarefas cotidianas e simples” (p. 46). Em suma, “a Administração apareceria como dependente do governo ou submetida às diretrizes do governo” (p. 47).

Ao estabelecer uma diferenciação entre Administração Pública e Governo, Di Pietro (2002, p. 56) refere existir, em relação a este último, uma função política, ou uma função de governo, a qual

[...] implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade da soberania estatal.

Nesse sentido, Di Pietro (2002, p. 56) destaca serem “os atos decisórios que implicam a fixação de metas, de diretrizes ou de planos governamentais” alguns dos exemplos que se incluem na função política, sendo os mesmos executados, por conseguinte, pela Administração Pública, através de sua característica função administrativa.

Meirelles (2006, p. 64) aborda o Governo sob os sentidos formal, material e operacional, entendendo ser, assim, pelo sentido formal, “o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais”; pelo sentido material, “o complexo de funções estatais básicas” (p. 64); e pelo sentido operacional, “a condução política dos negócios públicos” (p. 64).

Desta forma, reunido sob estes sentidos, o Governo “atua mediante atos de Soberania ou, pelo menos, de autonomia política na condução dos negócios públicos” (MEIRELLES, 2006, p. 64). Ainda, o Governo “é a atividade política e discricionária”, ao contrário de Administração, que “é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica” (p. 65).

Medauar (2006, p. 47) destaca ocorrer, a respeito do governo, por vezes, a sua “atuação de impulso – por exemplo, na opção por determinada política econômica, na tomada de posição em questão internacional”.

Já quanto à Administração Pública, Meirelles (2006, p. 64) igualmente a aborda sob os sentidos formal, material e operacional, compreendendo ser, dessa forma, pelo sentido formal, “o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo”; pelo sentido material, “o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral” (p. 64); e pelo sentido operacional, “o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade” (p. 64).

Importante atentar-se ao fato de que a Administração Pública “não pratica atos de governo [...] tão-somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes” (MEIRELLES, 2006, p. 65, grifo do autor). No Direito Administrativo, esses atos de execução são denominados de atos administrativos, sobre os quais se fará uma abordagem específica no decorrer deste capítulo.

Portanto, diante dos aspectos acima expostos, não é possível estabelecer-se uma rigorosa separação entre Governo e Administração Pública. Nesse sentido, como bem lembra Medauar (2006, p. 47), no Brasil, na atuação prática do Poder Executivo, “ocorre, em geral, um emaranhado de governo e Administração, o que, segundo alguns, permite evitar um governo puramente político e uma Administração puramente burocrática”.

Assim, feitas essas considerações, buscar-se-á, a seguir, delimitar o âmbito de ação da Administração Pública através da análise de seus princípios básicos, os quais servem como instrumentos de orientação para a gestão dos negócios estatais.

3.3 Princípios da Administração Pública

A Administração Pública rege-se por normas para a realização de suas atividades. No entanto, além das especificidades das normas em relação a cada matéria do Direito Administrativo, existem ainda preceitos gerais, denominados de princípios, os quais, para Medauar (2006, p. 121), “informam amplos campos de atuação”.

Neste mesmo sentido, conforme Carvalho Filho (2008, p. 16), os “princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública”.

Assim, conceitualmente, entende-se por princípio:

[...] o critério ou a diretriz basilar de um sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas (FREITAS, 1998, p. 47, grifo do autor).

Importante destacar que o Direito Administrativo não é codificado e, em virtude disso, os princípios da Administração Pública “representam papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração” (DI PIETRO, 2002, p. 67).

Os princípios podem estar explícita ou implicitamente positivados. Neste sentido, Fazzio Júnior (2007, p. 3), ao analisar os princípios explícitos e implícitos sob o aspecto de sua imperiosidade, refere que os mesmos “devem ser lidos como vinculantes da Administração Pública, isto é, devem ser observados pelos órgãos e entidades que prestam serviços públicos no país”.

Há de se referir, também, uma característica fundamental dos princípios, e que serve para diferenciar estes em relação às normas, qual seja, seu grau hierárquico superior. Assim, incumbem às normas, “entendidas como preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores, harmonizar-se com tais princípios conformadores” (FREITAS, 1998, p. 48).

A Constituição Federal de 1988 elenca expressamente em seu art. 37, *caput*, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, alguns desses princípios:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

Além dos preceitos do art. 37, *caput*, da Constituição, importante destacar também, os inúmeros princípios trazidos pela doutrina de Direito Administrativo, dentre os quais cabe destacar o da supremacia do interesse público, da razoabilidade, da proporcionalidade e da motivação, que se constituem de extrema relevância para o tema proposto e que também merecem abordagem.

3.3.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é característico do Estado de Direito, pois o mesmo qualifica e confere identidade própria a esse tipo de Estado. Assim, a legalidade constitui-se no princípio fundamental do regime jurídico-administrativo, “já que o Direito Administrativo [...] nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei” (MELLO, 2001a, p. 71).

Tem-se com o princípio da legalidade a inteira submissão da Administração Pública às leis, sendo seu dever “obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática” (MELLO, 2001a, p. 72).

Importante destacar que todo o agente público também deve submeter-se ao princípio da legalidade e à obediência irrestrita às leis. Caso contrário, “qualquer desvio de sua competência pode invalidar o ato e tornar o seu autor responsável, conforme o caso, *disciplinar, civil e criminalmente*” (GASPARINI, 2007, p. 8, grifo do autor).

Meirelles (2006, p. 88), com muita propriedade, refere que na Administração Pública “não há liberdade nem vontade pessoal”, e isto significa dizer que a Administração Pública somente pode fazer o que a lei autoriza, enquanto que, ao contrário, “na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe” (p. 88).

Quanto a esse aspecto, interessante destacar a referência que Di Pietro (2001) faz em relação ao princípio da legalidade, afirmando ser este o que mais sofre embates em virtude da reforma da Administração Pública. Nesse sentido, para os teóricos da reforma, a legalidade,

[...] no sentido em que vem sendo entendida – *a Administração só pode fazer o que a lei permite* – impede ou dificulta a introdução do gerenciamento na Administração Pública, já que este repousa sobre as idéias de maior **autonomia** e maior **responsabilidade** para os dirigentes de órgãos públicos e entidades da Administração Indireta, substituindo controles formais por controles de resultado (DI PIETRO, 2001, p. 57-58, grifo do autor).

Assim, para se implantar o gerenciamento da Administração Pública, seria necessário conferir-se a esta um maior grau de liberdade de decisão (DI PIETRO, 2001).

Importa referir, também, que a lei, além de ser um suporte jurídico-político, configura-se, ao mesmo tempo, como um limite do exercício administrativo. Nesse sentido, “se o Poder Público se impõe limites, em face dos direitos dos administrados, a lei lhe confere a medida sob a qual exercita os serviços que justificam sua existência jurídica” (FAZZIO JÚNIOR, 2007, p. 7).

Por fim, a respeito da legalidade, Maffini (2008, p. 41) faz importante observação, referindo que, atualmente, “não se mostra adequado considerá-la o único elemento componente da validade da ação administrativa”. Ainda, destaca o autor que “após a vigência da Constituição Federal de 1988, doutrina e jurisprudência vem convergindo num sentido mais amplo da noção de legalidade administrativa enquanto primazia da lei e do Direito” (p. 41).

Nesse sentido, além de analisar a ação administrativa com base na lei para que seja julgada válida, também é necessário analisá-la, por exemplo, sob o prisma da moralidade, razoabilidade, proporcionalidade etc., princípios esses a serem abordados a seguir.

3.3.2 Princípio da impessoalidade

Quanto ao princípio da impessoalidade, refere Di Pietro (1999, p. 64) estar este “dando margem a diferentes interpretações”. Assim, para a autora, o princípio da impessoalidade da Administração Pública “tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração” (p. 64).

No primeiro sentido, segundo Mello (2001a, p. 84), o princípio da impessoalidade “traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimementosas”.

Semelhante entendimento é o de Carvalho Filho (2008, p. 17), o qual refere que o princípio da impessoalidade “objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia”.

Ainda, na lição de Gasparini (2007, p. 9), o propósito deste princípio é “quebrar o velho costume do atendimento do administrado em razão de seu prestígio ou porque a ele o agente público deve alguma obrigação”.

Já no segundo sentido, segundo José Afonso da Silva (apud DI PIETRO, 1999, p. 64, grifo do autor), o princípio da impessoalidade significa que

os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal. [...] as realizações governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira. A própria Constituição dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no § 1º do artigo 37, proíbe que conste **nome, símbolos ou imagens** que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.

Em suma, o princípio da impessoalidade significa “que a Administração Pública deve agir de modo a desconsiderar, em princípio, as características pessoais, seja dos administrados, destinatários da função administrativa, seja dos administradores” (MAFFINI, 2008, p. 42), ou melhor, deve agir de maneira mais objetiva, sem discriminações ou favorecimento de interesses pessoais.

3.3.3 Princípio da moralidade

Além do dever de obediência da Administração Pública à lei, como anteriormente referido, deve a mesma inclinar-se também diante da moral e da ética, pois “nem tudo que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos” (GASPARINI, 2007, p. 10).

O fundamento básico do princípio da moralidade é realçar a necessidade da Administração Pública e seus respectivos agentes atuarem em conformidade com os princípios éticos. Caso contrário, o desrespeito a estes princípios “implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação” (MELLO, 2001a, p. 89, grifo do autor).

Carvalho Filho (2008, p. 18) refere que o administrador público, além de apurar critérios de conveniência, de oportunidade e de justiça em sua conduta, deve, também, “distinguir o que é honesto do que é desonesto”. Ainda, para o autor, “tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram” (p. 18).

Enfim, o princípio da moralidade “busca a obtenção de um estado de honestidade na Administração Pública, para o que impõe, em todas as suas relações jurídicas, deveres de boa-fé, probidade, lealdade, transparência etc.” (MAFFINI, 2008, p. 44), constituindo-se, assim, num dos vetores que conferem validade às ações da Administração Pública.

3.3.4 Princípio da publicidade

O aspecto que fundamenta o princípio da publicidade é a ampla divulgação dos atos da Administração Pública aos administrados, possibilitando “controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 21). Somente com a transparência da conduta dos agentes administrativos, “é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem” (p. 21).

Nesse sentido, Mello (2001a, p. 84) ressalta que, num Estado Democrático de Direito, não pode haver “ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”.

Entende-se, com a publicidade, que é dever da Administração Pública divulgar suas ações. Assim, o princípio da publicidade “corresponde a um pressuposto de eficácia, no sentido de que a conduta administrativa não produzirá efeitos juridicamente relevantes salvo após a regular divulgação” (MAFFINI, 2008, p. 47). Não havendo a publicidade dessas, ou sendo essa divulgação insuficiente, “gera uma presunção [...] de imoralidade, o que, por vias indiretas, diz respeito à noção de validade” (p. 47).

Desta forma, segundo Maffini (2008), o princípio da publicidade é condição de eficácia da ação administrativa, caso contrário, essa ação poderá ser considerada imoral e, conseqüentemente, inválida.

3.3.5 Princípio da eficiência

Segundo a doutrina de Gasparini (2007, p. 22, grifo do autor), aspectos como “*rapidez, perfeição e rendimento*” devem ser, obrigatoriamente, observados pela Administração Pública na concreção de suas atribuições, o que caracteriza e fundamenta o chamado princípio da eficiência.

Já Mello (2001a, p. 92), a respeito do princípio da eficiência, faz um importante alerta, referindo que esse princípio “não pode ser concebido [...] senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”.

Mesmo que se busque alcançar a perfeição, o bom rendimento e a rapidez na prestação dos serviços públicos, “ainda vicejam condutas administrativas assinaladas pela imperícia e pela desorganização” (FAZZIO JÚNIOR, 2007, p. 20). A essas condutas, cabe a interferência dos respectivos órgãos controladores.

Apesar de evidenciarem-se, em alguns casos, a imperícia e a desorganização da Administração Pública na concreção de certas atribuições suas, deve-se levar em conta, por outro lado, a “isquemia de formação político-jurídica e a carência técnica, de boa parcela dos servidores [...] na avaliação de suas condutas, desde que não evidenciem má-fé” (FAZZIO JÚNIOR, 2007, p. 20). No entanto, não pode o administrador público, “a pretexto da deficiência de conhecimento específico, enveredar pela senda do desvio de finalidade” (p. 20), ocasionando prejuízos ao órgão público de sua competência de atuação.

3.3.6 Princípio da supremacia do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público caracteriza-se como uma das bases “de todo o direito público e, conseqüentemente, também do direito administrativo” (DI PIETRO, 2001, p. 209). É comum a denominação *interesse público* ser relacionada a outras expressões símile como, por exemplo, “interesse geral, interesse coletivo, utilidade pública, interesse difuso, bem comum e tantas outras” (p. 210).

Em síntese, o fundamento deste princípio é fazer sobrepor o interesse público ao interesse particular. A esse respeito, salienta Gasparini (2001, p. 20) que “nem mesmo se pode imaginar que o contrário possa acontecer, isto é, que o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos”.

Há de se destacar, também, que o princípio da supremacia do interesse público serve de instrumento para “inspirar o legislador, inclusive na criação de novos institutos” (DI PIETRO, 2001, p. 219), e, principalmente, para vincular “a Administração Pública ao aplicar a lei, no exercício da função administrativa” (p. 219). A Administração Pública, ao aplicar a lei para o fim de concreção de suas atribuições, deve, portanto, buscar atender sempre ao interesse público.

Enfim, como bem lembra Fazzio Júnior (2007), ao administrador público não se concede faculdade de escolha. Não optando pelo interesse público, não será, conseqüentemente, administrador público.

3.3.7 Princípio da razoabilidade

Por razoabilidade tem-se “aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 31). Assim, a Administração Pública, em sua atuação discricionária, por exemplo, “terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida” (MELLO, 2001a, p. 79).

Calcini (2003, p. 141) destaca que, através da aplicação do princípio da razoabilidade, permite-se “um controle que possibilite aferir questões de justiça, buscando a observância de valores fundamentais inscritos em nossa Constituição”. Salienta o autor, ainda, que o princípio se caracteriza, atualmente, como de grande importância para o controle dos atos da Administração Pública, “pois possibilita a inserção do Poder Judiciário em apreciações que não se vinculam a aspectos meramente formais” (p. 141).

A respeito desse último aspecto referido por Calcini, Mello (2001a, p. 80, grifo do autor) faz importante ressalva:

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o ‘mérito’ do ato administrativo, isto é, o campo de ‘liberdade’ conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita ‘liberdade’ é liberdade *dentro da lei*, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.

Assim, conclui-se a abordagem sobre este princípio fazendo-se referência à doutrina de Carvalho Filho (2008, p. 32), a qual afirma que existindo conduta legal, não há que se falar em ofensa ao princípio da razoabilidade: “ou a ação vulnera o princípio e é ilegal, ou, se não o ofende, há de ser qualificada como legal e inserida dentro das funções normais cometidas ao administrador público”.

3.3.8 Princípio da proporcionalidade

Segundo entendimento de Medauar (2006, p. 131), o princípio da proporcionalidade significa o “dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público”. O propósito deste princípio, para a autora, é o de que “sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social” (p. 131).

Ao contrário, quando os atos da Administração ultrapassam o necessário para atingirem seus objetivos, “ficam maculados de ilegalidade [...] ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam” (MELLO, 2001a, p. 81).

Por fim, cabe destacar a lição de Carvalho Filho (2008, p. 33, grifo do autor) a respeito do princípio da proporcionalidade, a qual refere que o grande fundamento deste princípio é o “**excesso de poder**”, tendo por finalidade a contenção de “atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado” (p. 33).

3.3.9 Princípio da motivação

A Administração Pública tem o dever de justificar os atos que pratica, destacando “os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada” (MELLO, 2001a, p. 82), em virtude do princípio da motivação.

A motivação dos atos torna-se, também, obrigatória sempre que a mesma for indispensável para “assegurar a garantia da ampla defesa e do contraditório prevista no art. 5º, LV, da CF de 1988”³ (MEIRELLES, 2006, p. 101).

Conforme expõe Mello (2001a, p. 82), a motivação do ato da Administração Pública “deve ser prévia ou contemporânea à expedição”.

³ O art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988 dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Refere, ainda, o autor supra citado que, para a prática dos atos denominados vinculados, ou seja, “naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador” (MELLO, 2001a, p. 82), basta a simples referência “do fato e da regra de Direito aplicanda [...] por estar implícita a motivação” (p. 82). Já para os atos que apresentam a denominada discricionariedade administrativa, “é imprescindível motivação detalhada” (p. 82).

No entanto, Meirelles (2006, p. 101) salienta que, para certos atos oriundos do poder discricionário da Administração Pública, “a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público, que é pressuposto de toda a atividade administrativa”. A motivação dos atos administrativos torna-se obrigatória, segundo o autor, quando “afetam o interesse individual do administrado” (p. 101).

Quanto ao dever de motivação dos atos da Administração Pública, Maffini (2008, p. 49) resume a questão da seguinte maneira:

[...] a) quando a ordem impõe o dever de motivação, obviamente ela deve ser realizada; b) quando a ordem jurídica é silente quanto ao dever de motivação, ainda assim ela deve ser promovida; c) quando a ordem jurídica dispensar a motivação, ela não é necessária, embora seja possível.

Conclusivamente, para o autor supra referido, embora a motivação seja a regra geral, há de se considerar que nem todos os atos da Administração Pública devem ser obrigatoriamente motivados, como, por exemplo, os “atos meramente ordinatórios [...] uma vez que ausente o cunho decisório” (MAFFINI, 2008, p 49).

Assim, finda a análise do princípio da motivação, tem-se também por esgotada a abordagem dos princípios relevantes da Administração Pública ao presente estudo, passando-se, a seguir, ao exame do ato administrativo, imprescindível à compreensão do tema proposto neste trabalho.

3.4 Ato administrativo

3.4.1 Conceito

Cabe ao Estado a tarefa de tomar decisões, quando no exercício de sua função de Administração Pública. Essas decisões não se refletem somente às relações internas da estrutura da Administração, mas “também a terceiros, destinatários da função administrativa” (MAFFINI, 2008, p. 80).

Assim, a Administração Pública, por meio de suas autoridades e órgãos, utiliza-se do chamado *ato administrativo* para expressar as decisões tomadas, as quais produzem “efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade.” (MEDAUAR, 2006, p. 135).

Estabelecer um conceito de ato administrativo não se mostra tarefa fácil, em virtude de não haver uma uniformidade de opiniões sobre o assunto entre os doutrinadores de Direito Administrativo. No entanto, buscar-se-á aqui sintetizar os principais entendimentos a respeito do tema e abordar suas principais características.

Inicialmente, cabe destacar a necessidade de observância de alguns aspectos fundamentais para configuração do ato administrativo. Nesse sentido, Carvalho Filho (2008, p. 92) ensina que o primeiro destes aspectos é o de que “a vontade emane de agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativas desta”. Por conseguinte, o autor leciona que “seu conteúdo há de propiciar a produção de efeitos jurídicos com fim público” (p. 92). E, por último, que “deve toda essa categoria de atos ser regida basicamente pelo direito público” (p. 92).

Fixadas tais proposições, é possível, agora, partir-se à análise do conceito de ato administrativo.

Cretella Júnior (2002, p. 152) estabelece um conceito que esclarece bem o sentido que se quer dar ao ato administrativo, referindo que este consiste em:

[...] toda medida editada pelo Estado, por meio de seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder delegada pelo Estado, que tem por finalidade

imediatamente criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.

Conceito semelhante é sustentado por Meirelles (2006, p. 149, grifo do autor), vejamos:

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

Já Figueiredo (1998, p. 124-125, grifo nosso) acrescenta um aspecto interessante ao final de seu conceito:

*Ato administrativo é a norma concreta, emanada pelo Estado, ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este (o Estado) e o administrado, **suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário.***

Assim, para Figueiredo (1998), a contrastabilidade pelo Poder Judiciário configura-se como uma característica fundamental e indispensável do ato administrativo. Havendo provocação, o provimento administrativo é passível de ser revisto pelo Poder Judiciário, nos termos do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Mello (2001a, p. 344), a exemplo da autora supra referida, também destaca serem os atos administrativos sujeitos “a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”, não possuindo caráter definitivo perante o Direito e podendo serem revistos pelo Poder Judiciário.

Salienta-se que não se esgotará aqui a abordagem do aspecto da contrastabilidade do ato administrativo pelo Poder Judiciário, assunto este a ser retomado no quarto capítulo, ao examinar-se o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

Por ora, expôs-se, em linhas gerais, o significado de ato administrativo, passando-se, por conseguinte, ao exame dos elementos necessários a sua formação.

3.4.2 Elementos do ato administrativo

Constata-se uma discussão bastante acentuada na doutrina a respeito da denominação utilizada para designar os aspectos necessários para a formação do ato administrativo. Alguns autores preferem utilizar o termo *elementos*⁴, outros o termo *requisitos*⁵, e, ainda, há quem prefira decompor os *requisitos* em *elementos* e *pressupostos de existência e de validade*⁶.

No presente trabalho, não se examinarão as discussões a respeito da nomenclatura mais adequada a ser utilizada. De qualquer forma, adotar-se-á aqui a palavra *elementos*, a exemplo da maior parte dos autores.

Assim, é possível elencar basicamente cinco elementos necessários à sua formação, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Cumpre salientar que estes elementos “constituem a infra-estrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão” (MEIRELLES, 2006, p. 151).

Além dos elementos referidos, será analisado, também, o mérito administrativo, que embora não integre o rol sugerido, é de fundamental importância para a compreensão do tema proposto no presente trabalho.

Partindo ao exame dos elementos, o primeiro a ser tratado é o da *competência*. Trata-se de um elemento relacionado ao “poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções” (MEIRELLES, 2006, p. 151). Ademais, o elemento competência “resulta da lei e por ela é delimitada” (p. 151).

De acordo com esse elemento, “os atos administrativos devem ser praticados por aqueles que tiverem competência para tanto, sob pena de invalidade” (MAFFINI, 2008, p. 90), ou seja, praticado o ato por quem for incompetente (por quem não tiver determinação específica e legal para sua realização), será o mesmo inválido.

⁴ Incluem-se, dentre esses autores, Di Pietro (2002, p. 194), Medauar (2006, p. 136), Maffini (2008, p. 89) e Carvalho Filho (2008, p. 96-97).

⁵ Incluem-se, dentre esses, Gasparini (2007, p. 62) e Meirelles (2006, p. 150).

⁶ Refere-se, aqui, a Mello (2001a, p. 347-349).

O segundo elemento do ato administrativo a ser abordado é o da *finalidade*, o qual deve ser indicado explícita ou implicitamente pela lei, não cabendo “ao administrador escolher outra, ou substituir a indicada na norma administrativa, ainda que ambas colimem fins públicos” (MEIRELLES, 2006, p. 152).

Segundo Carvalho Filho (2008, p. 110, grifo do autor), a *finalidade* “é o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao **interesse público**”. Sua função é, portanto, “o bem comum, o atendimento aos reclamos da comunidade” (p. 110).

Importante distinção a ser feita é entre o elemento *finalidade* e o *fim*. “Este é o resultado prático a ser alcançado mediante a realização do ato” (OLIVEIRA, 2001, p. 67), ou ainda, “é o que se objetiva na realização prática da atividade administrativa” (p. 67), ao passo que aquele se constitui nos “objetivos encampados pelo sistema normativo aos que se destina à Administração” (p. 67).

O terceiro elemento a ser tratado diz respeito à *forma*. Como bem aponta Meirelles (2006, p. 152), a formalidade é característica de todo o ato administrativo, o que possibilita que o mesmo seja “contrasteado com a lei e aferido, freqüentemente, pela própria Administração e até pelo Judiciário, para verificação de sua validade”.

Verifica-se que a maior parte dos atos administrativos possui forma escrita. No entanto, conforme salienta Maffini (2008, p. 91), “não se pode afirmar que todos tenham tal espécie de forma”. Para o autor, o ato administrativo também pode apresentar-se de forma distinta da escrita, como, por exemplo: “verbal, mímica, sonora, eletromecânica etc.” (p. 91), ocorrendo estas possibilidades em, praticamente, dois momentos: “quando a lei determina forma diversa da forma escrita ou quando circunstâncias emergenciais determinam a utilização de forma extraordinária” (p. 91).

Já o quarto elemento a ser referido é o *motivo*, que significa “a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo” (MEIRELLES, 2006, p. 153), o qual pode estar expresso na lei (considerado como um elemento vinculado), ou pode ser um critério valorativo do administrador público (considerado como um elemento discricionário).

Carvalho Filho (2008, p. 108) destaca que “o motivo deve sempre ser ajustado ao resultado do ato, ou seja, aos fins que se destina”. Cumpre salientar que essa compatibilidade entre o *motivo* do ato e a sua *finalidade* é referida no art. 2º, parágrafo único, letra “d”, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, a qual, “depois de considerar nulos os atos que tenham o vício da inexistência de motivos [...], procura definir o que significa tal distorção” (p. 109)⁷.

Ainda, segundo Maffini (2008, p. 94), faz-se necessário diferenciar o *motivo* da *motivação*, referindo o autor ser o motivo “a situação de fato que leva à prática do ato, ao passo que a motivação é a explicação da prática do ato administrativo, que se dá através da exposição dos motivos de fato e de direito que lhe são determinantes”.

Cretella Júnior (2002, p. 216, grifo do autor) também estabelece sua diferenciação, de forma sintética, entre motivo e motivação, referindo que “*Motivar o ato é explicitar-lhe os motivos, ‘Motivação’ é a justificativa do pronunciamento tomado*”.

Por fim, cabe lembrar a lição de Moreira Neto (2002, p. 136), a qual refere que a motivação, “possibilitando a visibilidade intencional do ato e facilitando sua plena sindicabilidade, é, sobretudo, pedagógica, pois põe em evidência que a sede do poder não reside na autoridade do agente, mas na lei”.

Como quinto e último elemento do ato administrativo, tem-se o *objeto*, o qual, para Meirelles (2006, p. 154), “identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes”.

Nos atos discricionários, por exemplo, o objeto “fica na dependência da escolha do Poder Público, constituindo essa liberdade opcional o mérito administrativo” (MEIRELLES, 2006, p. 154).

⁷ O art. 2º, parágrafo único, “d”, da Lei nº 4.717/65 dispõe que “a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se funda o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”.

Há de se referir, por fim, que a licitude constitui-se no “requisito fundamental de validade do objeto” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 101), além de dever ser possível, “ou seja, suscetível de ser realizado” (p. 101).

Examinados os elementos do ato administrativo, passar-se-á à verificação dos principais atributos inerentes ao mesmo, aspecto fundamental para sua diferenciação em relação ao ato privado, ou ato do particular.

3.4.3 Atributos do ato administrativo

Reveste-se o ato administrativo de certos atributos, ou “características que permitem afirmar que ele se submete a um **regime jurídico administrativo** ou a um **regime jurídico de direito público**” (DI PIETRO, 2002, p. 189, grifo do autor), ou seja, “que os tornem distintos dos atos privados em geral” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 111).

O primeiro atributo a ser tratado é o da *presunção de legitimidade*, ou como prefere Maffini (2008, p. 85) “presunção de validade”, o qual consiste, segundo o autor, “no fato de que, uma vez praticado, o ato administrativo guardará em seu favor a presunção de que foi praticado de acordo com a ordem jurídica (de que é válido, portanto) e de que o seu conteúdo traduz-se como verdadeiro” (p. 85).

Carvalho Filho (2008) lembra que não se trata de um atributo intocável e absoluto, podendo ocorrer a prova em contrário, desde que a prática do ato administrativo não se conforme às regras estabelecidas para tal.

O segundo atributo diz respeito à *imperatividade*, ou seja, “que os atos administrativos podem ser praticados independentemente ou até mesmo de modo contrário à vontade de seus destinatários” (MAFFINI, 2008, p. 87).

Por outro lado, importante salientar, também, que o administrador público não pode negar-se ao cumprimento de ordem legal, contida no ato administrativo (CARVALHO FILHO, 2008).

Como terceiro atributo do ato administrativo, comumente elencado pela doutrina, tem-se a *auto-executoriedade*, que significa que “os atos administrativos podem ser praticados e seus efeitos concretizados independentemente da intervenção do Poder Judiciário” (MAFFINI, 2008, p. 88).

Esse atributo tem como fundamento “a necessidade de salva-guardar com rapidez e eficiência o interesse público, o que não ocorreria se a cada momento tivesse que submeter suas decisões ao crivo do Judiciário” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 112-113). Nada fundamenta a submissão referida, pois é a Administração Pública que tem “a incumbência de exercer [...] a função administrativa” (p. 113).

Gasparini (2007, p. 76) elenca, ainda, um outro atributo, qual seja, a *exigibilidade*, aludindo ser a mesma “a qualidade do ato administrativo que impele o destinatário à obediência das obrigações por ele impostas, sem necessidade de qualquer apoio judicial”. No entanto, como bem lembra o autor, a Administração Pública não pode, com base neste atributo, “compelir materialmente o obrigado a executar referidas obrigações” (p. 76).

E, por fim, Di Pietro (2002, p. 193) também destaca a existência de mais um atributo, a *tipicidade*, pela qual “o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados”. Refere a autora tratar-se de um atributo que se constitui numa “garantia para o administrado” (p. 193), impedindo que a Administração pratique atos sem que haja previsão em lei.

Vistos, portanto, os elementos do ato administrativo e, por conseguinte, seus atributos, analisar-se-á, a seguir, o mérito do ato administrativo, cuja compreensão é importante para o tema proposto.

3.4.4 Mérito do ato administrativo

O mérito do ato administrativo constitui-se na possibilidade de “valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar” (MEIRELLES, 2006, p. 154-155).

Destaca-se que nos atos denominados vinculados, ou seja, nos quais o motivo e o objeto já vêm predeterminados na lei, “não há falar em mérito, visto que toda a atuação do Executivo se resume no atendimento das imposições legais” (MEIRELLES, 2006, p. 155). Ao contrário, nos denominados discricionários, a Administração Pública decide, livremente, sobre o motivo e o objeto dos atos que praticar.

Portanto, tem-se que o mérito do ato administrativo “consiste em instituto diretamente relacionado com a discricionariedade administrativa” (MAFFINI, 2008, p. 60)⁸.

Por fim, um aspecto importante a salientar, segundo a doutrina de Carvalho Filho (2008, p. 115), é quanto à impossibilidade do Judiciário intrometer-se na análise dos critérios de conveniência e oportunidade eleitos, “sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo”. Cabe aqui fazer apenas esta rápida referência ao assunto, pois o mesmo será abordado no próximo capítulo.

Resta ainda examinar, neste capítulo, as formas de extinção do ato administrativo, a fim de que se possa, mais tarde, adentrar especificamente no exame do tema deste trabalho.

3.4.5 Extinção do ato administrativo

Refere a doutrina de Meirelles (2006, p. 199) haver duas oportunidades para o exercício de controle dos atos administrativos: “uma, interna, da própria Administração; outra, externa, do Poder Judiciário”.

Neste sentido, pode a Administração Pública “desfazer seus próprios atos por considerações de mérito e de ilegalidade, ao passo que o Judiciário só os pode invalidar quando ilegais” (MEIRELLES, 2006, p. 199). Tem-se, portanto, que a Administração Pública anula ou revoga seu próprio ato, ao passo que o Poder Judiciário “somente anula o ato administrativo” (p. 199).

⁸ A discricionariedade administrativa será objeto de estudo específico do próximo capítulo, não sendo necessário, aqui, aprofundar o exame do tema.

Anulação, ou invalidação, significa, segundo Di Pietro (2006, p. 243), “o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade”, produzindo efeitos *ex tunc*, ou seja, a partir da data em que foi emitido.

Já revogação significa “o ato administrativo discricionário pelo qual a Administração extingue um ato válido, por razões de oportunidade e conveniência” (DI PIETRO, 2006, p. 255), produzindo efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir da própria revogação.

A respeito da anulação dos atos pela própria Administração Pública, importante referir que o Supremo Tribunal Federal consagrou entendimento a respeito deste aspecto com a edição das Súmulas nº 346 e 473. De conformidade com a primeira Súmula referida, pode a Administração Pública declarar a nulidade de seus próprios atos, e de acordo com a segunda Súmula, pode a Administração, quando o ato estiver eivado de vício que o torne ilegal, anulá-lo, ou ainda, revogá-lo, por motivo de conveniência ou oportunidade, devendo ser respeitados, no entanto, os direitos adquiridos e ressalvada a apreciação pelo Poder Judiciário.

Ressalta-se que a anulação do ato administrativo também pode-se dar pelo Poder Judiciário. No entanto, na âmbito judicial, a anulação do ato somente ocorre mediante a provocação de interessados, podendo ser utilizados, para esta finalidade, “quer as ações ordinárias e especiais previstas na legislação processual, quer os remédios constitucionais de controle judicial da Administração Pública” (DI PIETRO, 2006, p. 244). Já a anulação do ato administrativo realizada pela própria Administração “independe de provocação do interessado uma vez que, estando vinculada ao princípio da legalidade, ela tem o poder-dever de zelar pela sua observância” (p. 244).

Assim, feitos os destaques e a abordagem dos aspectos relevantes e condizentes ao conceito de Administração Pública, à diferenciação entre Administração Pública e Governo, aos princípios da Administração Pública e aos atos administrativos, tem-se os pressupostos necessários e fundamentais para o estudo que se desenvolverá a seguir, relacionado à discricionariedade administrativa, seus limites e a possibilidade de seu controle jurisdicional.

4 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

4.1 Considerações preliminares

Após terem sido abordados os aspectos condizentes ao Estado e à Administração Pública, chega-se, enfim, ao propósito deste estudo, qual seja, tecer investigações a respeito da discricionariedade administrativa, de seus limites e da possibilidade de seu controle jurisdicional.

A definição e conceituação da discricionariedade administrativa e a análise da possibilidade de seu controle pelo Poder Judiciário é tema de fundamental importância para o Direito Administrativo, tratado por praticamente todos os administrativistas brasileiros.

Pode-se até pensar que seja tema já pacificado pela doutrina e jurisprudência, sem quaisquer aspectos novos que possam realçar sua importância e provocar o interesse em seu estudo. No entanto, para quem vivencia e conhece, por pouco que seja, a realidade da Administração Pública brasileira, especialmente quanto aos atos por ela expedidos e praticados, sabe o quanto o fenômeno da discricionariedade se faz presente.

Neste sentido, refere Mello (2001b, p. 10) que: “Em despeito do muito que já se escreveu sobre o assunto, ainda há espaço para que muito mais se escreva, pois há tópicos importantes que precisam ser visitados e revisitados”.

Os aspectos polêmicos em torno do tema da discricionariedade administrativa aparecem justamente, no entender de Calcini (2003, p. 95-96), “à medida que mudam os contornos do Estado”. Verifica-se, por exemplo, que a intervenção do Estado nas mais diversas áreas da sociedade, com a finalidade de assumir prerrogativas que antes não lhe competiam, tem-se mostrado de forma crescente e significativa ao longo das últimas décadas. Em virtude disso, ou seja, da intensa atuação da Administração Pública, “certos aspectos, cada vez mais, deixam de poder ser regulamentados em sua totalidade pela legislação. Verifica-se, com isso, um crescimento no uso de conceitos indeterminados e fórmulas genéricas por parte do legislador” (HARGER, 1998, p. 12).

A jurisprudência e, principalmente, a doutrina administrativista de nosso país, de uma forma geral, vem posicionando-se no sentido de que haja, sempre mais, a redução da atuação discricionária da Administração Pública.

No entanto, diante dos crescentes problemas sociais hodiernos e em razão da necessidade de uma Administração Pública mais gerencial, que exige a tomada de decisões imediatas, de que forma é possível reduzir, ou limitar, a atuação discricionária da Administração Pública sem que se prejudique a funcionalidade administrativa e o atendimento das necessidades da coletividade? Esta é uma questão, dentre outras, que se buscará investigar neste capítulo.

Pertine, ainda, fazer referência a uma observação de Krell (2004, p. 22), que bem explicita a visão atual de muitos operadores do Direito sobre a discricionariedade administrativa:

Ao mesmo tempo, há inúmeros juízes, promotores, procuradores e advogados que evitam uma discussão mais profunda e acabam aderindo à jurisprudência tradicional, que costuma usar uma classificação ultrapassada referente à discricionariedade administrativa, a qual não consegue fornecer soluções adequadas aos problemas.

De qualquer forma, tecidas estas considerações preliminares, e demonstrada a importância do assunto, buscar-se-á, a seguir, analisar mais detalhadamente alguns aspectos referentes à discricionariedade administrativa e que auxiliarão na compreensão do tema.

4.2 Aspectos históricos

A discricionariedade, na Europa dos séculos XVI a XVIII, era nada mais ou nada menos do que a forma intrínseca de expressão do monarca ou do soberano. Foi com a Revolução Francesa, que se passou a modificar essa visão a respeito da atuação discricionária do monarca ou soberano, através de “uma crescente preocupação com a proteção dos direitos individuais do cidadão, especialmente a sua liberdade e sua propriedade” (KRELL, 2004, p. 23).

Medauar (2006) aponta que é a partir de fins do século XIX que surgem várias teorias com o intuito de evidenciar o chamado poder discricionário, principalmente na indicação de seus parâmetros.

Também, a partir do século XIX, a prerrogativa da edição de leis foi retirada do Poder Executivo, passando a ser papel dos novos parlamentos, surgidos em diversos Estados da Europa. Neste sentido, Krell (2004, p. 23, grifo do autor) destaca a importância do advento da teoria da separação de poderes como fator de profundas mudanças estruturais do Estado:

A partir da pragmática teoria da separação dos poderes (idealizada por LOCKE e MONTESQUIEU), começou-se a impor limites às atividades dos órgãos estatais, especialmente da Polícia, tudo em defesa dos direitos individuais. Surgiu também a distinção entre o *Governo*, como atividade política e discricionária, livre da apreciação judicial, e a *Administração* propriamente dita.

Com a concepção teórica do Estado de Direito, a partir da segunda metade do século XIX, desenvolveu-se o ideal de observância do princípio da legalidade. Neste sentido, “a discricionariedade administrativa começou a ser considerada um 'corpo estranho' dentro do Estado de Direito, um resquício da arbitrariedade do monarca, que deveria, por qualquer meio, ser eliminada” (KRELL, 2004, p. 23). O grande desafio passou a ser, então, buscar harmonizar o princípio da legalidade com a liberdade característica da discricionariedade.

Até o começo do século XX, ainda definiam-se os atos discricionários como insuscetíveis de apreciação judicial. No entanto, no ano de “1908, o mais alto tribunal administrativo francês deixou de admitir a existência de atos totalmente livres, exigindo observância de regras de competência e forma” (MEDAUAR, 2006, p. 110).

Mais tarde, também na França, buscou-se delimitar a atuação discricionária, com vistas ao atendimento do interesse público. Passou-se a admitir, então, “a apreciação jurisdicional da conformidade ao fim” (MEDAUAR, 2006, p. 110). Assim, a observância do fim passou a ser o fator característico da discricionariedade. Por conseguinte, com o motivo, “inseriu-se um vínculo a mais no exercício do poder discricionário” (p. 110).

Conforme salienta Krell (2004, p. 23), após muitos anos de discussões a respeito da discricionariedade, passou-se a observá-la como uma necessidade, a fim de atribuir uma ação mais eficiente à Administração Pública na organização de seus serviços e no atendimento das demandas sociais, diante da impossibilidade do legislador “regulamentar todos os possíveis casos de modo antecipado e em detalhes”. Desta forma, a discricionariedade configurou-se numa ferramenta para a concreção das pretensões da Administração Pública.

Por fim, importante ressaltar também que, diante de um contexto em que há “pressões de indivíduos e grupos sobre a Administração para atendimento de suas reivindicações” (MEDAUAR, 2006, p. 110), a Administração Pública vê-se obrigada a buscar soluções através da prática de atos discricionários.

Delineou-se aqui, de forma sucinta, a discricionariedade administrativa quanto a alguns aspectos históricos, necessários para que se perceba sua importância atual para o Direito Administrativo. Procurar-se-á, a partir de agora, buscar compreender a essência do significado de discricionariedade.

4.3 Aspectos terminológicos

Destaca Medauar (2006, p. 109) que é no fim do século XIX e início do século XX que o termo discricionário “integra a linguagem da doutrina e jurisprudência do direito administrativo”. Anteriormente, na metade do século XIX, segundo denominação conferida por doutrinadores franceses, discricionário equivalia à expressão “*atos de pura administração*” (p. 109, grifo do autor).

A questão que deve primeiramente ser tratada a respeito da terminologia é a necessária distinção entre discricionariedade e arbitrariedade, pois tratam-se de termos com significados diferentes, mas muito confundidos.

Etimologicamente, o termo arbítrio tem sua origem no latim “*arbitriu(m)*” que significava o poder de fazer algo à vontade, a bel-prazer” (HARGER, 1998, p. 22, grifo do autor). Já discricção também é palavra originária do latim “*discretio de discernere*”, exprime discricionário o que põe à discricção de outrem, para que delibere ou resolva, segundo as necessidades do momento ou segundo as circunstâncias” (MANCUSO, 1992, p. 65, grifo do autor).

A doutrina de Régnier (1997, p. 28, grifo do autor), a respeito da confusão entre esses dois termos, esclarece bem este aspecto, referindo que:

[...] embora possam ostentar em sentido próprio a idéia de liberdade, *arbítrio* e *arbitrariedade* (encerrando o sentido de liberdade ilimitada) contraria frontalmente o Direito, enquanto que *discricionário* e *discricionariedade* (liberdade condicionada a certos limites) com ele podem conviver.

A característica essencial da discricionariedade é a possibilidade de escolha de uma dentre várias soluções, desde que atendidos certos parâmetros e conferida por normas legais (MEDAUAR, 2006). Assim, diante da necessidade da Administração Pública observar o princípio da legalidade, a discricionariedade não se equivale à arbitrariedade.

A segunda questão a ser tratada é a certa divergência doutrinária quanto à correta denominação a ser empregada no que concerne ao tema da discricionariedade.

De uma forma geral, as denominações que mais aparecem nos textos doutrinários são: poder discricionário, atividade discricionária, ato discricionário e discricionariedade. Quanto a esse aspecto, Harger (1998, p. 22) explica que “o poder discricionário é, apenas, uma faculdade que é exercida através da atividade discricionária e que tem como resultado o ato discricionário”. Medauar (2006, p. 109, grifo do autor) também contribui para a resolução dessa divergência, referindo que:

[...] de modo rigoroso, o sentido desses vocábulos, o *poder discricionário* seria a atribuição legal de decidir com possibilidade de escolha; *atividade discricionária* refere-se ao exercício de funções com utilização do poder discricionário, enquanto *discricionariedade* é a própria possibilidade de

escolha. No entanto, o uso indistinto das expressões não implica erro, facilitando a exposição do tema, que, em essência, é o mesmo nas citadas denominações.

Assim, esclarece-se que ao longo deste estudo poderão ser utilizadas, de modo indistinto, as várias expressões equivalentes ao tema da discricionariedade, o que não afetará sua significação.

Tendo por base toda esta abordagem inicial sobre a discricionariedade e feitas as devidas considerações de sua importância para o Direito Administrativo, passa-se à sua análise conceitual.

4.4 Conceito de discricionariedade

Ressalta-se, inicialmente, que o papel do Poder Legislativo na questão da discricionariedade administrativa é de suma importância, pois é ele quem elege as possibilidades em que o Poder Executivo poderá atuar discricionariamente. Nesse sentido, Guerra (2006, p. 873) expõe que o Poder Legislativo confere ao Executivo "uma contribuição no processo de determinação do interesse geral, a partir da ponderação de interesses particulares e coletivos".

A significação fundamental da discricionariedade, portanto, é a possibilidade de se ter mais de uma alternativa de escolha no exercício da função administrativa, para determinado caso concreto, respeitados os limites da legalidade (DI PIETRO, 2001).

Assim, temos que o conceito de discricionariedade, ou discricionariedade administrativa, relaciona-se intrinsecamente a essas premissas. Nas palavras de Mello (2001b, p. 48, grifo do autor), discricionariedade significa:

[...] 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 de fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Já Meirelles (2006, p. 118) refere-se ao “poder discricionário”, caracterizando-o como sendo “o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”

E por fim, importa destacar o conceito de Di Pietro (2001, p. 67, grifo do autor), a qual dirige-se à discricionariedade administrativa como sendo “a *faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito*”.

Nota-se que os autores, ao referirem-se à discricionariedade, destacam a ideia de liberdade de eleição ou liberdade de escolha, constituindo-se este no aspecto essencial do conceito de discricionariedade.

A respeito dessa liberdade, Souza (1994, p. 28) traça importantes considerações:

‘Liberdade’ significa justamente decisão por critério pessoal. Verificando-se a intervenção de um terceiro, deixa de haver liberdade, logo, se a autoridade administrativa interpreta e aplica discricionariamente um conceito, essa ‘decisão pessoal’ nunca poderá ser posta em causa pelo juiz.

Logo, para o autor supra referido, o “‘conceito discricionário’ será aquele que atribui ao seu intérprete e aplicador uma ‘livre discricção’, um poder discricionário, valendo a sua apreciação como definitiva” (SOUZA, 1994, p. 29).

Compreendido, assim, o significado de discricionariedade, começar-se-á a analisar, a partir de agora, algumas questões específicas, destacando, primeiramente, sua relação com as funções do Estado.

4.5 As funções do Estado e a discricionariedade

Como bem observa Harger (1998, p. 24), “a discricionariedade é típica da função administrativa”.

Em razão da não existência de uma separação absoluta das três funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária), e sim, como já referido no tópico 2.5.3 deste trabalho, uma “*distribuição de funções*” (DALLARI, 2009, p. 217, grifo do autor), verifica-se que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário também poderão exercer a discricionariedade, “mas nunca em decorrência das funções que lhe são próprias” (HARGER, 1998, p. 24).

Portanto, a discricionariedade poderá ser exercida por esses dois poderes em virtude de possuírem “dentro suas atribuições tarefas tipicamente administrativas (ex.: relações com os funcionários)” (HARGER, 1998, p. 24).

Analisando-se, por outro lado, a possibilidade do exercício da discricionariedade pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, não pela ótica de suas funções administrativas, mas sim com relação a certa margem de liberdade de tomada de decisões no exercício de suas funções típicas (legislativa e jurisdicional, respectivamente), relevantes questões podem ser suscitadas.

A respeito disso, Di Pietro (2001, p. 73) salienta que a certa margem de liberdade de decisão conferida ao legislador “é mais ampla, porque seu único limite é a Constituição”.

No entanto, Stassinopoulos⁹ (apud DI PIETRO, 2001, p. 73) expõe que:

[...] a liberdade do legislador ainda é diferente do poder discricionário por uma outra razão: o legislador escolhe as regras de direito, apreciando livremente as tendências e as relações sociais, enquanto o órgão administrativo está sempre a serviço da lei e a sua tarefa consiste em encontrar a melhor maneira de realizar a vontade do legislador.

Neste mesmo sentido, salienta Harger (1998, p. 25) que “enquanto o legislador pode escolher livremente, observando, apenas, os princípios constitucionais e as tendências e reações sociais, o administrador deve procurar atingir a finalidade prevista pela lei”.

Quanto à possibilidade de existência de exercício discricionário para o Poder Judiciário, no exercício de sua função típica, qual seja, a jurisdicional, Di Pietro (2001, p. 74, grifo do autor) expõe o seguinte entendimento:

⁹ Michel Stassinopoulos, autor de *Traité des actes administratifs*.

A decisão judicial exclui a possibilidade de remanescerem outras soluções, todas válidas perante o direito. Daí por que deve ser aceita com cautela a afirmação de que o Judiciário exerce poder discricionário; ele o faz quando não atua no exercício da jurisdição propriamente dita, que até etimologicamente significa a função de *dizer o direito*.

Semelhante entendimento é o de Harger (1998, p. 25), ao dizer que “considera-se a decisão do Juiz como uma verdade objetiva, a justa aplicação da lei, a única solução a ser adotada diante do caso concreto”.

Estas análises são extremamente pertinentes, pois explicam e demonstram o porquê de se estabelecer uma relação da discricionariedade com a função administrativa, vinculando esta relação especialmente à Administração Pública, para a qual, nas palavras de Di Pietro (2001, p. 74), “incumbe a tarefa de atender às necessidades coletivas”.

Por fim, cabe indagar, neste momento, em que consistem os fundamentos que justificam a existência da discricionariedade, ou melhor, o porquê de sua necessidade para a Administração Pública, aspectos estes que passarão a serem desenvolvidos a seguir e que contribuirão para o esclarecimento do tema.

4.6 Fundamentos da discricionariedade

A discricionariedade justifica-se com base em alguns fundamentos, os quais se constituem em “fundamentos de ordem material, lógica e jurídica” (TOURINHO, 2004, p. 32).

Como fundamento material para a discricionariedade, segundo Tourinho (2004, p. 32), tem-se o fato de que “nem sempre a lei poderá prever objetivamente qual o comportamento apto a atingir de modo perfeito a finalidade normativa, em face da realidade polifacética dos fatos e circunstâncias da vida”. Outrossim, o administrador público depara-se frequentemente com situações e experiências novas, que exigem sua atuação, a fim de que sejam resolvidas e atendidas as demandas sociais. Dessa forma, para a autora, se o legislador se estabelece à atividade do administrador, “provavelmente casos existiriam em que sua conduta não alcançaria, da forma satisfatória, a finalidade da norma” (p. 32).

Compactuando desse mesmo entendimento, Meirelles (2006, p. 120) expõe que não é possível a lei regular minuciosamente todas as ações do administrador, o que faz com que o legislador regre somente “a prática de alguns atos administrativos que reputa de maior relevância, deixando o cometimento dos demais ao prudente critério do administrador”.

Em complementação ao entendimento supra, Harger (1998, p. 20) também refere a impossibilidade do legislador prever todas as atuações possíveis,

[...] especialmente se considerarmos as necessidades decorrentes da sociedade de massas, da vida nas grandes metrópoles e as grandes tragédias sociais, que são fatos que aparecem no dia a dia da administração pública e exigem uma pronta resposta.

O fundamento lógico “é utilizado por aqueles que [...] consideram a discricionariedade inserida nos conceitos jurídicos indeterminados” (TOURINHO, 2004, p. 32). Para Harger (1998, p. 20), “o legislador não consegue transmitir em todas as hipóteses comandos precisos e unissignificativos aos administrados”. A respeito deste aspecto, far-se-ão as considerações oportunas no item 4.8 deste trabalho.

E, como fundamento jurídico para justificar a discricionariedade, tem-se, para Tourinho (2004, p. 33), a necessidade de observância do princípio da separação de poderes, consagrado no art. 2º da Constituição Federal de 1988¹⁰, pois, se o legislativo previsse todas as condutas do administrador, “teríamos a substituição de um órgão do poder por outro, ou seja, teríamos a supressão do órgão administrativo, que passaria a ser mero cumpridor de ordens emanadas do legislativo”.

Por fim, cabe destacar, também, a doutrina de Mello (2001a, p. 780, grifo do autor), que expõe sinteticamente os fundamentos da discricionariedade nos seguintes dizeres:

[...] registramos nosso entendimento de que o fundamento da discricionariedade (ou seja, a razão pela qual a lei a instituiu) reside, simultaneamente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei e na inexorável contingência *prática* de servir-se de conceitos pertinentes ao

¹⁰ O art. 2º da Constituição Federal de 1988 dispõe: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

mundo do valor e da sensibilidade, os quais são conceitos chamados vagos, fluidos ou imprecisos.

São por todas essas razões e fundamentos, que se confere certa margem de liberdade de atuação à Administração Pública, atribuindo-lhe a possibilidade de escolha, dentre mais de uma alternativa, de uma solução para o exercício da função administrativa, desde que respeitados os limites da legalidade (DI PIETRO, 2001).

Questão de fundamental importância e que permite aperfeiçoar o conhecimento a respeito da discricionariedade, é a sua distinção de vinculação. Indaga-se, portanto: existirá discricionariedade ou vinculação plena? É a partir dessa análise, a ser tratada a seguir, que ficará mais evidente a significação do tema da discricionariedade.

4.7 Distinção entre vinculação e discricionariedade

Ao contrário da ideia de discricionariedade, configura-se a vinculação quando a ação e atuação da Administração Pública é determinada, de forma objetiva e rigorosa, pela norma, ou seja, “o único e possível comportamento que o administrador deverá adotar diante do caso concreto” (GUERRA, 2006, p. 873) é claramente predeterminado, não havendo, conseqüentemente, qualquer possibilidade de valoração subjetiva.

Conceitualmente, temos a seguinte definição de vinculação, nas palavras de Meirelles (2006, p. 166, grifo do autor): “*Atos vinculados* ou *regrados* são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização”. Assim, uma vez não atendidos os pressupostos que a lei estabelece para a atuação administrativa, “compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o querer o interessado.” (p. 167).

Como primeira questão importante a ser ressaltada a respeito da distinção entre vinculação e discricionariedade, condiz à existência, ou não, de vinculação ou discricionariedade plena ou absoluta.

Neste sentido, refere França (1999, p. 67) que a vinculação e a discricionariedade “não podem ser vistas numa visão absoluta”, pois seus elementos devem estar em harmonia, “sob pena de ou eliminar a criatividade e dinamismo indispensáveis à gestão dos interesses públicos, ou impossibilitar a fiscalização dos atos administrativos” (p. 67).

Já Krell (2004, p. 26, grifo do autor) ensina que a vinculação “apresenta uma variação meramente *gradual*”, ou seja, a decisão tomada pela Administração Pública “oscila entre os pólos da plena vinculação e da plena discricionariedade”. Mas, o autor deixa bem claro que a plena vinculação e a plena discricionariedade “quase não existem na prática” (p. 26). A intensidade com que o ato se mostrará vinculado dependerá da “densidade mandamental dos diferentes tipos de termos lingüísticos utilizados pela respectiva lei” (p. 26).

Quem também esclarece esta questão é Mello (2001c, p. 2, grifo do autor), que dirige-se à discricionariedade como sendo “sempre e inevitavelmente *relativa*”. Assim, aponta o autor algumas hipóteses que exemplificam a citada relatividade, vejamos:

É *relativa* no sentido de que, em todo e qualquer caso, o administrador estará sempre cingido – não importa se mais ou menos estritamente – ao que haja sido disposto em lei, já que discricção supõe comportamento ‘intra legem’ e não ‘extra legem’. Neste sentido, pode-se dizer que o administrador se encontra sempre e sempre ‘vinculado’ aos ditames legais.

É *relativa* no sentido de que, seja qual for o âmbito de liberdade conferido, só dirá respeito àqueles tópicos que a lei haja remetido à apreciação do administrador e não a outros tópicos concernentes ao ato, mas sobre os quais a norma já haja resolvido de maneira a não deixar margem para interferência do agente.

...

A discricionariedade é *relativa*, ainda, no sentido de que, por ampla ou estrita que seja, a liberdade outorgada só pode ser exercida de maneira consoante com a busca da *finalidade legal* em vista da qual foi atribuída a competência.

É *relativa*, ademais, no sentido de que a liberdade acarretada pela circunstância de haver a lei se servido de expressões vagas fluidas ou imprecisas não pode ser utilizada de maneira a desprender-se do campo significativo mínimo que tais palavras recobrem, isto é, das chamadas ‘zonas de certeza positiva’ e ‘certeza negativa’ nem do significado social imanente nas palavras legais das quais resultou tal liberdade (MELLO, 2001c, p. 2-4, grifo do autor).

O segundo aspecto a ser ressaltado refere-se à análise dos elementos do ato administrativo consoante a predominância de características vinculatórias ou discricionárias.

Neste sentido, “quanto à *competência*, à *forma* e à *finalidade* do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado” (MERELLES, 2006, p. 119, grifo do autor). Por outro lado, “o seu *motivo* e o seu *objeto* 'constituem a residência natural da discricionariedade administrativa' e podem agasalar o *mérito* da decisão” (KRELL, 2004, p. 27, grifo do autor).¹¹

Por fim, salienta Krell (2004, p. 24) que, tecnicamente, é possível a diminuição da vinculação com o uso de “conceitos jurídicos indeterminados”, termos distintos da discricionariedade, que, no entanto, servem para o mesmo fim. Assim, necessário se faz a análise desses conceitos para melhor compreender sua relação com a discricionariedade.

4.8 Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade

Sabe-se que o direito se expressa através da linguagem. Portanto, “o direito não existe sem a linguagem assim como não existe pensamento fora da linguagem” (HARGER, 1998, p. 31).

No entanto, o direito, ao expressar-se através da linguagem, não manifesta precisão em todos os termos que utiliza. Nota-se, também, que dependendo “do contexto lingüístico e da situação fática em que é empregado” (HARGER, 1998, p. 28), o significado de um termo pode variar.

¹¹ Importante aqui a leitura do art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei de Ação Popular), que determinou e conceituou os diferentes elementos do ato administrativo nos seguintes termos: “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento, ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio da finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando o fim diverso daquele previsto, explícito ou implicitamente, na regra de competência”.

Pois bem, neste sentido, como forma de explicar esse fenômeno da linguagem jurídica, surge a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, consagrada em

[...] vários países, como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e, mais recentemente, no Brasil, sendo empregada para designar vocábulos ou expressões que não têm um sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontrados com grande frequência nas normas jurídicas dos vários ramos do direito (DI PIETRO, 2001, p. 97).

Souza (1994, p. 18) destaca que a utilização, pelo Direito Administrativo, de conceitos indeterminados, “sempre foi frequente e se agravou nas últimas décadas, especialmente a partir do momento em que o legislador fez um esforço para regulamentar o mais possível a actividade administrativa”.

Desta forma, são perceptíveis muitas expressões com designações conceituais indeterminadas como, por exemplo: “boa-fé, bem comum, conduta irrepreensível, pena adequada, interesse público, ordem pública, notório saber, notória especialização, moralidade, razoabilidade [...]” (DI PIETRO, 2001, p. 97).

Dependendo da natureza da matéria a ser regulada, é que se encontrarão regras ou conteúdos melhor definidos, ou não. Por exemplo, “no Direito Penal, as definições necessariamente deverão ser específicas; no Direito Constitucional, necessariamente serão amplas” (MORESCO, 1996, p. 83). É em virtude dessa característica que “as regras administrativas trazem conceitos indeterminados, amplos, que possibilitam à autoridade certa margem de discricionariedade na escolha dos motivos e do objeto adequado ao caso” (p. 83).

Estabelecidas estas noções preliminares, temos por conceitos *jurídicos indeterminados* as “expressões vagas ou fluidas, com sentido impreciso, não se podendo *a priori* delimitar, fielmente, seu significado” (CALCINI, 2003, p. 114). Assim, afirma-se que o “*conteúdo e extensão* são, em larga medida, incertos” (MORESCO, 1996, p. 80, grifo do autor).

Percebe-se uma ferrenha discussão doutrinária a respeito da correta denominação a ser conferida às indeterminadas expressões da linguagem jurídica: se *conceitos* ou *termos*.

Neste sentido, Grau (2003, p. 196) afirma categoricamente: “não existem 'conceitos indeterminados'”. Para o autor, não sendo o conceito determinado, não será conceito. Para que “uma suma de idéias” (p. 196) possa ser considerada um conceito, deverá ser, “*no mínimo, determinada*” (p. 196, grifo do autor).

O que Grau (2003, p. 197, grifo do autor) quer destacar em sua explanação, é o fato de que a “referida *indeterminação dos conceitos* não é deles, mas sim dos *termos* que os expressam”.

Por outro lado, Mello (2001b, p. 21, grifo do autor), expõe veementemente sua crítica em relação ao entendimento adotado por Grau, nas seguintes palavras:

Anote-se, de passagem, que a imprecisão, fluidez, indeterminação, a que se tem aludido residem no *próprio conceito e não na palavra que os rotula*. Há quem haja, surpreendentemente, afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo que este é sempre certo, determinado. Pelo contrário, as palavras que os recobrem designam *com absoluta precisão* algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos.

Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às mesmas noções que estão abrigadas sob as vozes 'urgente', 'interesse público', 'pobreza', 'velhice', 'relevante', 'gravidade', 'calvície' e quaisquer outras do gênero. A precisão acaso aportável implicaria alteração do próprio conceito originalmente veiculado. O que poderia ser feito, evidentemente, seria a substituição de um conceito impreciso por um outro conceito – já agora preciso, portanto um novo conceito – o qual, como é claro, se expressaria através da palavra ou das palavras que lhes servem de signo.

Por fim, importa destacar a resposta de Grau (2003, p. 197-198, grifo do autor) à crítica supra referida:

A isso respondi com as seguintes observações. Evidentemente sou eu quem, embora ele não o declare, surpreendentemente Celso Antônio, afirmando que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo seja este sempre certo, determinado. De fato, é assim. Para que isso possa ser discernido, contudo, é necessário que se compreenda, inteiramente, a distinção entre *conceito e termo* (do conceito), bem assim o conceito de *conceito*, suma de idéias – produto da reflexão – , *apprehensio essentiae rei*. E, mais, a função dos conceitos jurídicos, da qual acima cogitei. De outra parte, Celso Antônio aparentemente adota a concepção de que *nomina sunt consequentia rerum*, quando, na verdade – diz Umberto Eco, pela voz de Guilherme de Baskerville (1983/403) –, 'de fato, é agora sabido que diferentes são os nomes que os homens impõem para designar conceitos, e iguais para todos são apenas os conceitos, signos das coisas. Assim que certamente vem a palavra *nomen* de *nomos*, ou seja, lei, visto que justamente os *nomina* são dados pelos homens *ad placitum*, isto é, por livre e coletiva convenção'. A mudança da palavra ou das palavras que compõem o seu *termo* evidentemente não altera ou modifica o conceito. E,

mais, nada impede que alguém se dedique ao projeto, por exemplo, de reescrever os *termos* dos conceitos de 'urgência', 'interesse público', 'pobreza', 'velhice', 'relevância', 'gravidade', 'calvície', não fora, para tal labor, necessário escrever-se vários volumes e tão curta a idade. Definitivamente, 'conceito indeterminado' não é *conceito*.

Discussões doutrinárias à parte, importa entender-se, aqui, a essência e o significado dos conceitos, ou termos (como prefere Grau), jurídicos indeterminados, os quais denotam, em suma, expressões vagas ou fluidas com significados imprecisos.

Adotar-se-á no presente estudo a expressão *conceitos jurídicos indeterminados* por mera opção terminológica e em razão da sua abrangente utilização pela doutrina de Direito Administrativo, todavia, respeitando os entendimentos contrários.

Outro aspecto que merece consideração é a distinção entre os denominados *conceitos jurídicos indeterminados* e *discricionariedade*, expressões muito confundidas por servirem, em certas ocasiões, à mesma finalidade, mas que, no entanto, diferem em seus significados.

Neste sentido, Di Pietro (2001, p. 98) faz relevante indagação: “Sempre que o Direito empregar tais conceitos, estar-se-á diante da discricionariedade administrativa?”.

Na verdade, ambas expressões significam “manifestações comuns da técnica legislativa de *abertura* das normas jurídicas, carecedoras de complementação” (KRELL, 2004, p. 34, grifo do autor). Neste sentido, verifica-se que a “extensão da liberdade discricionária atribuída à Administração mediante o uso de conceitos indeterminados depende, preponderantemente, do *tipo* de conceito utilizado pelo texto legal [...]” (p. 34, grifo do autor).

Alexandrino e Paulo (2008, p. 223) referem ser entendimento “de grandes autores pátrios” a existência de discricionariedade, ou sua possibilidade de atuação, “quando a lei utiliza os denominados **conceitos jurídicos indeterminados** na descrição do motivo que enseja a prática do ato” (p. 223, grifo do autor).

Também a respeito da distinção entre *conceitos jurídicos indeterminados* e *discricionariedade*, Carvalho Filho (2008, p. 46) destaca que para esta não há

imprecisão de sentido, pois “o administrador pode optar por uma dentre várias condutas lícitas e possíveis”. O autor aponta três elementos que seriam comportados pela fisionomia jurídica da discricionariedade:

[...] 1) norma de previsão aberta que exija complemento de aplicação; 2) margem de livre decisão, quanto à conveniência e a oportunidade da conduta administrativa; 3) ponderação valorativa de interesses concorrentes, com prevalência do que melhor atender ao fim da norma (CARVALHO FILHO, 2008, p. 46).

Assim, diante destes elementos, não há como confundir conceitos indeterminados e discricionariedade.

Para Alexandrino e Paulo (2008, p. 223-224), caracterizam-se os conceitos indeterminados sob os seguintes parâmetros:

Esquemáticamente, os conceitos indeterminados têm uma zona de certeza, um núcleo em que não há margem para dúvida sobre o enquadramento ou não de uma situação em seu conteúdo ('certeza positiva' para o conjunto potencial das situações que sem dúvida se enquadram e 'certeza negativa' para todos os casos que sem dúvida não se enquadram). Existe, entretanto, uma área de incerteza, um 'halo de indeterminação', uma 'zona de penumbra', 'zona gris', em que não é possível estabelecer uma única atuação juridicamente válida. Quando um caso concreto escapa à zona de certeza de um conceito jurídico indeterminado, a Administração tem discricionariedade para decidir acerca de seu enquadramento ou não na lei e, com base nessa decisão, aplicar ou não a lei ao caso concreto.

Já para Maffini (2008), discricionariedade expressa a ideia de escolha, ao passo que conceito jurídico indeterminado expressa a ideia de interpretação. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, a respeito da discussão em relação à distinção entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade, tem se manifestado da seguinte forma (ANEXO A):

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. **A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.** 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da

penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido. (Recurso em Mandado de Segurança nº 24.699 / DF – Distrito Federal, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Ministro Relator: Eros Grau, Julgado em 30/11/2004, grifo nosso)

Percebe-se, com a ementa colacionada acima, a diferenciação que o Ministro Relator Eros Grau estabelece entre o ato discricionário e conceitos indeterminados, referindo que aquele somente existirá no momento em que a norma jurídica possibilitar expressamente a livre atuação da autoridade administrativa (ideia de escolha), ao passo que esta é passível de exame e controle pelo Poder Judiciário (ideia de interpretação), da mesma forma e maneira que o são os atos vinculados.

Isso não quer dizer que os atos discricionários não possam ser submetidos ao controle jurisdicional. Há sim esta possibilidade, desde que o Judiciário, em princípio, se abstenha da análise do mérito da decisão administrativa ou desde que não substitua a opção legal eleita pela Administração Pública, como se verá mais adiante.

Diante do exposto, tem-se por demonstrada, sinteticamente, as diferenciações entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade e a relevância destes dois institutos para a aplicabilidade da norma jurídica, especialmente no âmbito da Administração Pública.

Assim, abordados os aspectos gerais a respeito da discricionariedade administrativa, passar-se-á, por conseguinte, à análise de seus limites e da possibilidade de sua sindicabilidade pelo Poder Judiciário, objetivo específico deste estudo.

4.9 Limites da discricionariedade administrativa

O exercício da discricionariedade administrativa necessita ser realizado com observância a determinados limites, caso contrário, poderá configurar-se como uma

atividade arbitrária do administrador público. Neste sentido, conforme bem observa Ackel Filho (1990, p. 53), “desde há muito, doutrina e jurisprudência repetem que os atos de tal jaez são vinculados em vários de seus aspectos, tais como a competência, forma e fim”. Ainda, segundo o autor, princípios como a legalidade, legitimidade, moralidade, entre outros, “fixam contornos que não poderão ser violentados” (p. 53).

O estudo sobre os limites da discricionariedade administrativa deve ser relacionado ao tema que trata do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, pois são justamente esses limites que definirão a esfera de atuação administrativa e seu poder de livre decisão, que, para Di Pietro (2001, p. 133), constituem-se em aspectos “inapreciáveis pelo Poder Judiciário”.

Assim, ao Poder Judiciário não é permitido invadir o “espaço reservado, pela lei, ao administrador” (DI PIETRO, 2001, p. 133), pois senão, o juiz substituiria, por seus próprios critérios de escolha, a opção legal da Administração Pública, “com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode apreciar diante de cada caso concreto” (p. 133).

Carvalho Filho (2008, p. 43) enfatiza que “a moderna doutrina, sem exceção, tem consagrado a limitação ao poder discricionário, possibilitando maior controle do Judiciário sobre os atos que dele derivem”. Contudo, refere que:

O que se veda ao Judiciário é a aferição dos critérios administrativos (conveniência e oportunidade) firmados em conformidade com os parâmetros legais, e isso porque o Juiz não é administrador, não exerce basicamente a função administrativa, mas sim a jurisdicional (CARVALHO FILHO, 2008, p. 43).

Ainda, segundo o autor, “um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa” e a “verificação dos motivos inspiradores da conduta” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 43).

Quanto à necessária adequação da conduta do agente à finalidade expressa na lei, faz-se, aqui, breve referência à teoria do Desvio de Poder, através da qual, segundo Di Pietro (2004, p. 211), “fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a

nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei”.

Já quanto à necessária “verificação dos motivos inspiradores da conduta” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 43), importa abordar, sucintamente, a teoria dos Motivos Determinantes, que, segundo Di Pietro (2004, p. 211), tem o objetivo de fazer com que a Administração Pública indique “os motivos que a levaram a praticar o ato”, sendo que este ato somente terá validade se os motivos forem verdadeiros. Exemplo disso, segundo a autora, seria o reexame das provas de um processo administrativo pelo Poder Judiciário, com a finalidade de identificar se o motivo (infração) existiu de verdade.

A concepção de que o único limite da discricionariedade seja a *lei* ou a *legalidade* não é mais o entendimento prevalecente da doutrina administrativista. Neste sentido, Di Pietro (2001, p. 233, grifo do autor) esclarece não ser mais “a liberdade de atuação limitada pela lei, mas a liberdade de atuação limitada pelo *Direito*”. Ademais, para a autora, com a ampliação do princípio da legalidade, albergando hoje o Direito, encontra-se este “impregnado de todo o conteúdo axiológico inspirador do preâmbulo da Constituição de 1988, que se incorpora ao seu texto como diretriz fundamental a ser observada na elaboração das leis e na sua aplicação e exegese” (p. 232).

Também, para Moraes (2004, p. 44), é necessário redefinir-se a discricionariedade, “outrora plasmada em função da legalidade, agora, em função do Direito, ou seja, da juridicidade.”

Ainda, a respeito desta questão, Mello (2001a, p. 787) refere ser a lei quem “estabelece as condições de fato para o agir da Administração”. No entanto, quanto aos limites da discricionariedade, estes “defluem da lei e do sistema legal como um todo” (p. 785).

Atualmente, os tribunais superiores brasileiros vêm apreciando a questão de forma a sujeitar a discricionariedade não apenas aos limites da legalidade, mas também aos da juridicidade, o que abrange os demais princípios constitucionais e gerais de Direito.

Por exemplo, a Ministra Ellen Gracie, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 403.205-8 – RS pelo Supremo Tribunal Federal (ANEXO B), proferiu seu voto abordando o assunto nos seguintes termos:

Reputo indubitado que o Poder Público detém a faculdade de instituir benefícios fiscais, desde que observados determinados requisitos ou condições já definidas no texto constitucional e em legislação complementar, de modo a respeitar princípios e valores jurídicos próprios do Estado de Direito.

Tal premissa mostra-se de fundamental importância porquanto não apenas preserva características formais próprias do Estado de Direito, como a representação popular, a reserva constitucional de competências, a independência de jurisdição, o princípio da legalidade (reserva e supremacia da Lei), entre outras, como também a atuação do Poder Público, mediante prévia subordinação a certos parâmetros antecipadamente estabelecidos em lei específica e sobretudo a princípios positivados na Constituição. Com isso, o Poder Público submete-se à ordem normativa do Estado de Direito, por sua simultânea especificidade garantidora do interesse prevalente do Estado e do interesse individual dos administrados, estabelecendo-se verdadeiro obstáculo à atuação ilegítima e à interperança do Poder Público.

Veja-se, neste sentido, a respectiva ementa da decisão acima referida:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. ICMS. CONCESSÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO. PROTOCOLO INDIVIDUAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PUBLICIDADE NÃO CONFIGURADA. 1. Falta aos incisos XIII e LVII do art. 5º da Constituição Federal o devido prequestionamento (Súmulas STF nºs 282 e 356). 2. **O Poder Público detém a faculdade de instituir benefícios fiscais, desde que observados determinados requisitos ou condições já definidos no texto constitucional e em legislação complementar. Precedentes do STF.** 3. É dever da Administração Pública perseguir a satisfação da finalidade legal. O pleno cumprimento da norma jurídica constitui o núcleo do ato administrativo. 4. Concessão de benefício fiscal mediante ajuste entre Administração Pública e administrado. "Protocolo individual". Instrumento de intervenção econômica que impõe direitos e obrigações recíprocas. Dever jurídico da Administração Pública de atingir, da maneira mais eficaz possível, o interesse público identificado na norma. 5. Princípio da razoabilidade. Hipótese que carece de congruência lógica exigir-se o comprometimento da Administração Estadual em conceder benefício fiscal presumido, quando a requerente encontra-se inadimplente com suas obrigações tributárias. 6. Violação ao princípio da publicidade não configurada. Negativa de celebração de "protocolo individual". Incontroversa existência de autuações fiscais por prática de infrações à legislação tributária estadual. Interesse preponderante da Administração Pública. 7. Recurso extraordinário conhecido e improvido. (Recurso Extraordinário nº 403.205-8/RS – Rio Grande do Sul, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Ministra Relatora: Ellen Gracie, Julgado em 28/03/2006, grifo nosso)

Pertinente, ainda, a decisão jurisprudencial referente ao julgamento do Recurso Especial nº 1.001.673 – DF (ANEXO C), que explicita semelhante entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da limitação da

discrecionalidade em razão da observância da juridicidade, notadamente aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme se lê na ementa abaixo transcrita:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEAS "A" E "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO. ATO VINCULADO. CONTROLE JURISDICIONAL. LIMITES. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO. 1. Não se verifica ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que, consoante entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, o órgão julgador, desde que tenha apresentado fundamentos suficientes para sua decisão, não está obrigado a responder um a um os argumentos das partes, sendo inviável o acolhimento dos embargos declaratórios quando não presentes as hipóteses previstas no citado dispositivo legal. 2. Para que o recurso especial interposto com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional possa ser conhecido, é necessário, entre outros requisitos, que o recorrente demonstre a similitude fática entre os julgados confrontados, sendo insuficiente a mera transcrição de ementas. 3. A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional, o que não ocorre, no caso, em relação ao disposto no art. 334, II, do CPC. **4. Cabe ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, zelar, quando provocado, para que o administrador atue nos limites da juridicidade, competência que não se resume ao exame dos aspectos formais do ato, mas vai além, abrangendo a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais, como proporcionalidade e razoabilidade.** 5. No caso, o Tribunal de origem, ao verificar, mediante atividade interpretativa, inerente à função jurisdicional, se os fatos apurados e descritos no procedimento administrativo conduziam ou não à conclusão de ter o servidor praticado infração disciplinar, nada mais fez do que cumprir seu mister constitucional. 6. O órgão julgador entendeu, de modo claro e fundamentado, que a conduta narrada não constituía violação ao art. 143 da Lei 8.112/90, por ausência de subsunção dos fatos à norma. Agiu, destarte, nos limites de sua competência, não cabendo afirmar que deveria ter-se restringido à análise dos aspectos formais do procedimento administrativo, sob pena de restar esvaziada a garantia fundamental de acesso ao Poder Judiciário, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. 7. No que tange ao controle jurisdicional de atos impositivos de sanção a servidor público, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu no sentido de que, diante dos princípios que vinculam o regime jurídico disciplinar, não há falar em discrecionalidade da Administração, devendo o controle exercido pelo Poder Judiciário incidir sobre todos os aspectos do ato. Precedente. MS 12.988/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 12/2/08. 8. Revisar o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias no sentido de que, conforme apurado e descrito nos autos, a conduta do servidor não constituiu infração disciplinar demandaria o reexame de fatos e provas, procedimento vedado na via especial (Súmula 7/STJ). 9. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. (Recurso Especial nº 1.001.673 – DF (2007/0254568-0), Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Ministro Relator: Arnaldo Esteves Lima, Julgado em 06/05/2008, grifo nosso)

Tem-se por demonstrado, portanto, embora de forma sucinta, alguns posicionamentos jurisprudenciais que corroboram a necessidade da limitação da atuação do administrador não somente à lei ou à legalidade, mas também aos demais princípios constitucionais e gerais de Direito.

Importa registrar, também, o esforço da doutrina de Medauar (2006, p. 114-115) em estabelecer alguns tipos de limites à discricionariedade administrativa, para os quais denomina parâmetros:

- a) Parâmetros decorrentes da observância da Constituição, da lei, dos princípios constitucionais da Administração, outros princípios do direito administrativo e princípios gerais do direito.
- b) Tipo de interesse público a atender, estabelecido diretamente pela norma atribuidora de competência ou indiretamente pela norma de regulamentação do órgão.
- c) Normas de competência, que atribuem o poder legal de tomar as medidas atinentes à situação. Necessária se torna a correspondência da decisão à função exercida pela autoridade.
- d) Consideração dos fatos tal como a realidade os exterioriza. A autoridade administrativa não há de inventar fatos ou apreciá-los com erro manifesto, levando a consequências absurdas e sem razoabilidade. Relaciona-se esse aspecto à qualificação jurídica dos fatos e ao requisito do motivo do ato administrativo.
- e) Associada ao parâmetro anterior, encontra-se também a motivação das decisões. Tradicionalmente predominou a regra da não obrigatoriedade de explicitar as razões da decisão, sobretudo no exercício do poder discricionário. Hoje, a linha se inverteu, para prevalecer a exigência de motivação, salvo exceções.
- f) O poder discricionário deve observar as normas processuais e procedimentais, quando pertinentes à atuação, tais como: contraditório, ampla defesa, adequada instrução, inclusive com informações técnicas e atos probatórios.
- g) Garantias organizacionais também se incluem entre os parâmetros do poder discricionário. Por exemplo: a composição e o modo de funcionamento interno dos órgãos, em especial dos colegiados que decidem ou atuam no processo de decisão; as regras de abstenção ou relativas a impedimentos, ligadas ao princípio constitucional da impessoalidade.
- h) Preceitos referentes à forma, ou seja, ao modo de exteriorização das decisões administrativas.

Percebe-se o quão pormenorizados são os limites ou parâmetros elencados por Medauar, o que, sem dúvida, enriquece o entendimento doutrinário a respeito do assunto. No entanto, não se realizará, aqui, o exame de cada aspecto referido pela autora.

O que importa depreender-se, em suma, a respeito dos limites da discricionariedade administrativa, é sua atual ampliação “pelo acolhimento de vários princípios de origem pretoriana” (DI PIETRO, 2001, p. 233), princípios estes constantes de forma explícita ou implícita na Constituição Federal de 1988 e que também “ampliam a ação do Poder Judiciário, que não poderá cingir-se ao exame puramente formal da lei e do ato administrativo, pois terá que confrontá-los com os valores consagrados como dogmas na Constituição” (p. 234).

Diante de todo o exposto, tem-se que o princípio da legalidade, segundo Di Pietro (2001, p. 137, grifo do autor) “adquire um conteúdo axiológico”, de valoração da “conformidade da Administração Pública com o *Direito*, o que inclui, não apenas a lei, em sentido formal, mas todos os princípios que são inerentes ao ordenamento jurídico do Estado de Direito Social e Democrático”.

Contudo, resta analisar o exercício do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, uma vez ultrapassados os limites da discricionariedade.

4.10 Controle jurisdicional da discricionariedade administrativa

4.10.1 Fundamento do controle jurisdicional

Como já visto no tópico 4.6, quando se tratou dos fundamentos da discricionariedade, tem-se que essa discricionariedade se constitui em “expressões de textura aberta da norma jurídica” (MORAES, 2004, p. 106), que necessitam de complementação do administrador público para a concreção do ato administrativo.

Também se verificou no tópico anterior, ao tratar-se dos limites da discricionariedade administrativa, que é possível seu controle jurisdicional. No entanto, indaga-se: o que fundamenta a possibilidade do Poder Judiciário sindicar os atos discricionários da Administração Pública?

Pois bem, o fundamento legal que possibilita o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa é calcado no princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional (MORAES, 2004). Este princípio é enunciado

pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Para Meirelles (2006, p. 120), é um erro considerar “o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites do agente administrativo”. O autor refere, entretanto, que não é possível o Judiciário substituir, no ato administrativo, a discricionariedade do administrador pela do juiz.

Destaca-se, novamente, a importância fundamental que exercem os princípios constitucionais da Administração Pública, assim como de todos os princípios gerais de Direito, para a realização do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, pois esses “delimitam a margem de interpretação de todo o sistema jurídico e estabelecem os limites da juridicidade de qualquer ato estatal” (KRELL, 2004, p. 46), aspecto que, aliás, será examinado mais adiante.

Ainda, quanto ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, importa referir que o exercício da discricionariedade administrativa “não conduz necessariamente a uma lesão ou ameaça de lesão de direito” (MORAES, 2004, p. 110). No entanto, verificada a transgressão do ato administrativo em razão ao disposto em lei, tem-se o respaldo constitucional para a efetivação do controle jurisdicional, com a consequente invalidação desse ato.

Conforme ensina Grau (2006, p. 216, grifo do autor), “O exercício, pela Administração, da autêntica *discricionariedade* [...] não está sujeito ao *controle* do Poder Judiciário, salvo quando esse exercício consubstancie desvio ou abuso de poder ou de finalidade”. No entanto, salienta o autor que na ocorrência do desvio ou abuso de poder ou desvio de finalidade, o exame da discricionariedade “sempre se impõe” (p. 216). Ainda, que deve o Poder Judiciário verificar “se o ato é **correto**”, e não eleger “qual o ato *correto*” (p. 217, grifo do autor).

Tem-se, por outro lado, o princípio da separação de poderes, disposto explicitamente no art. 2º da Constituição Federal de 1988¹², que, embora não se oponha, aqui, aos preceitos do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional,

¹² O art. 2º da Constituição Federal de 1988 dispõe: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

reconhece “uma área de atuação administrativa – uma ‘área de livre decisão’, injusticiável, isto é, insuscetível de revisão judicial plena” (MORAES, 2004, p. 107).

Portanto, é na perspectiva da possibilidade de realização do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa e em face do invocado princípio da separação dos poderes, que delinear-se-ão pertinentes considerações a seguir.

4.10.2 O princípio da separação dos poderes e o controle jurisdicional

No Brasil, predomina uma expectativa no sentido de que a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário possa ser revista, por qualquer um desses Poderes, de forma plena, embora se reconheça a existência de significativas diferenças no exercício das atividades legislativas, executivas e judiciárias (MORAES, 2004).

No entanto, em razão do princípio da separação dos poderes, disposto de forma explícita no art. 2º da Constituição Federal de 1988, predomina a “posição doutrinária que afirma a reserva da Administração perante os Tribunais” (MORAES, 2004, p. 109), sustentando certa limitação do controle jurisdicional em relação à Administração Pública.

Em que pese ser o posicionamento doutrinário referido o entendimento prevalecente em nosso país, esta questão não se mostra em todo pacífica. Há uma corrente da doutrina administrativista brasileira que destaca a necessidade de reavaliação da aplicação dogmática do princípio da separação dos poderes. Neste sentido, destaca-se, por exemplo, a doutrina de Krell (apud FREIRE JÚNIOR, 2004, p. 39), que aborda esta questão de forma pertinente:

Parece-nos cada vez mais necessária à revisão do vetusto dogma da Separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativos e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Embora a revisão ou reavaliação do dogmático princípio da separação de poderes seja tratada apenas no plano de uma perspectiva futura, não se buscará, neste trabalho, abordar e perquirir sobre as bases e fundamentos dessa corrente

doutrinária. Examinaremos aqui, apenas, o posicionamento majoritário da doutrina e a construção das decisões jurisprudenciais pátrias acerca deste assunto.

Pretende-se, com o controle jurisdicional, que o Poder Judiciário possa examinar as condutas do administrador público, sim, desde que causadoras de lesão ou ameaça a direito. Para estas hipóteses, "autoriza-se a interferência de um poder sobre a atuação do outro" (MORAES, 2004, p. 110). O que não pode é o juiz querer substituir-se ao administrador no exercício da atividade administrativa discricionária.

O exercício do controle jurisdicional, sob este parâmetro, não representa "uma interferência indébita que contrarie a regra da divisão dos Poderes" (ACKEL FILHO, 1990, p. 56). Em virtude da teoria dos freios e contrapesos – *checks and balances* – permite-se "a ingerência de um poder na vida do outro de sorte a garantir o equilíbrio do Estado" (p. 56).

Traz-se, a seguir, decisões interessantes que revelam a forma como o Tribunal de Justiça gaúcho vem se manifestando acerca desta questão.

Por exemplo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70004995767 (ANEXO D), interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra decisão proferida nos autos de ação civil pública movida pelo Ministério Público, em que fora deferida liminar para que se concluísse o recenseamento de crianças em idade escolar e cidadãos sem acesso ao ensino público, bem como apresentação de projetos para a inclusão educacional de jovens residentes na zona rural, adolescentes em conflito com a lei e alunos com atraso escolar, em certo prazo, sob pena de multa no valor de R\$ 50.000,00, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu que a decisão judicial *a quo* invadira a seara administrativa, desconstituindo, por conseguinte, a decisão atacada.

Neste sentido, o Desembargador Relator Vasco Della Giustina, ao proferir seu voto, sustentou:

Entendo, vênha permissa, que procede o arrazoado recursal, quando aduz que "...deferida a liminar, está o Poder Judiciário determinando à Administração o exercício de ato tipicamente administrativo, ferindo, por via de consequência, os princípios da independência entre os Poderes, esculpido no art. 2º da Constituição Federal..."

...

[...] louvável a iniciativa ministerial, ressentindo-se ela, todavia, de foros de legalidade, pois, entendendo que a medida pleiteada refoge ao âmbito da atividade jurisdicional e se concentra em lindes inteiramente administrativos, no que se interpõe o princípio da separação dos poderes.

Veja-se, por oportuno, a respectiva ementa da decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER IMPOSTA AO PODER EXECUTIVO PELO PODER JUDICIÁRIO. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE ADMINISTRATIVA, NÃO TENDO O JUDICIÁRIO INGERÊNCIA NESTE PONTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER, QUE IMPORTA EM ATOS DE ADMINISTRAÇÃO, SUBSTITUINDO OS CRITÉRIOS DE OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA DO ATO DISCRICIONÁRIO ADMINISTRATIVO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO COMPETE AO JUDICIÁRIO A FIXAÇÃO DE PRIORIDADES NO DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADES AFETAS À ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE NORMA LEGAL SUBSTANTIVA, QUE OBRIGUE OU VEDE A PRÁTICA DE DETERMINADO ATO À ADMINISTRAÇÃO. EVENTUAL RESPONSABILIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS, SE DA OMISSÃO RESULTAR PREJUÍZO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. POSIÇÃO DOUTRINÁRIA. AGRAVO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70004995767, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vasco Della Giustina, Julgado em 18/12/2002)

Traz-se, também, o julgamento do Recurso de Apelação nº 70024096950 (ANEXO E), interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, em autos de ação de rito ordinário, em face de sentença que conferira retroatividade a ato de promoção, sem no entanto haver previsão legal para essa retroatividade. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de igual forma, reformou a sentença *a quo*. Para tanto, a Desembargadora Relatora Agathe Elsa Schmidt da Silva salientou em seu voto que:

[...] o ato de promoção de servidores públicos é ato de discricionariedade da Administração, atrelado, portanto, a critérios de conveniência e oportunidade. Por tal razão, não pode o julgador se imiscuir na atividade administrativa e substituir o administrador na sua função, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal).

E a ementa da decisão acima referida explana o caso nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. ATO ADMINISTRATIVO. PROMOÇÃO. EFEITOS RETROATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. RECURSO DE APELAÇÃO: O ato de promoção de servidores públicos é ato de discricionariedade da Administração, atrelado, portanto, a critérios de conveniência e oportunidade. No caso concreto, o art. 24 da Lei 8.533/88 apenas tratou dos períodos em que, de uma forma geral, deveriam se dar as promoções dos servidores, estabelecendo orientação para o exercício do poder discricionário do administrador, que

estava condicionado, ainda, à existência de vagas disponíveis. Em decorrência do quanto decidido, resta prejudicado o recurso de apelação na parte relativa aos juros moratórios. REEXAME NECESSÁRIO: Em se tratando de caso em que a sentença é ilíquida, deve ser considerado o valor da causa atualizado como elemento balizador do cabimento do reexame necessário. Atribuído à causa o valor de alçada. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO EM PARTE, SENDO PROVIDO NA PARTE EM QUE CONHECIDO. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO. UNÂNIME. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70024096950, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Agathe Elsa Schmidt da Silva, Julgado em 06/08/2008)

Pertinente, ainda, o julgamento da Apelação Cível nº 70024210064 (ANEXO F), em que o Município de São Leopoldo/RS apela de sentença que julgara procedente a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público e que lhe condenara a realizar obras de infraestrutura (redes de água potável, esgoto, energia elétrica e construção de vias pública e iluminação), bem como a regularizar loteamento.

Em suas razões de apelação, sustenta o Município que o mesmo não pode ser compelido à realização de obras de infraestrutura, pois é ao Administrador que cabe o juízo de conveniência e oportunidade dessas obras, dependendo de disponibilidade de orçamento. Ademais, refere ser o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário vinculado ao campo da obediência aos princípios da legalidade e da moralidade pública.

Diante de tais argumentos, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu pelo parcial provimento do apelo, desobrigando o Município a realizar as referidas obras. Neste sentido, sustenta o Desembargador Relator Marco Aurélio Heinz que:

[...] com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir.

...

Assim, embora reconheça a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário na órbita do Poder Executivo para satisfação de direito subjetivos públicos, como o fornecimento de remédios e atendimento médico e hospital, essa interferência deve se circunscrever aos limites da reserva do possível e atender ao princípio da proporcionalidade.

No caso, não vislumbro possa o Judiciário interferir na órbita do executivo para compeli-lo a realizar obras de infra-estrutura em loteamento irregular, sob pena de prejudicar o cumprimento do próprio orçamento municipal.

Transcreve-se, a seguir, a respectiva ementa da decisão acima referida:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. OBRAS DE INFRA-ESTRUTURA. PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE. Compete ao Município promover o adequado ordenamento territorial, mediante o controle do uso e parcelamento do solo urbano, por isso, tem o dever de regularizar o loteamento irregular (art. 40 da Lei n.º 6.766/1979). Contudo não cabe ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município, determinando quais as obras deve executar. A municipalidade, com fulcro no princípio da discricionariedade, tem a liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Apelação provida parcialmente para excluir da condenação a obrigatoriedade de realização de obras de infra-estrutura no loteamento irregular. (Apelação Cível Nº 70024210064, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 18/06/2008)

O Poder Judiciário, portanto, ao exercer o controle dos atos da Administração Pública, o faz apenas “na sua condição legítima de órgão revisor da violação de direitos subjetivos e coletivos que deles derivam” (ACKEL FILHO, 1990, p. 56).

A defesa de uma maior atuação e ingerência do Poder Judiciário na análise das decisões administrativas, para Freire Júnior (2004, p. 40), “implica em possíveis zonas de tensões com as demais funções do Poder”. No entanto, ressalta o autor que o Judiciário, por outro lado não deve ser “um mero carimbador de decisões políticas das demais funções” (p. 40).

Ao findo desta análise, tem-se, portanto, que os princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade da tutela jurisdicional são plenamente compatíveis em relação ao exercício da discricionariedade administrativa, permitindo seu controle jurisdicional, “para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaça de direito” (MORAES, 2004, p. 110-111), seja à luz do princípio da legalidade como dos demais princípios do Direito.

4.10.3 O exame do mérito do ato discricionário

A discricionariedade, como já visto, configura-se como a possibilidade de escolha de uma solução, pelo administrador público, dentre várias previstas legalmente, para a concretização da ação administrativa, escolha esta orientada por critérios de conveniência e oportunidade, a que se chama de mérito administrativo (MAFFINI, 2008). Ademais, necessário lembrar que nos atos vinculados não há mérito administrativo.

Assim, a noção de mérito “aparece sempre ligada a idéia de valoração subjetiva do administrador e na prática dos atos discricionários” (LIMBERGER, 1997, p. 105).

Destaca-se, também, que a escolha do administrador público deve-se pautar “pelo comportamento que represente a maior repercussão de efeitos e conseqüências benéficas ao conjunto dos administrados” (FRANÇA, 1999, p. 71).

Quanto ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, a questão do mérito é extremamente relevante, pois grande parte das discussões doutrinárias e jurisprudenciais giram em torno da possibilidade, ou não, de sua sindicabilidade.

Neste sentido, conforme refere Maffini (2008, p. 61), “Encontram-se na doutrina, de um lado, posições que defendem a impossibilidade de controle judicial do mérito administrativo e, de outro, aqueles que entendem ser viável tal controle”. Para o autor, trata-se de uma questão meramente terminológica, pois não se discute mais “o quê e como o Poder Judiciário pode promover controle das condutas discricionárias” (p. 61), apenas “o modo de se denominar o objeto de tal controle” (p. 61).

Para tanto, Maffini (2008, p. 61-62, grifo do autor) tece as seguintes considerações:

Se se questionar acerca da possibilidade de o Poder Judiciário promover o controle de decisões de mérito administrativo validamente exaradas [...], ou seja, se se tratar de decisão válida de conveniência e oportunidade, por óbvio, a resposta será negativa. Isto é, no sentido de se controlar decisões válidas de conveniência e oportunidade, é claro que o Poder Judiciário não estará legitimado a promover tal fiscalização. Nesse sentido, costuma-se corretamente afirmar que *o Poder Judiciário não pode controlar o mérito administrativo*.

De outro lado, se pretextando uma decisão discricionária de mérito administrativo (conveniência e oportunidade), o administrador obrar de modo inválido, seja por desrespeitar as regras legais aplicáveis, seja por afrontar aos demais princípios do Direito Administrativo, por certo estará o Poder Judiciário habilitado a controlar tal conduta num juízo, em regra, negativo, ou seja, invalidando a decisão administrativa discricionária [...]. Embora se trate de questão de validade, há quem considere tal controle como um *controle judicial do mérito administrativo*. Não se pode, contudo, concordar com tal perspectiva, uma vez que, como já afirmado, trata-se de um controle jurisdicional pautado por noção de validade, mesmo que esta se encontre devidamente ampliada.

Igual entendimento é o de Cretella Júnior (1964, p. 50, grifo do autor), referindo que ao Judiciário, de uma maneira geral, não é conferido o direito de apreciação do “*merecimento* ou *mérito*” dos atos administrativos discricionários. No entanto, sendo os atos ilegais, “em que o direito em vigor esteve ausente ou em que se aplicou indevidamente” (p. 50), poderão ser estes revistos.

Vê-se, desta forma, que para a doutrina administrativista brasileira, de regra, não é possível a análise do mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário. Contudo, segundo Maffini (2008) e Cretella Júnior (1964), permite-se o controle jurisdicional do ato manifestamente ilegal, com base no exame de legalidade e ao crivo dos demais princípios de Direito, ensejando unicamente sua invalidade, e não sua substituição.

Como bem aponta Moraes (2004, p. 59), “os Tribunais Brasileiros têm assumido predominantemente uma atitude mais contida de auto restrição quanto ao controle do mérito do ato administrativo”.

Neste sentido, faz-se, a seguir, a análise de duas decisões jurisprudenciais que corroboram os dizeres de Moraes, ou seja, a restrição do Judiciário quanto ao exame do mérito do ato administrativo discricionário, embora haja referência nestas decisões quanto à possibilidade de análise dos aspectos de legalidade do ato.

Como primeiro exemplo, traz-se o julgamento, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, da Apelação Cível nº 70021502562 (ANEXO G), em que um integrante da Brigada Militar apela de decisão que julgara improcedente a ação declaratória constitutiva de direitos a promoção, ajuizada em face do Estado do Rio Grande do Sul.

Alega o apelante, em suas razões, que em virtude de lhe ter sido conferida a medalha “Estrela de Reconhecimento” pelo fato de ter interferido em um assalto a ônibus, ter sido atingido por cinco tiros e colocado sua vida em risco, não fora, contudo, promovido por ato de bravura, conforme estaria previsto na Lei Complementar 11.000/97. Outrossim, requereu sua promoção na graduação de 2º Sargento.

No entanto, quando do julgamento da Apelação, o Desembargador Relator Alexandre Mussoi Moreira referiu em seu voto que:

[...] trata-se de ato discricionário e, por conseguinte, não comporta controle judiciário quanto ao mérito, não podendo a autoridade judiciária invadir a área reservada à Administração, diante da divisão de tarefas que o art. 2º, da Carta Política discriminou, substituindo-a nos seus misteres.

Compete à Administração reconhecer, ou não, a bravura do soldado. [...].

Ao juiz, cabe exercer o controle da legalidade, ante o art. 5º, XXXVI, da CF/88, que jamais desce a tais pormenores, limitando-se a acompanhar a formação do ato administrativo, de acordo com o roteiro legal.

Colaciona-se, a seguir, a respectiva ementa da decisão proferida:

APELAÇÃO CÍVEL. POLICIAL MILITAR. PRETENSÃO À PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUE NÃO ADMITE O EXAME DO MÉRITO PELO PODER JUDICIÁRIO. Negaram provimento ao apelo. Unânime. (Apelação Cível Nº 70021502562, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 21/11/2007)

Já o segundo exemplo a que se faz referência, trata do julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do Mandado de Segurança nº 12.629 – DF (ANEXO H), em que a impetrante, servidora de organização militar, requer a anulação de sua remoção do Comando Aéreo Regional 3 – COMAR III e que seja redistribuída para o quadro funcional da Agência de Aviação Civil – ANAC. Isto em razão de ter sido a única servidora, dentre os ocupantes do cargo de Agente Administrativo ou Técnico de Assuntos Educacionais, que, com a extinção do Departamento de Aviação Civil – DAC, não fora redistribuída para o quadro da ANAC. Alega, ademais, que preenche todos os requisitos constantes da Lei nº 11.182/2005 para redistribuição à autarquia. No entanto, em que pese as alegações da impetrante, o Tribunal decidiu pela denegação da segurança.

Interessante destacar que, ao proferir seu voto, o Ministro Relator Felix Ficher realizou um exame acurado dos dispositivos da Lei nº 11.182/2005, em razão da alegação da impetrante de que esses não teriam sido observados quando de sua remoção ao Comando Aéreo Regional 3 – COMAR III. Contudo, o Ministro Relator, após realizada a análise quanto aos aspectos legais, sustentou que:

[...] conclui-se que a redistribuição é ato discricionário, que leva em conta o interesse da administração pública na transferência do servidor para as novas atividades. Daí a plena correção do ato atacado, que, com base no

art. 7º do decreto, escolheu, entre os considerados necessários, os servidores para o novo quadro funcional da entidade recém-criada.

Nesse contexto, não há espaço para se falar em discriminação e nem ofensa à legalidade ou à isonomia. Como bem ressaltado nas informações, o ato de redistribuição é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço.

Vê-se, pois, nesta decisão, que o Ministro Relator realizou uma ampla análise da legalidade do ato administrativo, sem, no entanto, adentrar na análise do mérito do mesmo.

A seguir, transcreve-se a respectiva ementa da decisão:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. ATO DE REDISTRIBUIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. I - O ato de redistribuição de servidor público é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço, levando em conta a conveniência e oportunidade da transferência do servidor para as novas atividades. II - O controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, eximindo-se o Judiciário de adentrar na análise de mérito do ato impugnado. Precedentes. Segurança denegada. (Mandado de Segurança Nº 12629/DF (2007/0029109-0), Terceira Seção, Superior Tribunal de Justiça, Ministro Relator: Felix Fischer, Julgado em 22/08/2007)

Diante destas decisões jurisprudenciais, percebe-se o posicionamento predominante dos tribunais superiores brasileiros quanto a impossibilidade do Poder Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo discricionário, limitando-se, apenas, ao exame da legalidade.

No entanto, com a adoção e “a aceitação dos princípios como parâmetros de controle jurisdicional da atividade administrativa” (MORAES, 2004, p. 147), conforme se abordará no tópico seguinte, é possível estreitar os limites e o alcance do mérito administrativo, e, conseqüentemente, aumentar a extensão do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

4.10.4 O controle jurisdicional por meio dos princípios

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, “ocorreu, no Brasil, [...] a constitucionalização dos princípios da Administração Pública” (MORAES, 2004, p. 112), trazidos no art. 37 da Carta Magna, conforme já referido no segundo capítulo

deste trabalho, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Além dos princípios explicitamente elencados no art. 37 da Constituição Federal de 1988, à Administração Pública cabe também observar os princípios gerais de Direito, como o da igualdade, por exemplo, e de princípios como o da razoabilidade e da proporcionalidade, estes últimos “a partir de formulações doutrinárias e da elaboração jurisprudencial” (MORAES, 2004, p. 112).

Com relação ao controle jurisdicional da discricionariedade, os princípios constituem-se em importantes mecanismos para a sua efetivação, tornando a discricionariedade, segundo Freitas (apud OHLWEILER, 2000), verdadeiramente vinculada ao sistema jurídico.

O controle jurisdicional com base nos princípios, “*na maioria das vezes importa um controle meramente negativo*” (MORAES, 2004, p. 113, grifo do autor), ou seja, conduz à invalidação do ato, e não sua substituição por outro.

Para Freitas (2004), o ato discricionário encontra-se vinculado a princípios. Finalisticamente, por exemplo, é vinculado ao princípio da moralidade; do mesmo modo, não poderá violar, por ação ou omissão, o da proporcionalidade. Veja-se, pois, a exposição do autor sobre este aspecto:

[...] admite-se, com naturalidade, que só existe *discricionariedade vinculada a princípios*, [...] sem se deixar de classificar os atos administrativos consoante uma maior ou menor liberdade do agente, porém tendo presente que a distinção somente se explica pela maior ou menor vinculação ao princípio da legalidade, estrita, compreendida como um dos princípios relevantes e autônomos. Princípio que reclama ser devidamente relativizado ou nuançado pelos demais (FREITAS, 2004, p. 224, grifo do autor).

Moraes (2004, p. 112), à semelhança de Freitas, também faz importante observação quanto ao controle jurisdicional da discricionariedade por meio dos princípios, referindo ser insuficiente esse controle se realizado somente pelo critério da legalidade, “daí porque se reveste de capital importância a invocação daqueles outros princípios”.

Como bem observa Carvalho Filho (2008, p. 45), modernamente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade têm sido utilizados como valores para o

controle da discricionariedade administrativa, “enfrentando situações que, embora com aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder”.

No entanto, assevera esse autor:

Não é tarefa simples, porque a exacerbação ilegítima desse tipo de controle reflete ofensa ao princípio republicano da separação de Poderes, cujo axioma fundamental é o do equilíbrio entre eles ou, como o denominam os constitucionalistas em geral, o princípio dos freios e contrapesos (*checks and balances*) (CARVALHO FILHO, 2008, p. 45).

No mesmo sentido, Di Pietro (2004, p. 212) destaca que no ato discricionário da Administração Pública, mesmo o Poder Judiciário não podendo examinar os critérios de valor em que se baseou a autoridade, “alguns autores apelam para o princípio da razoabilidade para daí inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei”.

Igual entendimento é o de Alexandrino e Paulo (2008, p. 226), apontando serem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade “eficazes limitações impostas ao poder discricionário da Administração”. Importante ressaltar que, embora sejam estes princípios utilizados como mecanismos de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, “**não** se trata de controle de **mérito**” (p. 226, grifo do autor).

Percebe-se a existência de uma corrente jurisprudencial brasileira que também vem se manifestando quanto à possibilidade do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários por meio dos princípios, notadamente os da razoabilidade e proporcionalidade. Neste sentido, veja-se, por oportuno, a ementa colacionada abaixo, em que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 778.648 – PE (ANEXO I), exare este entendimento:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IPI. ALÍQUOTA ZERO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA COMPOSIÇÃO QUÍMICA DA MATÉRIA-PRIMA UTILIZADA NA INDUSTRIALIZAÇÃO DE PRODUTOS. REQUERIMENTO DE PROVA PERICIAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DEFERIMENTO OU INDEFERIMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 18 DO DECRETO N. 70.235/72. POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO JUDICIÁRIO. 1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o

art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa aos arts. 131, 458 e 535, inc. II, do CPC. Neste sentido, existem diversos precedentes desta Corte. **2. Hoje em dia, parte da doutrina e da jurisprudência já admite que o Poder Judiciário possa controlar o mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade) sempre que, no uso da discricionariedade admitida legalmente, a Administração Pública agir contrariamente ao princípio da razoabilidade. Lições doutrinárias.** 3. Isso se dá porque, ao extrapolar os limites da razoabilidade, a Administração acaba violando a própria legalidade, que, por sua vez, deve pautar a atuação do Poder Público, segundo ditames constitucionais (notadamente do art. 37, caput). 4. Dessa forma, por mais que o art. 18 do Decreto n. 70.235/72 diga que, em processo administrativo fiscal, a autoridade competente pode indeferir os pedidos de perícia formulados pelo interessado sempre que considerá-los prescindíveis para o deslinde da questão, se o Judiciário, apreciando pretensão ventilada pelo contribuinte, observa que "[a] matéria objeto do auto de infração envolve conhecimentos técnicos específicos que implicam no necessário auxílio de produção de prova pericial, pois se discute a composição química da matéria-prima e dos produtos industrializados pela impetrante, para fins de comprovação de que estariam sujeito à alíquota zero" (fl. 214), então, por meio do controle de legalidade, o pedido de produção de prova deve ser deferido. 5. Note-se que a subsunção de determinado insumo ou matéria-prima ao regime de alíquota zero, isenção ou não-tributação não é uma questão de conveniência e oportunidade da Administração, vale dizer, se o produto está enquadrado na hipótese fática descrita na lei, então devem incidir as consequências nela previstas. 6. Se o único modo de se demonstrar o cumprimento do substrato fático da norma é através da realização de perícia (conforme conclusão da origem), fica fácil concluir que eventual oposição da Administração acaba violando o direito subjetivo constitucional do administrado-contribuinte ao devido processo legal (art. 5º, inc. LIV). 7. Na verdade, mais do que malferir o citado dispositivo constitucional, a Administração fere a própria regra vertida pelo art. 18 do Decreto n. 70.235/72 (que supostamente embasaria sua pretensão recursal), pois ficou constatado que não há caso de prescindibilidade da prova pericial - ao contrário, ela é decisiva. Como dito anteriormente, tem-se aqui clássica situação em que, a pretexto de um juízo de conveniência e oportunidade, o Poder Público acaba indo de encontro à legalidade. 8. Recurso especial não-provido. (Recurso Especial Nº 778648 – PE (2005/0146395-7), Segunda Turma, Superior Tribunal de Justiça, Ministro Relator: Mauro Campbell Marques, Julgado em 06/11/2008, grifo nosso)

Pertinente, ainda, o julgamento, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, da Apelação Cível nº 70018094508 (ANEXO J), interposta pelo Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN contra sentença que julgara parcialmente procedente a ação anulatória contra ele movida, anulando ato administrativo que descredenciara os demandantes, Centro de Formação de Condutores e sua diretoria, junto à Autarquia, entendendo que a penalidade aplicada violara os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. O Tribunal negou provimento ao apelo, confirmando a sentença do juízo *a quo*.

Em seu voto, o Desembargador Relator Henrique Osvaldo Poeta Roenick manifestou-se nos seguintes termos:

[...] a doutrina administrativista moderna traz o pressuposto de que o ato administrativo é congenial à idéia de controle, razão pela qual se exige, como regra, o procedimento formal e escrito.

Nesse sentido, embora mantida a idéia de que ao Julgador não é dado incursionar no juízo de conveniência e oportunidade dos atos administrativos discricionários, também é verdade que estes devem estrita observância aos parâmetros da legalidade, em especial aos princípios constitucionais e nos princípios gerais do direito.

...

O princípio da razoabilidade traz uma idéia de vínculo objetivo entre o sentido de um ato e os fins por ele almejados. No plano do direito constitucional-administrativo, extrai-se de tal princípio a circunstância de que a Administração Pública, no exercício de prerrogativas discricionárias, deve atentar para critérios que se coadunam com o aspecto racional que dela se espera. Se o ato foge a um *standard* de razoabilidade, não poderá ser considerado legítimo pelo ordenamento jurídico, podendo ser afastado pelo Estado-Juiz, sem que isso implique em valoração do mérito do ato administrativo, cuja mensuração só pode ser feita pelo Poder Executivo.

...

O princípio da proporcionalidade envolve, então, a aptidão do meio para propiciar a concretização do fim pretendido, depois a necessidade do meio em face de sua finalidade. Se o ato for mais do que necessário, ou se houver outro meio apto para atingir a finalidade do mesmo, aquele se mostra manifestamente desproporcional, e, como tal, maculado de inconstitucionalidade. Por fim, ainda que o ato administrativo passe por esses dois exames, deve submeter-se, ainda, a uma terceira análise da proporcionalidade, em sentido estrito, que é o exame da relação custo-benefício da medida.

Colaciona-se, em seguida, a respectiva ementa da decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. DESCRÉDENCIAMENTO DE CENTRO DE CONDUÇÃO DE CONDUTORES. CONTROLE JURISDICIONAL DA LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. POSSIBILIDADE. SANÇÃO ADMINISTRATIVA QUE VIOLOU OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. **Em que pese a doutrina administrativista clássica vedar o exame, pelo Poder Judiciário, dos critérios de conveniência e oportunidade dos atos administrativos, a legalidade de tais atos submetem-se a controle jurisdicional, sem que isso implique em violação ao princípio da Separação dos Poderes (art. 2º da CF/88).** Inexistente incongruência da sentença de primeiro grau que, a par de reconhecer irregularidades praticadas por Centro de Formação de Condutores - CFC, afastou a sanção de descredenciamento do mesmo, porquanto violados os **princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70018094508, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Henrique Osvaldo Poeta Roenick, Julgado em 16/05/2007, grifo nosso)

Especificamente com relação ao princípio da razoabilidade, Di Pietro (2001, p. 202) destaca que o mesmo vem sendo incorporado pela jurisprudência brasileira, “embora de forma ainda modesta, [...] especialmente em matéria de sanções

disciplinares e de polícia, às vezes até exorbitando de seu poder, ao reduzir as penalidades aplicadas, em vez de apenas decretar sua nulidade”. Ademais, para a autora, é com base neste princípio que aumenta a tarefa do Poder Judiciário, o qual “tem que apreciar o conteúdo axiológico das normas constitucionais e legais e invalidar os atos administrativos que estejam em desconformidade com o mesmo” (p. 234).

Veja-se, por exemplo, o julgamento, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, da Apelação Cível nº 70025596966 (ANEXO K), interposta em ação ordinária declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com reintegração no serviço público, pagamento de vencimentos, e indenização de dano moral e perdas e danos contra o Departamento Municipal de Energia de Ijuí – DEMEI, em razão de sentença que julgara improcedentes os pedidos formulados na petição inicial. Em seu voto, o Desembargador Relator Paulo de Tarso Vieira Sanseverino manifestou-se no seguinte sentido:

Acrescento, apenas, que a pretensão da parte autora, em verdade, diz com a revisão do mérito do ato administrativo, sob o fundamento da inexistência de provas suficientes, travestida na alegação de que não há motivo para alicerçar a demissão.

Não se desconhece que o Poder Judiciário tem ao seu alcance a possibilidade de aplicar o princípio da proporcionalidade, no âmbito do devido processo legal, enquanto instrumento de verificação do ato limitativo do direito subjetivo do administrado, a fim de dosar a penalidade aplicada pela Administração Pública, enquanto do seu exercício do poder disciplinar.

...

Veja-se, portanto, que o ato de exoneração não desbordou dos limites legais, de sorte a desautorizar o exame do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, porquanto a Administração Pública atuou dentro dos parâmetros de razoabilidade quando da aplicação do poder disciplinar.

Transcreve-se abaixo a respectiva ementa da decisão proferida:

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. DEMEI - IJUÍ. DEMISSÃO. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. A absolvição criminal do servidor na esfera criminal, por ausência de provas, não elide o ato administrativo de demissão, decorrente de regular processo administrativo disciplinar. Independência entre as esferas penal, civil e administrativa, não sendo atingida a decisão administrativa em face da absolvição criminal por ausência de provas (art. 386, VI, do CPP). **O ato administrativo de demissão insere-se no âmbito da discricionariedade administrativa. Embora passível de controle de legalidade o ato de demissão de servidor, inclusive com fundamento no princípio da proporcionalidade, os fatos apurados, no caso, são gravíssimos, não havendo desproporção entre a punição e os atos praticados.** Precedente específico da Câmara. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO

DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70025596966, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 11/12/2008, grifo nosso)

Questão fundamental a respeito do exame do ato administrativo sob o crivo da razoabilidade, é “conhecer os motivos que levaram a Administração a adotar determinada medida (objeto do ato administrativo) para alcançar a finalidade que decorre implícita ou explicitamente da lei. Daí a necessidade de *motivação*” (DI PIETRO, 2001, p. 207, grifo do autor). Enfim, é pela motivação que se verifica a observância e a aplicabilidade do princípio da razoabilidade, examinando-se, assim, “se o ato decorre da vontade pessoal e arbitrária da autoridade administrativa e se observou a regra da proporcionalidade e da adequação entre os meios e os fins” (p. 207).

Quanto à possibilidade ou não, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de estender o controle jurisdicional ao mérito do ato administrativo, Moraes (2004, p. 147) tece interessantes considerações:

Primeiro, verifica-se que o princípio da razoabilidade ou o da proporcionalidade, no sentido de adequação, importa, em certa medida, aferição do juízo de conveniência exercido pelo agente administrativo. Depois, observa-se que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, por excelência, presta-se a solucionar os problemas decorrentes da discricionariedade administrativa. A margem de liberdade de decidir é parametrizada, na concreção do interesse público, pelo critério da proporcionalidade, que se presta ao sopesamento ou à ponderação dos diversos interesses, públicos e/ou privados em questão com a conseqüente acomodação desses múltiplos interesses em pauta.

E com muita propriedade, Alexandrino e Paulo (2008, p. 226) explicam como deve ser entendido o controle jurisdicional com base nestes princípios:

[...] quando a Administração pratica um ato discricionário além dos limites legítimos de discricionariedade que a lei lhe conferiu, esse ato é ilegal, e um dos meios efetivos de verificar sua ilegalidade é a aferição de razoabilidade e proporcionalidade. Ainda que a Administração alegue que agiu dentro do mérito administrativo, pode o controle de razoabilidade e proporcionalidade demonstrar que, na verdade, a Administração extrapolou os limites legais do mérito administrativo praticado, por isso, um ato passível de anulação (controle de legalidade ou legitimidade), e não um ato passível de revogação (controle de mérito, de oportunidade e conveniência administrativas, que é sempre exclusivo da própria Administração Pública).

Enfim, a adoção dos princípios “como parâmetro de controle jurisdicional da atividade administrativa estreitou os limites do mérito administrativo, alargando, por via de conseqüência, a amplitude do controle jurisdicional” (MORAES, 2004, p. 147).

Os princípios servem, na verdade, como “parâmetros para que o administrador possa bem exercer os juízos de conveniência e oportunidade” (p. 147).

Desta forma, não merece prosperar “a escolha não-fundamentável juridicamente” (FREITAS, 2004, p. 217). Tem-se, assim, a possibilidade de anulação de “qualquer ato discricionário que se torne lesivo a um dos princípios fundamentais” (p. 218).

Em suma, com a vinculação imanente da discricionariedade aos princípios, alargam-se os “horizontes de controle dos atos administrativos” (FREITAS, 2004, p. 229), impedindo que prevaleçam, por exemplo, atos arbitrários, praticados quando do exercício do poder discricionário.

Abordados todos estes tópicos do presente capítulo, percebe-se quão ricas e significativas são as discussões em torno do tema da discricionariedade administrativa, de seus limites e de seu controle jurisdicional, apesar de não se ter esgotado, aqui, tão ampla matéria. Assim, o objetivo principal e fundamental deste estudo foi apenas demonstrar que, segundo o entendimento de parte da doutrina e jurisprudência brasileira, existe a possibilidade de se ampliar o controle da legalidade do ato administrativo discricionário, submetendo-o também ao crivo dos demais princípios constitucionais e gerais de Direito. É sob estes aspectos, enfim, que o presente trabalho torna-se relevante.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande desafio proposto no início deste trabalho foi o de investigar e identificar quais os limites da discricionariedade administrativa e examinar a possibilidade e a abrangência de seu controle jurisdicional, segundo o posicionamento da moderna doutrina administrativista e da jurisprudência pátria.

Para tanto, buscou-se aprofundar o estudo com base em ampla doutrina do Direito, notadamente a administrativista, além de, é claro, verificar os entendimentos jurisprudenciais pátrios a respeito do tema proposto.

Iniciou-se pela análise da origem e formação do Estado, compreendendo-se este como uma verdadeira e complexa forma de organização política e social dos homens, constituído de determinados elementos: povo, território e governo, ou poder soberano (e ainda, para alguns, a finalidade).

Por conseguinte, estudou-se o Estado de Direito e seu princípio fundamental, qual seja, a legalidade, princípio este, aliás, de importância ímpar para o Estado e Administração Pública nos dias de hoje. Verificou-se que, ao longo dos tempos, o Estado adaptou o Direito ao seu conteúdo e ao seu contexto. Assim, apresentou-se este, ora como liberal, ora como social e mais adiante como democrático. Importa fazer também referência à ideia de liberdade, tão propagada já no século XVIII, inspiradora das revoluções francesa e americana, e tão perquirida ainda atualmente.

Em seguida, abordou-se a questão do Poder do Estado, força esta que mantém viva e ativa a ordem diretiva da sociedade. Cabe aqui destacar as contribuições de autores fora do campo do Direito, como Foucault e Lebrun, que muito bem explanam sobre o poder. Ademais, verificou-se que para a doutrina, de uma forma geral, o Poder do Estado é denominado de poder político, o qual apresenta como características fundamentais a unidade, a indivisibilidade, a indelegabilidade, a imperatividade e natureza integrativa do poder, a capacidade de auto-organização, a legalidade e legitimidade e a soberania.

Adiante, partiu-se à análise da separação dos poderes e funções do Estado. Apesar de terem sido identificados precursores da ideia da separação dos poderes já na Antiguidade e na Idade Média (Aristóteles e Marsílio de Pádua, por exemplo), observou-se que esta ganhou relevância com o surgimento do Estado Liberal, no século XVIII. Percebeu-se que a ideia da separação dos poderes então difundida era, na verdade, um protesto ideológico do liberalismo político contra o absolutismo da monarquia. Assim, mereceu destaque neste estudo a doutrina de Montesquieu, responsável pela sistematização moderna da teoria ou princípio da separação dos poderes. Após, abordou-se a questão da distribuição de funções (administrativa, legislativa e jurisdicional) e o sistema de freios e contrapesos, também conhecido como *cheks and balances*. Por fim, verificou-se a necessidade de reavaliação do princípio da separação dos poderes frente aos novos contornos e à conjuntura atual do Estado.

Com base nessas premissas, fez-se um estudo específico da Administração Pública. Observou-se, então, que a função administrativa é exercida preponderantemente pelo Poder Executivo. Outrossim, observou-se também a distinção feita pela doutrina entre Governo (a quem cabe a função política e a fixação de diretrizes) e Administração Pública (a quem cabe o cumprimento das diretrizes do Governo e das tarefas cotidianas), apesar de reconhecer-se não ser possível o estabelecimento de uma separação rigorosa.

Em seguida, realizou-se o exame dos princípios da Administração Pública, dentre os quais os elencados expressamente no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e alguns outros trazidos pela doutrina de Direito Administrativo, dentre os quais o da

supremacia do interesse público, da razoabilidade, da proporcionalidade e da motivação. Em que pese a importância de todos os princípios mencionados para a Administração Pública, verificou-se a relevância dos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade. O primeiro por ser característico do Estado de Direito e de submeter inteiramente a Administração Pública às suas premissas; o segundo por possibilitar um maior controle dos atos da Administração Pública com base em apreciações não vinculadas a aspectos estritamente formais; e o terceiro por exigir a tomada de decisões refletidas e equilibradas.

Quanto à abordagem do ato administrativo, no segundo capítulo, observou-se ser este a forma de exteriorização e expressão das manifestações e decisões tomadas pela Administração Pública, passível de ser contrastado pelo Poder Judiciário (observação esta de extrema relevância já para o terceiro capítulo) e constituído de determinados elementos, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Também, identificaram-se alguns atributos inerentes a esse ato administrativo como a presunção de legitimidade, a sua imperatividade e a sua autoexecutoriedade. Por fim, fez-se destaque ao mérito do ato administrativo, depreendendo-se do mesmo a possibilidade da Administração Pública valorar suas condutas com base em critérios de oportunidade e conveniência, quando autorizada a decidir desta forma. Aqui começou-se a fazer uma breve referência à discricionariedade administrativa, pois o mérito está diretamente ligado a este instituto. Quanto aos atos vinculados, portanto, não há de se falar em mérito.

A respeito da discricionariedade administrativa, propósito deste estudo, partiu-se inicialmente de sua abordagem frente a alguns aspectos históricos. Neste sentido, verificou-se que o poder discricionário passou a ser evidenciado a partir de fins do século XIX. Contudo, com a concepção teórica do Estado de Direito, também no século XIX, onde predominava o ideal de observância do princípio da legalidade, a discricionariedade administrativa não era vista com bons olhos, considerada, na verdade, como resquícios da arbitrariedade do monarca. Apesar dessa visão inicial da discricionariedade, mais tarde passou ela a ser observada como uma ferramenta para a concreção das pretensões da Administração Pública.

Ficou confirmado que a discricionariedade é instituto típico da função administrativa, que até pode ser exercida por qualquer dos três poderes do Estado

(Legislativo, Executivo e Judiciário), mas que encontra, na verdade, estreita ligação com a Administração Pública, por incumbir a esta mais propriamente o atendimento das necessidades coletivas e públicas. Conceitualmente, inferiu-se ser a discricionariedade administrativa, portanto, a possibilidade de escolha, pela Administração Pública, de uma dentre duas ou mais soluções válidas, segundo os critérios de oportunidade e conveniência, com a finalidade de satisfazer o interesse público.

Fez-se, também, uma relação entre a discricionariedade e os denominados conceitos jurídicos indeterminados, expressões muito confundidas, por servirem à mesma finalidade, mas que diferem em seus significados. De todo o exposto sobre esta questão, observou-se, enfim, que a discricionariedade transmite a ideia de escolha, ao passo que os conceitos jurídicos indeterminados expressam a ideia de interpretação.

Adentrando nas especificidades do tema proposto neste trabalho, passou-se a analisar os limites da discricionariedade administrativa, depreendendo-se do estudo deste tópico, a necessidade apontada pela doutrina de serem definidas limitações ao poder discricionário, possibilitando, conseqüentemente, maior controle dos atos da Administração Pública pelo Poder Judiciário.

Verificou-se que a concepção de que a lei ou a legalidade seja o único limite da discricionariedade administrativa, não se configura mais no entendimento prevalecente da doutrina administrativista. Ficou demonstrado, assim, a necessidade de redefinir-se a discricionariedade administrativa em função do Direito ou da juridicidade, entendimento este, aliás, que vem sendo evidenciado também pela jurisprudência de nossos Tribunais Superiores. Neste sentido, confirmou-se a relevância que assumem os princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal de 1988 na ampliação da atuação do Poder Judiciário, quanto ao exame dos atos administrativos discricionários.

Quanto ao aspecto específico do controle jurisdicional, comprovou-se que tal controle justifica-se em virtude da necessária observância do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, calcado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Contudo, encontra-se certa resistência doutrinária do

controle jurisdicional amplo da Administração Pública em face ao princípio da separação dos poderes, disposto de forma explícita no art. 2º da Carta Magna, encontrando-se tal entendimento, inclusive, nas decisões jurisprudenciais citadas no tópico 4.10.2 do trabalho. De qualquer forma, justifica-se a plena compatibilidade destes dois princípios, permitindo-se o controle jurisdicional, com base na concepção moderna do sistema de freios e contrapesos (*cheks and balaces*), quando houver a necessidade de invalidar ato administrativo lesivo ou ameaça de direito, seja ao crivo do princípio da legalidade como dos demais princípios do Direito.

A respeito do mérito do ato administrativo discricionário, observou-se certa discussão em relação à possibilidade ou não de sua apreciação judicial. De qualquer forma, verificou-se através dessas discussões, a impossibilidade, em regra, da análise do mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário. No entanto, em sendo o ato considerado manifestamente ilegal, conclusão obtida com base no exame da legalidade e ao crivo dos demais princípios de Direito, deverá, este, ser invalidado, mas, jamais, por critérios de escolha subjetiva do juiz, ser substituído (controle negativo). Assim, deve o Poder Judiciário verificar se o ato é correto, e não eleger qual o ato correto.

Por fim, observou-se a relevância que tem assumido os princípios como mecanismos de ampliação do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Neste sentido, fez-se referência notadamente aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Embora o ato possa apresentar-se aparentemente legal, é com um exame criterioso baseado nestes princípios que em muitas situações poderá ser identificado, por exemplo, o abuso de poder.

Como bem explicitado pelas decisões jurisprudenciais colacionadas no tópico 4.10.4, e em que pese a doutrina administrativista clássica vedar o controle do mérito do ato administrativo discricionário, percebem-se correntes que já admitem esse controle em situações nas quais a Administração Pública tenha agido contrariamente aos ditames dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, entre outros. Os princípios servem, portanto, como parâmetros para que o administrador possa bem exercer os juízos de oportunidade e conveniência.

Em suma, demonstrou-se que, com a vinculação da discricionariedade administrativa aos princípios, amplia-se o exercício de seu controle jurisdicional, impedindo, assim, que prevaleçam atos arbitrários e contrários ao interesse público, sem que este exercício implique em desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

Espera-se que este estudo tenha possibilitado uma breve compreensão a respeito da discricionariedade administrativa no contexto atual, frente aos entendimentos e posicionamentos da doutrina administrativista e da jurisprudência pátria, sem ter-se, no entanto, esgotado esta ampla matéria do Direito Administrativo.

Como bem destacado na introdução, trata-se de assunto que não permaneceu estático no tempo, que vem evoluindo e propiciando discussões, o que certamente contribui para a construção do Direito e para a perquirição de uma sociedade justa.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariedade Administrativa e Ação Civil Pública. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 79, v. 657, p. 51-59, jul. 1990.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 90, v. 786, p. 11-56, abr. 2001.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 40. ed. São Paulo: Globo, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da Política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: **Vade mecum**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. In: **Vade mecum**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 12.629 – DF (2007/0029109-0), da 3ª Seção. Impetrante: Janaína Rodrigues da Silva. Impetrados: Ministro de Estado da Defesa e Diretor de Administração de Pessoal do Comando da Aeronáutica. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 22 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=12629&b=ACOR&p=true&l=10%i=1>. Acesso em: 26 abr. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 778.648 – PE (2005/0146395-7), da 2ª Turma. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Lobortecne Ltda. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 06 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1001673&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 18 abr. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.001.673 – DF (2007/0254568-0), da 5ª Turma. Recorrente: União. Recorrido: Lúcio Alberto de Lima Albuquerque. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 06 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 26 abr. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 403.205-8 – RS, da 2ª Turma. Recorrente: Distribuidora Farmacêutica Panarello Ltda. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 28 de março de 2006. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(403205.NUM.E.%20OU%20403205.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(403205.NUM.E.%20OU%20403205.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em: 11 abr. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.699-9 – DF, da 1ª Turma. Recorrente: Bernardo Rosenberg. Recorrido: União. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 30 de novembro de 2004. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(24699.NUME.%20OU%2024699.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(24699.NUME.%20OU%2024699.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em: 11 abr. 2009.

CALCINI, Fábio Pallaretti. **O princípio da razoabilidade**: um limite à discricionariedade administrativa. São Paulo: Millennium, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Teoria do Estado e da Constituição**: Direito Constitucional Positivo. 10. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CHEMIN, Beatris F. (Org.). **Guia prático da Univates para trabalhos acadêmicos**. Lajeado: Univates, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Do Desvio de Poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Fundamentos da discricionariedade administrativa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 88, v. 768, p. 60-75, out. 1999.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 238, p. 37-41, out./dez. 2004.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRILLO, Vera de Araújo. A teoria da separação dos poderes e a hegemonia do Poder Executivo. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Técnica e Agências Reguladoras. Uma Abordagem em sede Doutrinária e Pretoriana. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Jurema Villela (Coord.) **Direito Administrativo**: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

HARGER, Marcelo. A Discricionariedade e os Conceitos Jurídicos Indeterminados. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 87, v. 756, p. 11-36, out. 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

KRELL, Andreas Joachim. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. **Interesse Público**. Porto Alegre, ano 5, n. 23, p. 21-49, jan./fev. 2004.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado**: cidadania e poder político na modernidade. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LEBRUN, Gerard. **O que é poder**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Sílvia Lara. 14. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.

LIMBERGER, Têmis. **O Controle Jurisdicional dos Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público**. 1997. 209 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1997.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MANCUSO, Sandra Regina. A Concreção do Poder Discricionário. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 81, v. 686, p. 65-72, dez. 1992.

MAQUIAVEL. **O Príncipe**. Comentários de Napoleão Bonaparte. Tradução e notas de Edson Bini. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1996.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001a.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001b.

_____. “Relatividade” da Competência Discricionária. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 3, jun. 2001c. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 mai. 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Estrutura Constitucional do Estado**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. t. 3.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. Direitos humanos “globais (universais)” de todos, em todos os lugares! In: **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. Coordenação de Flávia Piovesan. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 12. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 14, p. 78-95, 1996.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OHLWEILER, Leonel. **Direito Administrativo em perspectiva: os termos indeterminado à luz da hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

RÉGNIER, João Roberto Santos. **Discricionariedade Administrativa: significação, efeitos e controle**. São Paulo: Malheiros, 1997.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70004995767, da 4ª Câmara Cível. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Ministério Público. Interessado: Município de Roca Sales. Relator: Vasco Della Giustina. Porto Alegre, 18 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 11 abr. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70018094508, da 1ª Câmara Cível. Apelante: Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN. Apelado: Neiva Rosa Gallo – ME e Outros. Relator: Henrique Osvaldo Poeta Roenick. Porto Alegre, 16 de maio de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 11 abr. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70021502562, da 4ª Câmara Cível. Apelante: João Antônio Mautone Freitas. Apelado: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Alexandre Mussoi Moreira. Porto Alegre, 21 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 26 abr. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70024096950, da 4ª Câmara Cível. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Manoel Inácio Cândido Velho. Relatora: Agathe Elsa Schmidt da Silva. Porto Alegre, 06 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 11 abr. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70024210064, da 21ª Câmara Cível. Apelante: Município de São Leopoldo. Apelado: Ministério Público. Interessada: Cooperativa Habitacional Santa Marta – Coopervale. Relator: Marco Aurélio Heinz. Porto Alegre, 18 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 18 abr. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70025596966, da 3ª Câmara Cível. Apelante: Ezequiel da Silva da Costa. Apelado: Departamento Municipal de Energia de Ijuí – DEMEI. Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Porto Alegre, 11 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 26 abr. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, António Francisco de. **“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **Discrecionalidade administrativa: ação de improbidade & controle principiológico**. Curitiba: Juruá, 2004.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

ANEXOS

ANEXO A – Acórdão do STF sobre a distinção entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade	123
ANEXO B – Acórdão do STF sobre os limites da discricionariedade	148
ANEXO C – Acórdão do STJ sobre os limites da discricionariedade	160
ANEXO D – Acórdão do TJ/RS sobre a discricionariedade e o princípio da separação dos poderes	174
ANEXO E – Acórdão do TJ/RS sobre a discricionariedade e o princípio da separação dos poderes	183
ANEXO F – Acórdão do TJ/RS sobre a discricionariedade e a impossibilidade do Poder Judiciário interferir na órbita do Poder Executivo	190
ANEXO G – Acórdão do TJ/RS sobre o exame do mérito do ato discricionário	195
ANEXO H – Acórdão do STJ sobre o exame do mérito do ato discricionário	199
ANEXO I – Acórdão do STJ sobre o controle jurisdicional da discricionariedade por meio dos princípios	206
ANEXO J – Acórdão do TJ/RS sobre o controle jurisdicional da discricionariedade por meio dos princípios	213
ANEXO K – Acórdão do TJ/RS sobre o controle jurisdicional da discricionariedade por meio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade	228

*Supremo Tribunal Federal***222**

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 01.07.2005
EMENTÁRIO Nº 2 1 9 8 - 2

30/11/2004

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.699-9 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EROS GRAU
RECORRENTE(S) : BERNARDO ROSENBERG
ADVOGADO(A/S) : RODRIGO ALVES CHAVES E OUTRO(A/S)
RECORRIDO(A/S) : UNIÃO
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE.

1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, *caput*, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90.

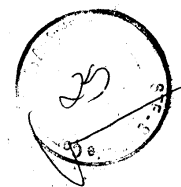
2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.

4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão.

Recurso ordinário provido.

A C Ó R D Ã O



Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança para, reformando o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, cassar o ato mediante o qual foi imposta a penalidade de demissão a Bernardo Rosenberg, determinando, em consequência, sua imediata reintegração ao cargo que anteriormente ocupava, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 30 de novembro de 2004.


EROS GRAU - RELATOR

30/11/2004

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.699-9 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EROS GRAU
 RECORRENTE(S) : BERNARDO ROSENBERG
 ADVOGADO(A/S) : RODRIGO ALVES CHAVES E OUTRO(A/S)
 RECORRIDO(A/S) : UNIÃO
 ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, interposto por Bernardo Rosenberg contra acórdão proferido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

"SERVIDOR PÚBLICO.
 - Nulidade do processo administrativo não caracterizada.
 - Ordem denegada." (fl. 105).

2. O mandado de segurança foi impetrado contra o Advogado-Geral da União e o Ministro de Estado dos Transportes, apontando como ato coator a Portaria n. 01, de 26 de fevereiro de 2002, via da qual o recorrente foi demitido do cargo de Engenheiro do Quadro de Pessoal do Departamento Nacional de Estradas e Rodagem - DNER, por improbidade administrativa e valimento do cargo para lograr proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com fulcro no art. 117, IX, da Lei 8.112/90 e no art. 11, *caput*, e inciso I, da Lei 8.429/92.

3. O recorrente narra que a Corregedoria-Geral da Advocacia da União procedeu ao que se denominou "Correição Extraordinária",



objetivando verificar a lisura de acordo extrajudicial celebrado entre o DNER e a Viriato Cardoso Construções e Projetos Ltda.

4. Conclui-se, no procedimento correcional, segundo o Relatório n. 021/2001 (fls. 30/53), que o mencionado acordo, uma vez cumprido, seria nocivo aos cofres públicos, na medida em que importaria no pagamento de uma dívida equivalente a R\$ 8.387.936,00 (oito milhões, trezentos e oitenta e sete mil e novecentos e trinta e seis reais), supostamente referente a serviços executados pela construtora e não pagos pelo DNER.

5. Segundo as conclusões do relatório, a Viriato Cardoso Construções e Projetos LTDA. teria auferido benefícios financeiros sem a correspondente contraprestação --- execução de obras de recuperação em rodovias no Estado da Bahia --- razão pela qual seria totalmente indevida a quantia objeto do acordo celebrado.

6. Em seguida foi instituída, pelas autoridades apontadas como coatoras, Comissão de Processo Administrativo Disciplinar para apurar a responsabilidade funcional do Procurador Federal Pedro Elói Soares, que teria exarado e aprovado parecer favorável à pretensão da construtora, e posteriormente assinado o acordo extrajudicial, em detrimento do interesse público; e a responsabilidade do ora recorrente, por ter elaborado os cálculos de atualização da dívida objeto do acordo, utilizando-se de índices e métodos supostamente incorretos.

7. A Comissão Processante, em seu relatório final, propõe a demissão do Procurador Federal e do ora impetrante, atribuindo a



este a prática dos atos tipificados no art. 117, XV¹, da Lei n. 8.112/90, e nos arts. 10, *caput*², e 11, *caput*³, da Lei n. 8.429/92

8. Levado a julgamento o processo administrativo disciplinar, a Consultoria-Geral da União decidiu, como registrado na Nota AGU/WM-7/2002 (fls. 132/154), acatar a sugestão de aplicação da penalidade de demissão; porém enquadrou a conduta do impetrante em **preceito diverso**, qual seja o art. 117, IX⁴, da Lei n. 8.112/90 e no art. 11, *caput*, e inciso I⁵, da Lei 8.429/92.

9. O impetrante alega que teve cerceado, nos autos do processo administrativo, o seu direito de defesa, seja em razão de nulidades formais, seja mercê da inexistência de advogado ou defensor dativo constituído para defendê-lo.

10. Aduz, também, que não foi observado o rito previsto na Lei 8.429/92, que condiciona a demissão à existência de sentença transitada em julgado.

¹ Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

XV - proceder de forma desidiosa;

² Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

³ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

⁴ Art. 117. Ao servidor é proibido

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

⁵ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

11. Por outro lado, sustenta que a pena de demissão deve ser considerada ilegal "ante a comprovação por prova pré-constituída, da não-ocorrência dos motivos apontados pela Administração para a prática do aludido ato", acrescentando ainda que "o motivo do ato administrativo é um de seus pressupostos de validade - e, portanto, de legalidade - sendo absolutamente possível o controle judicial na via do writ of mandamus"; apresenta, neste sentido, precedente dessa Corte, que entende pertinente ao caso.

12. Ressalta, ademais, que a única fundamentação apresentada pela Administração para a aplicação da questionada penalidade teria sido a utilização, pelo recorrente, de um índice de correção monetária inadequado, sendo que, na verdade, ao contrário do que foi aferido, o índice utilizado era previsto na Instrução de Serviço DG 002/94, do próprio DNER, circunstância que enseja, a seu juízo, a invalidade do ato demissionário que lhe fora imposto.

13. Assevera, por fim, que não teve qualquer participação em acordos administrativos considerados irregulares, sua conduta não tendo acarretado qualquer lesão ao erário, uma vez que o contrato sob suspeita foi rescindido antes da realização de qualquer pagamento nele previsto.

14. Em contra-razões, a União sustenta que a pretensão do recorrente não encontra respaldo no ordenamento jurídico, restando plenamente comprovadas as acusações a ele imputadas; salienta que a Comissão efetuou análise minuciosa do Processo Administrativo Disciplinar, concluindo pela indubitável desídia de sua conduta funcional, além da prática de ato de improbidade administrativa, bem como valimento do cargo para lograr proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, nos termos em que dispõem

RMS 24.699 / DF *Supremo Tribunal Federal*

228

os arts. 117, XV, da Lei n. 8.112/90, 10, *caput* (forma tentada) e 11, *caput*, da Lei 8.429/92.

15. O Ministério Público opina pelo desprovimento do recurso (fls. 334/339).

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - (Relator): Conforme anotado no relatório, instaurou-se procedimento disciplinar contra o recorrente porquanto ele, na qualidade de engenheiro do DNER, elaborou os cálculos de atualização de dívida objeto de acordo que seria celebrado entre o DNER e a Viriato Cardoso Construções e Projetos Ltda. utilizando-se de índices e métodos supostamente incorretos.

2. O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o caso, refutou a alegação de que os motivos que ensejaram a demissão eram falsos e inidôneos, sob o fundamento de que *"são questões que não podem ser apreciadas na via do **mandamus**, porque demandaria o reexame de todo o material fático colhido no bojo do processo disciplinar, bem como ensejaria incursão indevida sobre o mérito do julgamento efetuado na esfera administrativa"*.

3. Cumpre deitarmos atenção, neste passo, sobre o tema dos limites de atuação do Judiciário nos casos que envolvem o exercício do poder disciplinar por parte da Administração. Impõe-se para tanto apartarmos a pura discricionariedade, em cuja seara não caberia ao Judiciário interferir, e o domínio da legalidade.

4. A doutrina moderna tem convergido no entendimento de que é necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades --- em regra praticadas sob o escudo da assim chamada discricionariedade ---, quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito constitucional segundo o qual *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"* (art. 5º, XXXV, CB/88).



5. O sistema que o direito é compreende princípios e regras. A vigente Constituição do Brasil consagrou, em seu art. 37, princípios que conformam a interpretação/aplicação das regras do sistema e, no campo das práticas encetadas pela Administração, garantem venha a ser efetivamente exercido pelo Poder Judiciário o seu controle.

6. De mais a mais, como tenho observado⁶, a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização, nos textos normativos, de "conceitos indeterminados". Só há efetivamente *discricionariedade* quando expressamente *atribuída*, pela *norma jurídica válida*, à autoridade administrativa, essa margem de decisão à margem da lei. Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar *discricionariamente* apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a *discricionariedade* resulta de expressa *atribuição* normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito.

7. A Administração, ao praticar atos discricionários, formula juízos de oportunidade, escolhe entre indiferentes jurídicos. Aí há decisão à margem da lei, porque à lei é indiferente a escolha que o agente da Administração vier então a fazer.

⁶ Meu O direito posto e o direito pressuposto, 5ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, págs. 191 e ss.



Indiferentes à lei, estranhas à legalidade, não há porque o Poder Judiciário controlar essas decisões. Ao contrário, sempre que a Administração formule juízos de legalidade, interpreta/aplica o direito e, pois, seus atos hão de ser objeto de controle judicial. Esse controle, por óbvio, há de ser empreendido à luz dos princípios, em especial, embora não exclusivamente, os afirmados pelo artigo 37 da Constituição.

8. Daí porque esta Corte tem assiduamente recolocado nos trilhos a Administração, para que exerça o poder disciplinar de modo adequado aos preceitos constitucionais. Os poderes de Comissão Disciplinar cessam quando o ato administrativo hostilizado se distancia do quanto dispõe o art. 37 da Constituição do Brasil. Nesse sentido, excerto da ementa constante do MS 20.999/DF, Celso de Mello, DJ de 25/5/90:

"O mandado de segurança desempenha, nesse contexto, uma função instrumental do maior relevo. **A impugnação judicial de ato disciplinar legitima-se em face de três situações possíveis**, decorrentes (1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e (3) da ilegalidade da sanção disciplinar. A pertinência jurídica do mandado de segurança, em tais hipóteses, justifica a admissibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da Administração Pública no concreto exercício do seu poder disciplinar."

9. É, sim, devida, além de possível, a revisão dos motivos do ato administrativo pelo Poder Judiciário, especialmente nos casos concernentes a demissão de servidor público.

10. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao *exame e controle* do Poder Judiciário. "Indeterminado" o termo do conceito --- e mesmo e



especialmente porque ele é contingente, variando no tempo e no espaço, eis que em verdade não é conceito, mas *noção* ---, a sua interpretação [interpretação = aplicação] reclama a escolha de uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada.

11. Como a atividade da Administração é *infralegal* --- *administrar é aplicar a lei de ofício*, dizia Seabra Fagundes ---, a autoridade administrativa está vinculada pelo *dever de motivar* os seus atos. Assim, a análise e ponderação da motivação do ato administrativo informam o controle, pelo Poder Judiciário, da sua correção.

12. O Poder Judiciário verifica, então, se o ato é **correto**. Não, note-se bem --- e desejo deixar isso bem vincado ---, qual o ato *correto*.

13. E isso porque, repito-o, sempre, em cada caso, na interpretação, sobretudo de textos normativos que veiculem "conceitos indeterminados" [vale dizer, *noções*], *inexiste* uma interpretação verdadeira [única correta]; a única interpretação correta --- que haveria, então, de ser *exata* --- é *objetivamente incognoscível* (é, *in concreto*, **incognoscível**). Ademais, é óbvio, o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração, enquanto personificada no Poder Executivo. Logo, o Poder Judiciário verifica se o ato é *correto*; apenas isso.

14. Nesse sentido, o Poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade, que não são princípios, mas sim critérios de aplicação do direito, ponderados no momento das

normas de decisão. Não voltarei ao tema, até para não maçar demasiadamente esta Corte. O fato porém é que, nesse exame do mérito do ato, entre outros parâmetros de análise de que para tanto se vale, o Judiciário não apenas examina a *proporção* que marca a relação entre meios e fins do ato, mas também aquela que se manifesta na relação entre o ato e seus motivos, tal e qual declarados na motivação.

15. O motivo, um dos elementos do ato administrativo, contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática pela Administração. No caso do ato disciplinar punitivo, a conduta reprovável do servidor é o pressuposto de fato, ao passo que a lei que definiu o comportamento como infração funcional configura o pressuposto de direito. Qualquer ato administrativo deve estar necessariamente assentado em motivos capazes de justificar a sua emanção, de modo que a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato.

16. Esse exame evidentemente não afronta o princípio da harmonia e interdependência dos poderes entre si [CB, art. 2º]. Juízos de oportunidade não são sindicáveis pelo Poder Judiciário; mas juízos de legalidade, sim. A conveniência e oportunidade da Administração não podem ser substituídas pela conveniência e oportunidade do juiz. Mas é certo que o controle jurisdicional pode e **deve** incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

17. Daí porque o controle jurisdicional pode incidir sobre os motivos determinantes do ato administrativo.



18. Sendo assim, concluo esta primeira parte de meu voto, deixando assente que o Poder Judiciário pode e deve, mediante a análise dos motivos do ato administrativo --- e sem que isso implique em invasão da esfera privativa de atribuições reservadas à Administração pela Constituição do Brasil --- pode e deve, dizia, rever a pena de demissão imposta ao servidor público.

19. Resta, então, saber se no caso foi demonstrada alguma ilegalidade na demissão aplicada ao impetrante, mediante prova pré-constituída, como determina regra da Lei n. 1.533/51.

20. Como a pena de demissão foi fundamentada em dois textos normativos --- Leis n. 8.112/90 e n. 8.429/92 --- analisarei os preceitos separadamente.

21. Quanto ao primeiro (inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90), um fato chama a atenção: o processo administrativo disciplinar encetado contra o impetrante desde o início teve como ponto-chave a forma como este procedeu aos cálculos da dívida, tendo ela sido considerada pela comissão processante como atuação desidiosa. Tanto assim é que o relatório final conclui:

"Do exposto acima e considerando que o engenheiro Bernardo Rosenberg, como ele próprio afirmou, quando elabora cálculo não lê o contrato respectivo, utiliza correção e juros em qualquer hipótese, e, no processo administrativo que resultou no acordo celebrado na Ação Ordinária n. 1998.34.00.025197-1, perante a 17ª Vara Federal de Brasília-DF, **utilizou índices da Justiça do Trabalho para atualizar contrato de natureza civil, entende a Comissão que o indiciado atuou de forma desidiosa**, transgredindo o citado servidor Bernardo Rosenberg, a norma estabelecida no art. 117, XV, da Lei 8.112/90 ..." (grifei).



22. Ocorre que, encaminhado o relatório final à autoridade competente para apreciação, esta, adotando parecer exarado na Nota AGU/WM-7/2002 (fls. 134/153), fundamentou o ato punitivo em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito --- inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90 ---, sob o pretexto de que não haveria qualquer dano para a defesa, uma vez que esse direito é exercido à vista dos fatos.

23. É extrema de dúvidas que a autoridade competente para aplicar a penalidade não está jungida à conclusão exarada no relatório final pela comissão de processo administrativo, visto que "poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade", segundo dispõe o parágrafo único do artigo 168 da Lei nº 8.112/90.

24. Ocorre, todavia, que, no caso, a alteração procedida pela autoridade competente acabou, sem sombra de dúvida, por afetar negativamente o direito de ampla defesa do acusado.

25. É que, ao longo de todo o processo administrativo, o que se discutiu, **unicamente**, foi o método utilizado pelo ora recorrente para cálculo dos valores referentes a acordo extrajudicial celebrado entre o DNER e Viriato Cardoso Construções e Projetos Ltda:

- todas as perguntas direcionadas ao impetrante em seu interrogatório (fls. 56/58) diziam respeito aos cálculos por ele efetuados;
- a defesa administrativa do impetrante (fls. 158/171) sustenta, tão-somente, a legalidade dos índices por ele aplicados.



26. Vale dizer: nos autos do processo administrativo, tanto a Comissão de Processo Administrativo, quanto o impetrante discutiam se o mesmo teria agido com desídia ou não. Jamais se tocou na questão de a empresa ter logrado proveito, motivo alegado para sua demissão.

27. Nesse ponto, importa deixar consignado que, embora no campo administrativo não seja necessária tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, **a capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa**, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem que ao acusado seja propiciada ampla defesa [CB, art. 5º, LV].

28. Assim, mal ferido, no caso, o princípio, entendo, em face da evidente ocorrência de prejuízo à defesa do acusado, deva ser reconhecida a nulidade do procedimento administrativo.

29. Além do mais, extrai-se dos autos que o supramencionado acordo extrajudicial foi rescindido, não tendo sido pago qualquer quantia nele prescrita, razão pela qual, concluo que o motivo aventado no ato demissionário afigura-se **inválido**. Tornou-se impossível à empresa contratante lograr proveito em tal situação --- *pas de nullité sans grif*, como afirmam os franceses.

30. Ressalto que aí se trata de fato incontroverso, reconhecido, inclusive, na Nota AGU/WM-7/2002, na qual o Consultor da União Wilson Teles de Macedo assevera que "a atuação funcional não implicou prejuízo para o Erário, em decorrência da impugnação efetivada por esta Instituição" (fl. 149).



31. A Primeira Turma desta Corte, ao apreciar caso similar a este, cassou penalidade disciplinar por insuficiência de fundamentação, em acórdão que restou assim ementado:

"Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, Administrativo. Processo Disciplinar, autonomia das instâncias Administrativa e Penal, suficiência e validade das provas, incursão no mérito Administrativo Disciplinar. Agravamento de penalidade. Discrepância entre a penalidade aplicada por Ministro de Estado e as conclusões da Comissão Disciplinar.

Ato de ministro de Estado que aplica penalidade de suspensão por noventa dias. Agravamento em relação à penalidade de advertência indicada no relatório de Comissão Disciplinar. **Fundamentação insuficiente.** Leitura do art. 168 da Lei 8.112/1990. O art. 168 da Lei 8.112/1990 não obriga a autoridade competente a aplicar a penalidade sugerida no relatório de Comissão Disciplinar, mas exige, para o agravamento dessa pena, a devida fundamentação. Nesse sentido, vencido o ministro relator, que dava parcial provimento ao recurso para restabelecer pena de advertência. Por maioria, recurso ordinário conhecido em parte, afastadas as demais alegações de nulidade, e, nessa parte, provido, para anular o ato impugnado, sem prejuízo de que outro venha a ser praticado com a devida fundamentação." (grifei) (STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.561-5/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJU 18.06.2004).

32. Entendo que a penalidade aplicada ao servidor, em razão do inciso IX do art. 117 da Lei n. 8.112/90 --- valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública --- deve ser afastada. A uma porque houve afronta ao direito de ampla defesa do impetrante; a duas porque o motivo afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.



33. Feitas essas considerações, resta analisar a aplicação da penalidade de demissão sob fundamento no *caput* e inciso I do artigo 11 da Lei n. 8.429/92.

34. No que concerne a este ponto, a questão a ser considerada diz com a possibilidade de se atribuir a um servidor conduta de improbidade administrativa com base em processo administrativo disciplinar.

35. A Lei de Improbidade Administrativa define, *numerus clausus*, o que se entende por atos de improbidade administrativa, dividindo-os em três categorias: a) os que importem em enriquecimento ilícito [art. 9º]; b) os que causem lesão ao erário [art. 10]; e c) os que atentem contra os princípios da Administração Pública [art. 11].

36. Sucede que muitos desses atos tipificados na Lei 8.429/92 encontram correspondentes em crimes definidos na legislação penal e nas infrações administrativas enunciadas no Estatuto dos Servidores Públicos --- Lei 8.112/90. É certo que, nessa hipótese, **nada impede a instauração de processos nas três instâncias, administrativa, civil e criminal.**

37. No entanto, **impõe-se esclarecer o que se irá apurar em cada uma dessas instâncias. Na primeira apura-se o ilícito administrativo** em consonância com as normas estabelecidas no estatuto funcional; na segunda, a improbidade administrativa, com aplicação das sanções previstas na Lei n. 8.429/92; na terceira apura-se o ilícito penal segundo as normas do Código de Processo Penal.



38. Caberia à autoridade administrativa, no caso, simplesmente verificar se há equivalência entre o suposto ato de improbidade administrativa e o seu correspondente na Lei n. 8.112/90, aplicando-lhe, em consequência, a penalidade cabível, com esteio no Estatuto dos Servidores. Não lhe cabe punir com base na Lei de Improbidade Administrativa, visto que o procedimento correicional administrativo não é a via apropriada para se averiguar a sua ocorrência.

39. É que as hipóteses de improbidade administrativa diferem das faltas disciplinares, na medida em que **a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário.** Ainda que assemelhados às infrações penais, que só podem ser julgadas pelo Poder Judiciário, os ilícitos administrativos são julgados e punidos pela própria Administração.

40. Ora, a perda da função pública quando aplicada como sanção por improbidade administrativa **só se torna efetiva com o trânsito em julgado da sentença condenatória (Lei n. 8.429, de 1.992, art. 20).** Enquanto pender qualquer recurso, essa pena, em homenagem ao princípio da presunção de inocência contemplado na Constituição do Brasil, não terá eficácia.

41. Em caso semelhante, esta Corte fixou entendimento que se aplica ao caso sob exame, *verbis*:

“SERVIDOR - RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA CÍVEL E PENAL - DEMISSÃO.

Estando o decreto de demissão alicerçado em tipo penal, imprescindível é que haja provimento condenatório trânsito em julgado. Se de um lado é certo que a jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal indica o caráter



autônomo da responsabilidade administrativa, a não depender dos procedimentos civil e penal pertinentes, de outro não menos correto é que, **alicerçada a demissão na prática de crime contra a administração pública, este há que estar revelado em pronunciamento judiciário coberto pelo manto da coisa julgada**” (grifei) (Pleno, MS 21.310/DF, Marco Aurélio, DJ de 11/03/94)

37. Concluo, portanto, no sentido de que, verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação e não a aplicação de demissão.

Ante essas circunstâncias, provejo o recurso para, reformando o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, cassar o ato mediante o qual foi imposta a penalidade de demissão a Bernardo Rosenberg, determinando, em consequência, sua imediata reintegração ao cargo que anteriormente ocupava.



30/11/2004

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.699-9 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Senhor Presidente, acompanho o voto do Relator, entendendo, inclusive, que foi ilegal a sanção disciplinar aplicada porque não vejo sequer conduta reprovável por parte do servidor demitido. Segundo entendi, ele foi designado para fazer cálculos de atualização monetária de um débito do Estado, do Poder Público, constante de um acordo administrativo, e foi indiciado por haver incorrido em duas supostas faltas: adotado índice de correção monetária inadequado para as dívidas da União, porque se louvou em índice prevalecente para a Justiça do Trabalho, e aplicado à dívida juros de mora de 6% ao ano.

Não sei em que isso constitui ilícito administrativo, até porque esse acordo foi celebrado pela Administração Pública seguramente em cima de parecer jurídico, de análise jurídica. Esses cálculos poderiam passar pelo crivo, pela análise do Departamento Jurídico. Foi o DER?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - O DNER. Na verdade, há também uma aplicação, que não está nos autos, mas é relatada, da pena de demissão ao procurador que teria dado o parecer



RMS 24.699 / DF

e assinado o acordo; acordo que não foi cumprido porque foi tornado nulo posteriormente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Isso é importante, o acordo não foi levado adiante e impediu a consumação de prejuízo ao erário. Acompanho o voto de V. Exa., entendendo que o estudo está muito bem feito.

Só queria fazer uma observação lateral. Esse lapidar conceito de Miguel de Seabra Fagundes, segundo o qual administrar é aplicar a lei de ofício, talvez esteja a exigir uma atualização.

O artigo 37 da Constituição, tão apropriadamente citado por V. Exa., Sr. Ministro Eros Grau, na cabeça desse artigo há uma novidade que não tem sido posta em ênfase pelos estudiosos. Esse artigo tornou o Direito maior do que a lei ao fazer da legalidade apenas um elo, o primeiro elo de uma corrente de juridicidade que ainda incorpora a publicidade, a impessoalidade, a moralidade, a eficiência. Ou seja, já não basta ao administrador aplicar a lei, é preciso que o faça publicamente, impessoalmente, eficientemente, moralmente. Vale dizer: a lei é um dos conteúdos desse continente de que trata o artigo 37. Então, se tivéssemos que atualizar o conceito de Seabra Fagundes, adaptando-o à nova sistemática constitucional, diríamos o seguinte: administrar é aplicar o Direito de ofício, não só a lei.



RMS 24.699 / DF

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Não é bem assim, se me permite, porque, na verdade, o Estado faz as leis, mas quem faz o Estado que faz as leis, antes, é o Direito. Isso é uma bela discussão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Mas para o Direito ser respeitado, não basta aplicar a lei, é preciso que ela seja aplicada eficientemente. Ou seja, o Direito também se manifesta na eficiência; publicamente, o Direito também se manifesta na publicidade; moralmente, o Direito também está presente na moralidade. Então, o administrador deve aplicar a lei e, ainda, observar todos esses princípios de que o Direito se constitui. Assim, teríamos de dizer que administrar é aplicar o Direito de ofício, um direito que incorpore lei, publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência.

* * * * *



30/11/2004

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.699-9 DISTRITO
FEDERAL

À revisão de aparte do Sr. Ministro Carlos Britto.

V O T O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, além de todos os muitos e doutos argumentos do eminente Relator, ousaria acrescentar que talvez até bastasse reconhecer que, com base em fato tido por incontroverso, a imputação de uma ação culposa, sem dano, a funcionário com mais de vinte anos de serviço público, sem nenhuma punição, é absolutamente ilegal, porque contraria a Lei nº 8.112, em sendo desproporcional à gravidade e à natureza da falta a aplicação da pena de demissão. A Comissão teve por culposo um comportamento meramente desidioso, que ela própria reconheceu não haver causado dano, até porque, depois, os fatos teriam confirmado que, pela desconstituição do acordo, não houve pagamento nenhum. Não era, pois, caso de aplicar ao funcionário, sem nenhum antecedente disciplinar, a pena mais grave da Administração Pública. 

Acompanho, inteira e tranqüilamente, o voto do Ministro-Relator.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Se V. Exa. me permite, uma curiosidade. Efetivamente, a Lei nº 8.112, no seu artigo 117, XV, proíbe o procedimento de forma desidiosa. Proceder dessa forma, portanto, é uma das proibições expressas impostas ao funcionário público. Porém - aí está a curiosidade -, quando essa mesma Lei trata da demissão, no artigo 132, diz quais os casos em que se aplicam a demissão, mas já não inclui o proceder de forma desidiosa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Foi exatamente por isso que eu disse ser contrário a disposição expressa da Lei nº 8.112. Não podia aplicar ao fato desidioso pena não prevista na Lei. 

Supremo Tribunal Federal

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.699-9

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EROS GRAU

RECTE.(S): BERNARDO ROSENBERG

ADV.(A/S): RODRIGO ALVES CHAVES E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: A Turma deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança para, reformando o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, cassar o ato mediante o qual foi imposta a penalidade de demissão a Bernardo Rosenberg, determinando, em consequência, sua imediata reintegração ao cargo que anteriormente ocupava, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidiu o julgamento o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Sepúlveda Pertence. Falou pelo recorrente o Dr. Rodrigo Alves Chaves. 1ª. Turma, 30.11.2004.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Ministros Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto.


Ricardo Dias Duarte
Coordenador

Supremo Tribunal Federal

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 19.05.2006
EMENTÁRIO Nº 2 2 3 3 - 3

28/03/2006

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 403.205-8 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA	: MIN. ELLEN GRACIE
RECORRENTE(S)	: DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA PANARELLO LTDA
ADVOGADO(A/S)	: CELSO LUIZ BERNARDON E OUTRO(A/S)
RECORRIDO(A/S)	: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO(A/S)	: PGE-RS - KARINA DA SILVA BRUM

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. ICMS. CONCESSÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO. PROTOCOLO INDIVIDUAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PUBLICIDADE NÃO CONFIGURADA.

1. Falta aos incisos XIII e LVII do art. 5º da Constituição Federal o devido questionamento (Súmulas STF nºs 282 e 356).
2. O Poder Público detém a faculdade de instituir benefícios fiscais, desde que observados determinados requisitos ou condições já definidos no texto constitucional e em legislação complementar. Precedentes do STF.
3. É dever da Administração Pública perseguir a satisfação da finalidade legal. O pleno cumprimento da norma jurídica constitui o núcleo do ato administrativo.
4. Concessão de benefício fiscal mediante ajuste entre Administração Pública e administrado. "Protocolo individual". Instrumento de intervenção econômica que impõe direitos e obrigações recíprocas. Dever jurídico da Administração Pública de atingir, da maneira mais eficaz possível, o interesse público identificado na norma.
5. Princípio da razoabilidade. Hipótese que carece de congruência lógica exigir-se o comprometimento da Administração Estadual em conceder benefício fiscal presumido, quando a requerente encontra-se inadimplente com suas obrigações tributárias.
6. Violação ao princípio da publicidade não configurada. Negativa de celebração de "protocolo individual". Incontroversa existência de autuações fiscais por prática de infrações à legislação tributária estadual. Interesse preponderante da Administração Pública.
7. Recurso extraordinário conhecido e improvido.



484

RE 403.205 / RS

*Supremo Tribunal Federal***ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso extraordinário e negar-lhe provimento, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 28 de março de 2006.



Ellen Gracie – Presidente (art. 37, I, do RISTF) e Relatora

Supremo Tribunal Federal

28/03/2006

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 403.205-8 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA	: MIN. ELLEN GRACIE
RECORRENTE(S)	: DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA PANARELLO LTDA
ADVOGADO(A/S)	: CELSO LUIZ BERNARDON E OUTRO(A/S)
RECORRIDO(A/S)	: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO(A/S)	: PGE-RS - KARINA DA SILVA BRUM

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento à apelação nos termos da seguinte ementa:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. BENEFÍCIO FISCAL. CRÉDITO PRESUMIDO. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO.

A obtenção do benefício do crédito presumido está subordinada ao preenchimento dos requisitos. Hipótese em que o contribuinte foi autuado pela prática de infração tributária material que importa cancelamento do benefício.

Recurso desprovido.”

A recorrente afirma que o Estado do Rio Grande do Sul, no Decreto nº 38.267/98 (art. 32, XXXI), concedeu um crédito presumido de ICMS aos distribuidores de produtos farmacêuticos para compensar incentivos outorgados por outros Estados da Federação. Eis o teor deste dispositivo:

“Art. 32. Assegura-se direito a crédito fiscal presumido:

(...)

XXXI – no período de 1º de fevereiro de 1998 a 31 de janeiro de 1999, aos estabelecimentos distribuidores, nas saídas internas dos produtos farmacêuticos relacionados no Apêndice II, Seção III, Item VI, em montante igual ao que resultar da aplicação do percentual de 2% (dois por cento) sobre a base de cálculo do débito próprio incidente em cada operação, observadas as condições estabelecidas em protocolos individuais firmados pela Secretaria da Fazenda com as empresas beneficiadas.”

RE 403.205 / RS

Supremo Tribunal Federal

Requeru, então, a concessão desse benefício fiscal, o que foi denegado pela Receita Estadual ao argumento de haver sido o contribuinte autuado pela prática de infração à legislação tributária.

Sustenta a recorrente, fundamentalmente, a ilegitimidade da exigência imposta. Apóia seu recurso extraordinário nos seguintes fundamentos:

a) os termos do protocolo que lhe foi proposto pela Secretaria de Fazenda, bem como daqueles firmados com outros contribuintes, não foram publicados, por isso, em razão do princípio da publicidade (art. 37, caput, da CF/88), não podem gerar limitações ao exercício de seu direito à percepção do crédito presumido de ICMS ora pleiteado;

b) a Fazenda do Rio Grande do Sul está criando, sem previsão legal, embaraços ao exercício da sua atividade econômica, o que contraria a norma do art. 5º, XIII, da Constituição Federal;

c) a violação ao princípio da isonomia (arts. 5º, caput, e 150, II da CF/88), uma vez que, com o indeferimento do benefício fiscal, passou a concorrer em desvantagem com os distribuidores de produtos farmacêuticos do Rio Grande do Sul e de outros estados, que gozam do incentivo;

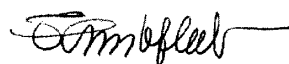
d) o débito apontado pela Fazenda como óbice para a celebração do acordo está sendo objeto de ação declaratória de nulidade, e, até o fim de tal feito, não pode haver gravame decorrente da existência dessa cobrança fiscal, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII).

2. Contra-razões a fls. 432/447.

3. Inadmitido na origem, o recurso subiu a esta Corte ante o provimento de agravo de instrumento.

4. Em parecer da lavra do Dr. Wagner de Castro Mathias Netto, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.



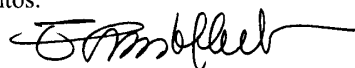
*Supremo Tribunal Federal***487**

28/03/2006

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 403.205-8 RIO GRANDE DO SUL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente e Relatora) – Senhores Ministros, antes de mais nada, quero, como de hábito, louvar a brilhante sustentação oral do Doutor Gerent, a quem conheço desde o Tribunal da 4ª Região. Sua Excelência está sempre defendendo causas de natureza tributária com o brilho da sua exposição e com a profundidade de seus argumentos.



RE 403.205 / RS

*Supremo Tribunal Federal***VOTO**

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): 1. Preliminarmente, ressalto que os incisos XIII e LVII do art. 5º da Constituição Federal não foram debatidos no acórdão da apelação, tampouco invocados nos embargos de declaração a ele opostos, faltando-lhes, pois, o devido prequestionamento (Súmulas STF nºs 282 e 356).

2. Recordo que a instituição de incentivos e benefícios fiscais, a serem concedidos mediante o atendimento de determinados requisitos, é autorizada ao Poder Público desde que seja observada a regra do disciplinamento da benesse por lei específica, conforme estabelecido no art. 150, § 6º, da Constituição, *verbis*:

“§ 6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.”

Esse mesmo dispositivo ressalva, na parte final, a concessão de benefícios fiscais relativos ao ICMS, os quais haverão de observar a celebração de convênio interestadual, em atenção ao que prevêem o art. 155, § 2º, XII, g, e a Lei Complementar nº 24/75. Nesse sentido, há diversas manifestações desta Corte (refiro, entre outros, a ADI 2.376-MC, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, unânime, DJ de 04.05.2001; e a ADI 1.247, rel. Min. Celso de Mello, unânime, DJ de 08.09.1995).

Na hipótese dos autos, a outorga do crédito presumido de ICMS, instituído pelo Decreto estadual nº 38.267, de 10 de março de 1998, foi condicionada à ausência de autuação do contribuinte pela prática de infração à ordem tributária. A pretensão alinhada pela recorrente é a de ver declarada a ilegitimidade de tal exigência. Alega, para tanto, que os protocolos firmados entre os contribuintes e o Estado do Rio Grande do Sul e aquele que lhe foi proposto não tiveram a devida publicação. Conclui, então, que *“a doutrina e a jurisprudência são uníssonas ao afirmar que enquanto os atos não forem publicados (e os termos do protocolo individual não o foram) não têm eles força obrigatória. Por estas razões, não pode ser exigida da Recorrente a observância às regras estabelecidas em tais protocolos”* (fl. 428).

Esclareço que o Decreto nº 38.267/98 fez inserir, com fundamento no Convênio ICMS 70/97, o inciso XXXI ao art. 32 do Regulamento do ICMS do Estado

RE 403.205 / RS

Supremo Tribunal Federal

do Rio Grande do Sul (Decreto nº 37.699/97). Ao assim proceder, incorporou à disciplina do crédito presumido a atividade desempenhada pelos distribuidores de produtos farmacêuticos. Eis o teor do dispositivo:

“Art. 32. Assegura-se direito a crédito fiscal presumido:

(...)

XXXI – no período de 1º de fevereiro de 1998 a 31 de janeiro de 1999, aos estabelecimentos distribuidores, nas saídas internas dos produtos farmacêuticos relacionados no Apêndice II, Seção III, Item VI, em montante igual ao que resultar da aplicação do percentual de 2% (dois por cento) sobre a base de cálculo do débito próprio incidente em cada operação, observadas as condições estabelecidas em protocolos individuais firmados pela Secretaria da Fazenda com as empresas beneficiadas.”(Grifei)

Anoto que a constitucionalidade de tal dispositivo não está em causa, não sendo oportuno, nesta sede, proceder-se à verificação do adequado uso de decreto estadual para a instituição de benefício fiscal. Seria necessário, para tanto, averiguar a correspondência entre o disposto no decreto, na lei estadual disciplinadora do ICMS (Lei nº 8.820/89), no Convênio ICMS 70/97, que ensejou a inserção do novo creditamento, e, finalmente, na Lei Complementar nº 24/75. Não obstante, na hipótese destes autos, não se questiona o benefício fiscal em si, mas tão-somente a conduta da Administração Estadual em negá-lo ao contribuinte ao argumento da existência de atuação fiscal por inadimplemento de obrigações tributárias discutidas em sede judicial.

3. Assim circunscrita a matéria discutida nestes autos, entendo que as alegações desenvolvidas pelo contribuinte não procedem.

Reputo indubitoso que o Poder Público detém a faculdade de instituir benefícios fiscais, desde que observados determinados requisitos ou condições já definidos no texto constitucional e em legislação complementar, de modo a respeitar princípios e valores jurídicos próprios do Estado de Direito.

Tal premissa mostra-se de fundamental importância porquanto não apenas preserva características formais próprias do Estado de Direito, como a representação popular, a reserva constitucional de competências, a independência de jurisdição, o princípio da legalidade (reserva e supremacia da Lei), entre outras, como também a atuação do Poder Público, mediante prévia subordinação a certos parâmetros ou valores antecipadamente estabelecidos em lei específica e sobretudo a princípios

RE 403.205 / RS

Supremo Tribunal Federal

positivados na Constituição. Com isso, o Poder Público submete-se à ordem normativa do Estado de Direito, por sua simultânea especificidade garantidora do interesse prevalente do Estado e do interesse individual dos administrados, estabelecendo-se verdadeiro obstáculo à atuação ilegítima e à intemperança do Poder Público.

Nesse contexto, é indubitável o cabimento em juízo de certas demandas para exame da conduta administrativa tida por ilegítima ou colidente com os interesses legítimos dos administrados. Contudo, a amplitude desse exame ajusta a necessária submissão do ato à lei e de sua conformidade aos denominados critérios de mérito, também definidos por Celso Antônio Bandeira de Mello (*Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 6ª tiragem, 2003, p. 82, item 42) como “o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei”.

Enquanto ato jurídico praticado no exercício da função administrativa, o ato administrativo consubstancia um dever do Poder Público de exercer sua atividade de acordo com uma dada finalidade, cujo conteúdo axiológico lhe impõe o dever de perseguir a satisfação do interesse previsto na norma jurídica, ou seja, o cumprimento de uma finalidade legal, cerne do ato administrativo que, tal como esclarece Rui Cirne Lima (*Princípios de Direito Administrativo*, 5ª ed., 1982, p. 22), “domina todas as formas da administração”.

4. Na hipótese dos autos, a Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul indeferiu o requerimento de concessão do crédito fiscal presumido de ICMS, inserto no inc. XXXI do art. 32 do Regulamento do ICMS do Estado do Rio Grande do Sul (Decreto n.º 37.699/97), conforme informado a fl. 34, no qual se verbera:

“(..)

A Secretaria da Fazenda não poderá atender sua solicitação de assinatura de Protocolo individual com vistas ao aproveitamento do benefício previsto no art. 32, XXXI, do Livro I, do Regulamento do ICMS, anexo ao Decreto 37.699/97, em razão de sua empresa não atender aos requisitos que, por conveniência administrativa, devem integrar protocolos dessa ordem, tais como não ter sido autuada por prática de infrações à legislação tributária.”

É que, conforme salientado nas razões do parecer exarado pelo Departamento de Receita Pública Estadual (fl. 239):

RE 403.205 / RS

Supremo Tribunal Federal

“(...)

Não obstante a previsão para que seja concedido o benefício, claro está que o administrador deverá buscar salvaguardas aos interesses maiores do Estado. É o caso da cláusula que impõe, como obrigação do contribuinte, manter o ICMS em dia. Outrossim, a Divisão de Normativo e Contencioso Fiscais deste Departamento, em manifestação constante na fl. 37, sugere que seja adicionado, como condicionante nos futuros protocolos, que o contribuinte não tenha sido autuado por prática de infrações materiais qualificadas – arts. 7º e 8º da Lei nº 6.537/73, e que seus sócios, gerentes ou contabilistas não tenham sido denunciados pela prática de delitos previstos na Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária).

“(...)”

Em vista disso, a decisão da Administração Estadual em negar ao contribuinte o benefício fiscal, sob o argumento de existência de autuação fiscal por inadimplemento de obrigações tributárias, mostra-se coerente com o grau de liberdade previsto na norma disciplinadora em questão. É que, diversamente dos atos administrativos vinculados ao absoluto rigor da lei, há casos em que a hipótese da norma jurídica se omite quanto ao pressuposto de fato que objetivamente ensejará uma determinada conduta e, em consequência disso, outorga à Administração Pública, como de fato outorgou, a tarefa de valorar “a respeito daquilo que convém fazer para efetivamente conseguir dar satisfação ao interesse previsto na lei”(Celso Antônio Bandeira de Mello. Controle Judicial dos Atos Administrativos. *Revista de Direito Público*, nº 65, 1983, p. 32).

Assim, não reconheço, na norma concessiva do benefício fiscal ora em exame, a cogência necessária para obrigar a Administração Estadual a firmar, nos termos pretendidos pela recorrente, o instrumento jurídico denominado de “protocolo individual” e, por conseguinte, compor direitos e obrigações recíprocos, vantagens e benefícios, ou seja, a estabelecer uma relação jurídica cujos efeitos jurídicos imediatos impõem à Administração Estadual o dever de suportar o lançamento do aludido percentual de crédito fiscal presumido de ICMS. Afasta-se, com isso, a alegada ofensa ao princípio isonômico, porquanto não caracterizada nos autos a necessária identidade de situação jurídica entre a recorrente, autuada pela fiscalização estadual por descumprimento de suas obrigações tributárias, e os demais contribuintes que teriam se beneficiado do crédito fiscal presumido.

Evidencie-se, finalmente, que o referido “protocolo individual”, porque instrumento de intervenção econômica, não afasta o dever jurídico que se

RE 403.205 / RS

Supremo Tribunal Federal

impõe ao administrador de sempre realizar, da maneira mais eficaz possível, o comportamento administrativo pretendido em frente do interesse público que inspirou a regra de Direito.

É que, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Protocolo – Ajuste entre Ministro de Estado e Administrados – Direito a Lucro e Tabelamento de Preços – Responsabilidade do Estado. *Revista de Direito Público*, nº 87, 1988, p.50), “(...) a realização do interesse público, ou seja, da finalidade de interesse público, reside em negócio consensual típico desta modalidade de intervencionismo econômico, não tem sua existência subordinada à realização ou entrega de algo ao próprio Estado, pois a noção de interesse público e as formas pelas quais pode ser realizado com o concurso de particulares ultrapassam de muito a que se contém no restrito âmbito dos clássicos contratos administrativos. Eis porque, a toda evidência, seria descabido pretender que o Protocolo e seus objetivos são alheios à realização do interesse público. Pelo contrário, o interesse público argüível em favor deles é perfeitamente reconhecível. Improcederia, totalmente, pretender que o Protocolo é carente de motivação ou motivo. Motivo é a situação de direito ou de fato que autoriza ou exige a prática de um ato. Motivação é a enunciação das razões que lhe justificam a prática.”

Presente a razoável adequação entre a motivação inspiradora das cláusulas formalizadas no “protocolo individual” (fls. 143/144) e seu necessário engajamento com a regra concessiva do benefício fiscal em exame, cumpre à Administração Pública objetivamente identificar a perfeita satisfação do interesse jurídico tutelado, pressuposto de fato que, caso não observado, compromete a própria legitimidade do “protocolo individual”, por incidir sobre o atendimento recíproco de interesses da Administração Pública e do administrado. Observe-se, ainda, que tal pressuposto de fato encontra seu primeiro impulso já no próprio requerimento formulado pela recorrente para celebração do “protocolo individual” encaminhado à Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul (fl. 33). Nele, afirma a necessidade de “(...) promover medidas que atendam ao interesse econômico e social do Estado e que permitam a expansão da receita pública estadual (...)”, bem como ressalta a necessidade de atender ao interesse público “(...), constituindo um instrumento para obtenção de meios ou recursos indispensáveis à promoção do bem-estar social (...)”.

Assim, comprovada nos autos a existência de autuações fiscais por prática de infrações à legislação tributária estadual (fls. 244/316), fato confirmado pelo próprio contribuinte ao noticiar a impugnação das autuações em ação anulatória (fl. 04), carece de congruência lógica exigir-se da Administração Estadual seu comprometimento em conceder benefício fiscal presumido, mediante ajuste

RE 403.205 / RS

Supremo Tribunal Federal

consubstanciado em “protocolo individual”, quando a requerente encontra-se inadimplente com suas obrigações tributárias.

5. Quanto ao argumento de violação ao princípio da publicidade inscrito no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, por não-publicação dos termos do protocolo que lhe foi proposto pela Secretaria da Fazenda, bem como daqueles firmados com outros contribuintes, tenho que igualmente não procede.

Observo que os contribuintes tiveram ciência desse benefício fiscal presumido de ICMS pelo Diário Oficial do Estado. A recorrente, por sua vez, foi devidamente notificada pela Administração Estadual da negativa ao seu pedido de celebração de “protocolo individual” (fl. 33) em 07 de dezembro de 1998, conforme notificação de fl. 34. Contudo, verifico que a própria recorrente junta à exordial minuta do “protocolo individual” (fls. 143/144), documento este datado de 30 de setembro de 1998, demonstrando que teve ciência do conteúdo de suas cláusulas em data anterior a 07 de dezembro de 1998, quando da notificação de não-atendimento ao seu requerimento de concessão do benefício fiscal presumido, sob o fundamento de existência de autuação fiscal por inadimplemento de obrigações tributárias.

Nesse mesmo sentido, destaco excerto do voto proferido pela Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza, relatora do acórdão recorrido, nos seguintes termos (fl. 400):

“(…). A Alegada falta de publicidade do protocolo não beneficia a Apelante. É que o indeferimento não se deve à falta de cumprimento de requisitos que estavam a cargo da Apelante. A negativa, como já referida, está vinculada a lançamento cujo crédito não está suspenso. Nesse quadro, não tem direito a Apelante de exigir da Administração o aproveitamento do crédito presumido.”

6. Diante do exposto, **conheço** do recurso e **lhe nego provimento**.



Ministra Ellen Gracie

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 403.205-8

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

RECTE.(S): DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA PANARELLO LTDA

ADV.(A/S): CELSO LUIZ BERNARDON E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADV.(A/S): PGE-RS - KARINA DA SILVA BRUM

Decisão: A Turma, à unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e lhe negou provimento, nos termos do voto da Relatora. Falou, pela recorrente, o Dr. Dilson Gerent. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. 2ª Turma, 28.03.2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.001.673 - DF (2007/0254568-0)

RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
RECORRENTE : UNIÃO
RECORRIDO : LÚCIO ALBERTO DE LIMA ALBUQUERQUE
ADVOGADO : IRINEU DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEAS "A" E "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO. ATO VINCULADO. CONTROLE JURISDICIONAL. LIMITES. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

1. Não se verifica ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que, consoante entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, o órgão julgador, desde que tenha apresentado fundamentos suficientes para sua decisão, não está obrigado a responder um a um os argumentos das partes, sendo inviável o acolhimento dos embargos declaratórios quando não presentes as hipóteses previstas no citado dispositivo legal.

2. Para que o recurso especial interposto com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional possa ser conhecido, é necessário, entre outros requisitos, que o recorrente demonstre a similitude fática entre os julgados confrontados, sendo insuficiente a mera transcrição de ementas.

3. A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional, o que não ocorre, no caso, em relação ao disposto no art. 334, II, do CPC.

4. Cabe ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, zelar, quando provocado, para que o administrador atue nos limites da juridicidade, competência que não se resume ao exame dos aspectos formais do ato, mas vai além, abrangendo a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais, como proporcionalidade e razoabilidade.

5. No caso, o Tribunal de origem, ao verificar, mediante atividade interpretativa, inerente à função jurisdicional, se os fatos apurados e descritos no procedimento administrativo conduziam ou não à conclusão de ter o servidor praticado infração disciplinar, nada mais fez do que cumprir seu mister constitucional.

6. O órgão julgador entendeu, de modo claro e fundamentado, que a conduta narrada não constituía violação ao art. 143 da Lei 8.112/90, por ausência de subsunção dos fatos à norma. Agiu, destarte, nos limites de sua competência, não cabendo afirmar que deveria ter-se restringido à análise dos aspectos formais do procedimento administrativo, sob pena de restar esvaziada a garantia fundamental de acesso ao Poder Judiciário, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

7. No que tange ao controle jurisdicional de atos impositivos de sanção a servidor público, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu no sentido de que, diante dos princípios que vinculam o regime jurídico disciplinar, não há falar em discricionariedade da Administração, devendo o controle exercido pelo Poder Judiciário incidir sobre todos os aspectos do ato. Precedente. MS 12.988/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 12/2/08.

Superior Tribunal de Justiça

8. Revisar o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias no sentido de que, conforme apurado e descrito nos autos, a conduta do servidor não constituiu infração disciplinar demandaria o reexame de fatos e provas, procedimento vedado na via especial (Súmula 7/STJ).
9. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Presente na tribuna: Dr. Rodrigo Alves Chaves (p/ recdo)

Brasília (DF), 06 de maio de 2008(Data do Julgamento)

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.001.673 - DF (2007/0254568-0)

RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
RECORRENTE : UNIÃO
RECORRIDO : LÚCIO ALBERTO DE LIMA ALBUQUERQUE
ADVOGADO : IRINEU DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de recurso especial interposto pela UNIÃO com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal.

Insurge-se a recorrente contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que julgou procedente pedido formulado em ação ordinária ajuizada por ex-servidor da Administração Pública Federal para anular a sanção que lhe fora imposta, consistente na destituição de cargo em comissão.

A ementa do acórdão ficou assim redigida (fl. 723):

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENA DISCIPLINAR. CONVERSÃO DE EXONERAÇÃO EM DESTITUIÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. PEDIDO DE ANULAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL AFASTADA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DOS FATOS ACOLHIDA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Não procede a alegação de incompetência da Administração Pública Federal para instaurar processo administrativo disciplinar e aplicar as sanções cabíveis, relacionados com fatos ocorridos em data anterior ao desligamento do servidor para exercer cargo de natureza política – Conselheiro do Tribunal de Contas – em estado da federação.

2. Apesar de ter a comissão de processo administrativo disciplinar concluído que o servidor não praticou infração disciplinar, decidiu o Ministro de Estado pela aplicação da pena disciplinar de conversão da exoneração em destituição do cargo em comissão, com base em parecer da Consultoria Jurídica do Ministério.

3. Sendo as conclusões do parecer jurídico baseadas em interpretações equivocadas dos fatos, deve ser anulada a pena disciplinar.

4. Apelação a que se dá provimento, com inversão dos ônus da sucumbência.

A UNIÃO opôs embargos de declaração apontando omissão quanto aos arts. 143 da Lei 8.112/90 e 334, II, do Código de Processo Civil.

Rejeitados os aclaratórios, sobreveio o presente recurso especial, em que sustenta a recorrente, de início, ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, ao argumento de que o Tribunal *a quo*, apesar de provocado, deixou de se pronunciar acerca das questões suscitadas nos embargos.

Superior Tribunal de Justiça

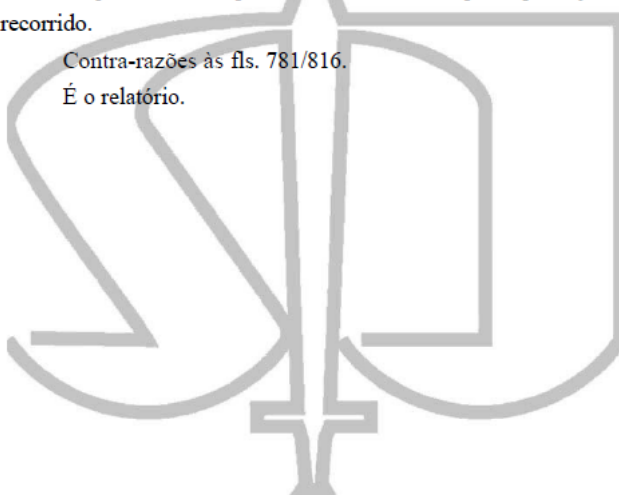
Alega, ainda, além de dissídio jurisprudencial, contrariedade ao art. 143 da Lei 8.112/90. Argumenta que o acórdão, ao proceder ao reexame de provas, extrapolou o exame dos aspectos formais do exercício do poder disciplinar e incorreu em indevida invasão do mérito do ato administrativo, impedindo a Administração de apurar as irregularidades cometidas pelo servidor público e impor a sanção cabível.

Aduz, por fim, violação ao art. 334, II, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que, se o próprio autor da ação afirma que "a Comissão de Processo Disciplinar concluiu pela existência de omissão de sua parte" e admite "ter tomado conhecimento da existência de superfaturamento em compras de produto de informática", não se deve perquirir a existência de outras provas além da confissão (fl. 752).

Requer, assim, o provimento do recurso para que seja anulado ou reformado o acórdão recorrido.

Contra-razões às fls. 781/816.

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.001.673 - DF (2007/0254568-0)

EMENTA

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEAS "A" E "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO. ATO VINCULADO. CONTROLE JURISDICIONAL. LIMITES. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

1. Não se verifica ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que, consoante entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, o órgão julgador, desde que tenha apresentado fundamentos suficientes para sua decisão, não está obrigado a responder um a um os argumentos das partes, sendo inviável o acolhimento dos embargos declaratórios quando não presentes as hipóteses previstas no citado dispositivo legal.

2. Para que o recurso especial interposto com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional possa ser conhecido, é necessário, entre outros requisitos, que o recorrente demonstre a similitude fática entre os julgados confrontados, sendo insuficiente a mera transcrição de ementas.

3. A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional, o que não ocorre, no caso, em relação ao disposto no art. 334, II, do CPC.

4. Cabe ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, zelar, quando provocado, para que o administrador atue nos limites da juridicidade, competência que não se resume ao exame dos aspectos formais do ato, mas vai além, abrangendo a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais, como proporcionalidade e razoabilidade.

5. No caso, o Tribunal de origem, ao verificar, mediante atividade interpretativa, inerente à função jurisdicional, se os fatos apurados e descritos no procedimento administrativo conduziam ou não à conclusão de ter o servidor praticado infração disciplinar, nada mais fez do que cumprir seu mister constitucional.

6. O órgão julgador entendeu, de modo claro e fundamentado, que a conduta narrada não constituía violação ao art. 143 da Lei 8.112/90, por ausência de subsunção dos fatos à norma. Agiu, destarte, nos limites de sua competência, não cabendo afirmar que deveria ter-se restringido à análise dos aspectos formais do procedimento administrativo, sob pena de restar esvaziada a garantia fundamental de acesso ao Poder Judiciário, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

7. No que tange ao controle jurisdicional de atos impositivos de sanção a servidor público, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu no sentido de que, diante dos princípios que vinculam o regime jurídico disciplinar, não há falar em discricionariedade da Administração, devendo o controle exercido pelo Poder Judiciário incidir sobre todos os aspectos do ato. Precedente. MS 12.988/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 12/2/08.

Superior Tribunal de Justiça

8. Revisar o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias no sentido de que, conforme apurado e descrito nos autos, a conduta do servidor não constituiu infração disciplinar demandaria o reexame de fatos e provas, procedimento vedado na via especial (Súmula 7/STJ).

9. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Consta dos autos que LÚCIO ALBERTO DE LIMA ALBUQUERQUE ajuizou ação ordinária contra a UNIÃO com o objetivo de anular o ato que converteu seu pedido de exoneração do cargo comissionado de Superintendente de Administração-Adjunto da SUFRAMA em destituição de cargo em comissão.

O pedido foi julgado improcedente em primeiro grau de jurisdição, tendo a sentença, contudo, sido reformada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que entendeu não ter o servidor cometido nenhuma infração disciplinar.

Transcrevo, por oportuno, os seguintes trechos do acórdão impugnado (fls. 719/721):

Quanto aos fatos, entretanto, assiste razão ao apelante, quando diz que a comissão de processo administrativo concluiu que ele não praticou qualquer infração disciplinar, como se verifica pelo relatório final de fls. 31 a 44.

Apesar de ter a Comissão concluído pela ausência de infração disciplinar do apelante e de não ter sido este denunciado pelo MPF, o Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, pela decisão de fls. 45 a 52, resolveu absolver os demais indiciados relacionados à fl. 52 e condenar o apelante, convertendo o seu pedido de exoneração em pena de destituição do cargo em comissão (fl. 52).

Tal decisão se baseou em parecer da Consultoria Jurídica do Ministério, que concluiu ter sido o apelante omissor, por ter tido conhecimento dos fatos que menciona e não ter mandado apurá-los (fls. 523 a 528).

Ocorre que essa conclusão decorreu de interpretação equivocada dos fatos, como será demonstrado a seguir.

Como se vê, não foi noticiada, no Memorando em questão, nenhum conluio das empresas que participaram da licitação, como disse o parecerista.

Enfatizando, não se denunciou que as empresas que participaram da licitação em questão tivessem entrado em conluio para fornecer os equipamentos licitados por preços superfaturados, como consta do parecer.

Trata-se de comunicação vaga, envolvendo fatos genéricos relacionados com licitações indeterminadas, sobre equipamentos também indeterminados, por preços acima dos de mercado, sendo este último termo também vago, na

Superior Tribunal de Justiça

medida em que não há nada demais de se oferecer equipamento por preço acima dos de mercado, hipótese que não se confunde com preço superfaturado.

Como foi dito antes, não houve notificação de uma “irregularidade ocorrida”, mas sim notícias vagas dadas por terceiros, envolvendo empresas e licitações indeterminadas, pelo que há equívoco também na conclusão de que “... o servidor tinha o dever de suspender todos os pagamentos de faturas de bens de informática (...)”.

Tal conduta não pode ser exigida de qualquer administrador, por mais diligente que seja, sob pena de se instalar o caos, mormente nos dias atuais em que há notícias e boatos de toda ordem, relacionados com a moralidade administrativa.

Na verdade, o que caberia fazer, era apreciar a sugestão apresentada na segunda parte do memorando, para as futuras licitações, o que foi feito pelo apelante, como noticiam os autos, não havendo, assim, qualquer omissão.

Não se pode deixar de chamar atenção também para a desproporcionalidade entre a cogitada infração disciplinar e a respectiva pena, que corresponde à pena de demissão.

Inconformada, a UNIÃO interpôs o presente recurso especial, em que sustenta, além de dissídio jurisprudencial, contrariedade aos arts. 535 e 334, II do Código de Processo Civil, e 143 da Lei 8.112/90.

De início, não se verifica ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que, consoante entendimento firmado nesta Corte, o órgão julgador, desde que tenha apresentado fundamentos suficientes para sua decisão, não está obrigado a responder um a um os argumentos das partes, sendo inviável o acolhimento dos embargos declaratórios quando não presentes as hipóteses previstas no citado dispositivo legal. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO. GRAU DE RISCO. ENQUADRAMENTO. ATIVIDADE PREPONDERANTE DA EMPRESA. LEI Nº 8.212/91. DECRETOS 612/92 E 2173/97.

1. Inexiste ofensa ao artigo 535, do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

.....
.....
6. Recurso especial não conhecido. (REsp 639.735/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 29/11/04)

No caso, as questões levadas a exame do órgão julgador foram devidamente expostas e analisadas, embora de modo contrário à tese sustentada pela UNIÃO, não havendo omissão, contradição ou obscuridade a serem sanadas.

Quanto ao dissídio e aos arts. 334, II, do Código de Processo Civil e 143 da Lei 8.112/90, o recurso somente merece ser conhecido em relação a este.

Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, para que o recurso especial interposto com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional possa ser conhecido, é necessário, entre outros requisitos, que o recorrente demonstre a similitude fática entre os julgados confrontados, sendo insuficiente a mera transcrição de ementas. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes: AgRg no AG 705.313/MG, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 6/3/06; AgRg no AG 674.190/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 7/11/05.

No recurso em exame, o dissídio não restou demonstrado nos moldes legais e regimentais, pois, não obstante a transcrição de trechos dos julgados confrontados, não foi demonstrado que, nos casos em confronto, os órgãos julgadores partiram de quadro fático idêntico ou semelhante para aplicar de forma discrepante o direito federal.

Em relação ao art. 334, II, do Código de Processo Civil, a teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional. A exigência tem como desiderato principal impedir a condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não debatidas no Tribunal de origem. Nesse sentido: AGA 570.461/RJ, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ de 14/6/04.

Na espécie, o Tribunal *a quo* não analisou a controvérsia à luz do disposto no referido artigo, restando ausente, nesse contexto, o prequestionamento necessário à admissão do recurso.

No mérito, verifico que o acórdão recorrido, ao rever fatos e provas e concluir pela inexistência de infração disciplinar, não ofendeu o art. 143 da Lei 8.112/90.

Resta superada, no Estado Democrático de Direito, a concepção segundo a qual o controle jurisdicional da Administração limita-se ao exame da compatibilidade formal dos atos administrativos com as regras constantes do ordenamento. O princípio da legalidade, nesse novo contexto, é substituído pelo conceito de juridicidade, que abrange regras e princípios. É o que leciona Germana de Oliveira Moraes, na obra "Controle Jurisdicional da Administração Pública" (Ed. Dialética, 2004, pp. 29/30):

Ao ordenar ou regular a situação administrativa, a legalidade não mais guarda total identidade com o Direito, pois este passa a abranger, além das leis - das regras jurídicas, os princípios gerais de Direito, de modo que a atuação do Poder Executivo deve conformidade não mais apenas à lei, mas ao Direito, decomposto em regras e princípios jurídicos, com a superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade.

A constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto, ao passo em que propiciou a ascensão do princípio da juridicidade da Administração, o que conduziu à substituição da idéia do Direito reduzido à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais

Superior Tribunal de Justiça

possível solucionar os conflitos com a Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita.

Dessa forma, cabe ao Poder Judiciário zelar, quando provocado, para que o administrador atue nos limites da juridicidade, competência que, como se disse, não se resume ao exame dos aspectos formais do ato, mas vai além, abrangendo a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais, como proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse contexto, o Tribunal de origem, ao verificar, mediante atividade interpretativa, inerente à função jurisdicional, se os fatos apurados e descritos no procedimento administrativo conduziam ou não à conclusão de ter o servidor praticado infração disciplinar, nada mais fez do que cumprir seu mister constitucional. Como visto, o órgão julgador entendeu, de modo claro e fundamentado, que a conduta narrada não constituía violação ao art. 143 da Lei 8.112/90, por ausência de subsunção dos fatos à norma.

Agiu, destarte, nos limites de sua competência, não cabendo afirmar que deveria ter-se restringido à análise dos aspectos formais do procedimento administrativo, sob pena de restar esvaziada a garantia fundamental de acesso ao Poder Judiciário, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Vale referir que, quanto ao controle jurisdicional de atos impositivos de sanção a servidor público, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu no sentido de que, diante dos princípios que vinculam o regime jurídico disciplinar, não há falar em discricionariedade da Administração, devendo o controle exercido pelo Poder Judiciário incidir sobre todos os aspectos do ato.

Essa orientação foi firmada pela Terceira Seção deste Tribunal, no julgamento do MS 12.983/DF (DJ 12/2/08), de cujo voto condutor transcrevo, no que interessa à presente controvérsia, os percipientes fundamentos lançados pelo Min. Relator FELIX FISCHER:

Há questões afetas ao controle jurisdicional de ato disciplinar e ao cabimento do mandado de segurança que necessitam ser dirimidas antes da análise do mérito propriamente dito.

É natural que, uma vez admitida a existência de aspecto discricionário, leia-se, **mérito administrativo**, no ato disciplinar, o controle jurisdicional da matéria reste limitado. Como sabido, a discricionariedade administrativa diz respeito a **juízo de conveniência e oportunidade do administrador público** e, por essa razão, não cabe, quanto a esse aspecto, a incursão do Poder Judiciário. Ou, ainda, a discricionariedade diz respeito à escolha entre alternativas igualmente válidas. Trata-se, portanto, de "*indiferentes jurídicos*", uma vez que o administrador decidirá com critérios extrajurídicos, "*não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da Administração Pública*" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1990, p.

Superior Tribunal de Justiça

394).

Resta saber se é possível admitir, no ato que impõe sanção a servidor público, espaço para discricionariedade administrativa. Ou melhor, e para nos aproximarmos do caso concreto: o ato de demissão de cargo público viabiliza juízo de conveniência e oportunidade capaz de limitar o respectivo controle jurisdicional? Ao reexaminar essa questão, penso que deve ser afastada a tese de que existiria discricionariedade administrativa no ato que resulta em sanção a servidor público. Valho-me, para tanto, do regime jurídico disciplinar, cujos contornos encontram-se na própria Constituição Republicana de 1988: princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, culpabilidade, proporcionalidade e prestação jurisdicional acerca da violação a direito (art. 5º, inciso XXXV).

Em recente obra lançada sobre o tema, afirma-se, exatamente em razão do cogitado regime jurídico disciplinar,

"que o amplo controle jurisdicional das sanções disciplinares não é só possível, dada à inexistência de discricionariedade administrativa, como constitucionalmente imposto, em razão dos princípios do devido processo legal e da unicidade de jurisdição. Garante-se, enfim, a efetiva tutela de direitos constitucionais do servidor público e não o mero reconhecimento do processo administrativo disciplinar, cuja decisão final ficaria imune ao reexame do órgão constitucional competente para afirmar, com definitividade, a violação ou não a Direito." (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 169) (grifo nosso)

Na obra, há referência a antigo precedente do c. Supremo Tribunal Federal que atestou a inexistência de discricionariedade em ato disciplinar. Eis alguns trechos dos votos proferidos:

a) *"Não são, portanto, somente os aspectos formais do ato que autorizam o exame judicial. Essa limitação só existe em se tratando de ato discricionário, que não poderá ser o de punição disciplinar do funcionário ou a sua destituição nos casos em que esta só se autoriza mediante inquérito administrativo."* (Voto proferido pelo Ministro CASTRO NUNES, nos autos dos Embargos à Apelação Cível n. 73072, 1944 - STF - Pleno. Apud. PEREIRA, Flávio Henrique Unes. ob. cit. p. 118) (grifo nosso)

b) *"Não entendo que deva o Poder Judiciário limitar-se a apreciar o ato administrativo do ângulo visual de legalidade extrínseca e não de seu mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça. A essa tese jamais darei o meu invalioso apoio. Entendo, ao revés, que ao Poder Judiciário é que compete, principalmente, decidir o direito que a parte oponha à administração baseada em lei do país. Quem dirá se o ato foi justo ou injusto: a própria administração, acobertada por um inquérito formalmente perfeito, ou, ao cabo de contas, o Poder Judiciário? A minha resposta é que cabe ao Poder Judiciário, porque a este compete, especificamente, resolver as pendências, as controvérsias que se ferem entre cidadãos ou entre o cidadão e o Estado."* (Voto proferido pelo e. Ministro OROZIMBO NONATO, nos autos dos Embargos à Apelação Cível n. 73072, 1944 - STF - Pleno. Apud. PEREIRA, Flávio Henrique Unes. ob. cit. p. 119) (grifo nosso)

Todavia, a ementa desse precedente já foi utilizada em alguns julgados,

Superior Tribunal de Justiça

inclusive do próprio c. Supremo Tribunal Federal, como se, nos respectivos votos, houvesse sido reconhecido aspecto discricionário no ato disciplinar. Como verifiquei na leitura dos votos que conduziram o julgado, a tese da **discricionariedade** foi afastada. Aliás, o também ministro **VITOR NUNES LEAL** publicou artigo na Revista de Direito Administrativo (RDA, v.3), em 1946, no qual ressalta a mudança de posição do c. Supremo Tribunal Federal, no sentido de **ter-se admitido o reexame do ato disciplinar pelo Poder Judiciário** (PEREIRA. ob. cit. p. 122).

Antes mesmo dos votos proferidos pelos e. ministros **OROZIMBO NONATO** e **CASTRO NUNES, FRANCISCO CAMPOS**, ao analisar a Constituição de 1934, já apresentava argumentos que afastam a discricionariedade no ato que demite servidor público:

"Aliás, conferindo garantias a todos os funcionários contra o arbítrio, o nuto ou a discricção do govêrno, a Constituição brasileira não fez mais do que se conformar aos princípios fundamentais do regime que ela entendeu de estabelecer no país: o do Estado Democrático de Direito.

(...)

A demissibilidade ad nutum dos funcionários públicos repousa sôbre o falso pressuposto de que a vontade dos homens de govêrno tenha um valor em si mesmo, independentemente dos motivos ou dos fins que a inspiram ou determinam.

No Estado democrático de direito, porém, a vontade dos governantes não é livre de se determinar por motivos quaisquer ou por fins estranhos ao interesse público; a vontade dos governantes se impõe a vontade dos governados, submetendo-a à obediência, precisamente pela razão de que aquela vontade não é uma vontade qualquer, mas informada em motivos de ordem pública e orientada para os fins em vista dos quais lhe foram confiados os poderes de govêrno. A vontade dos governantes não é, portanto, uma vontade livre ou discricionária, mas vinculada às causas ou aos fins em virtude dos quais a lei lhe atribue a força especial que a distingue das outras vontades individuais. " (CAMPOS, Francisco. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial. 1943, p. 85-87) (grifo nosso).

SEABRA FAGUNDES, do mesmo modo, tratou do tema:

"O processo administrativo se destina a fazer apurar o motivo do ato, e somente isso. É apenas um processo especial por que se indaga, em caso determinado (funcionário com estabilidade), se ocorre, ou não, causa legalmente capaz de autorizar a dispensa do serviço público. Se constatado motivo legal o funcionário é demitido; se não constatado, permanece nos quadros da Administração. Não se tem em mira apurar um motivo qualquer, que se possa haver, a juízo do administrador, como razoável ou desarrazoado para autorizar a demissão. O que se indaga, coligindo provas, é se ocorreu um motivo predeterminado na lei como capaz de autorizar a demissão." (FAGUNDES, Seabra. Conceito de mérito no Direito Administrativo. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 139, n. 49, p. 15, 1952). (grifo nosso).

Apenas para demonstrar, ainda mais, os requisitos ou critérios que devem ser observados pelo administrador público ao editar atos disciplinares, **sob pena de controle jurisdicional**, cabe lembrar que o art. 37, §6º, da Constituição Republicana de 1988, quando menciona ação de regresso contra servidor público, **com vistas a ressarcir os cofres públicos**, exige a

Superior Tribunal de Justiça

demonstração de dolo ou culpa. Como não exigir o mesmo, quando em pauta a imposição de sanção disciplinar? Como afirma Fábio Medina Osório:

"Então, se é consagrada a responsabilidade subjetiva para essas pessoas, na hipótese de mero ressarcimento, que não se confunde com a sanção, maiores e melhores razões existem para fundamentar a culpabilidade como princípio constitucional, limitando todo o Direito Punitivo do Estado [...]"

(OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 2. ed., rev., atual. São Paulo: R. dos Tribunais, 2005. 560 p.)

De fato, se o constituinte exige a demonstração de dolo ou culpa do servidor público para poder cobrar os prejuízos por ele causados, por maior razão deve ser exigida a demonstração de tais elementos quando em voga a imposição de sanção disciplinar, da qual pode resultar a pena máxima de perda do cargo público (PEREIRA. ob. cit. p. 166).

Dessa forma, são critérios como esse que condicionam o ato disciplinar e não mero juízo de conveniência (dito mérito administrativo) que pudesse limitar o controle jurisdicional acerca da matéria. Na verdade, trata-se, simplesmente, de dar efetividade a comandos constitucionais e legais. Sobre estes, é emblemático o disposto no art. 128 da Lei n. 8.112/90:

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

A propósito do dispositivo, colho da doutrina:

"Tanto o art. 59 do Código Penal, quanto o cogitado art. 128 da Lei n.º 8.112/90 nada mais fazem do que conferir efetividade ao princípio constitucional da individualização da pena, cuja legitimidade também se apóia na própria dignidade da pessoa humana. A culpabilidade e as peculiaridades do caso concreto são, por conseguinte, indispensáveis para a fixação da sanção disciplinar adequada." (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 85) (grifo nosso)

A propósito da decisão adequada que impõe a sanção disciplinar, afirma o autor da referida obra:

"Conclui-se que a decisão correta ou adequada emerge da consideração de todas as peculiaridades do caso, as quais são apontadas pelas partes, por meio de um processo desenvolvido em contraditório que se vincula ao paradigma de Direito vigente. A legitimidade da decisão correta não reside, por conseguinte, no "juízo" do julgador [administrativo], simplesmente." (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 37) (grifo nosso)

Destaco, outrossim, que esta e. 3ª Seção (v.g., MS n. 10827/DF, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA, julgamento: 6.2.2006; e, MS n. 10828, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, julgamento: 28.06.2006) apresenta precedentes que, com base no princípio da proporcionalidade, anularam sanções impostas a servidores públicos. Patente, portanto, que, ao assim decidir, acabou-se por reconhecer que ao Judiciário cabe controlar o ato disciplinar não apenas em aspectos referentes ao devido processo legal formal, como, também, no que diz respeito ao "mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça" (OROZIMBO NONATO, 1944).

Superior Tribunal de Justiça

Por fim, revisar o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias no sentido de que, conforme apurado e descrito nos autos, a conduta do servidor não constituiu infração disciplinar demandaria o reexame de fatos e provas, procedimento vedado na via especial (Súmula 7/STJ).

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do recurso e, nessa extensão, **nego-lhe provimento**.

É como voto.



Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2007/0254568-0

REsp 1001673 / DF

Número Origem: 200334000434022

PAUTA: 06/05/2008

JULGADO: 06/05/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **UNIÃO**

RECORRIDO : **LÚCIO ALBERTO DE LIMA ALBUQUERQUE**

ADVOGADO : **IRINEU DE OLIVEIRA E OUTRO(S)**

ASSUNTO: Administrativo - Servidor Público Civil - Processo Administrativo Disciplinar - Anulação

SUSTENTAÇÃO ORAL

PRESENTE NA TRIBUNA: DR. RODRIGO ALVES CHAVES (P/ RECD)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 06 de maio de 2008

LAURO ROCHA REIS
Secretário



VDG
Nº 70004995767
2002/CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER IMPOSTA AO PODER EXECUTIVO PELO PODER JUDICIÁRIO. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE ADMINISTRATIVA, NÃO TENDO O JUDICIÁRIO INGERÊNCIA NESTE PONTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER, QUE IMPORTA EM ATOS DE ADMINISTRAÇÃO, SUBSTITUINDO OS CRITÉRIOS DE OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA DO ATO DISCRICIONÁRIO ADMINISTRATIVO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO COMPETE AO JUDICIÁRIO A FIXAÇÃO DE PRIORIDADES NO DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADES AFETAS À ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE NORMA LEGAL SUBSTANTIVA, QUE OBRIGUE OU VEDE A PRÁTICA DE DETERMINADO ATO À ADMINISTRAÇÃO. EVENTUAL RESPONSABILIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS, SE DA OMISSÃO RESULTAR PREJUÍZO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. POSIÇÃO DOUTRINÁRIA. AGRAVO PROVIDO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

QUARTA CÂMARA CÍVEL

Nº 70004995767

ENCANTADO

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL,

AGRAVANTE;

MINISTÉRIO PÚBLICO,

AGRAVADO;

MUNICÍPIO DE ROCA SALES,

INTERESSADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.



VDG
Nº 70004995767
2002/CÍVEL

Acordam os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, EM DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores, Des. Araken de Assis e Des. João Carlos Branco Cardoso.

Porto Alegre, 18 de dezembro de 2002.

DES. VASCO DELLA GIUSTINA,
Relator.

RELATÓRIO

DES. VASCO DELLA GIUSTINA (RELATOR) – Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL contra decisão proferida nos autos da ação civil pública que lhe move o MINISTÉRIO PÚBLICO, que deferiu liminar, aos fins de concluir o recenseamento e projetos requeridos pelo Ministério Público, sob pena de multa no valor de R\$ 50.000,00.

Segundo alega, não seria possível a aplicação da medida liminar, haja vista que, havendo o recenseamento, ocorreria a satisfação do objeto da lide, ferindo, assim, o disposto no art. 273 do CPC, Lei. 9494/97 e a Lei 8437/92. Também, com base no princípio da razoabilidade, pediu que fosse afastada a aplicabilidade ou a redução do valor da multa. Ademais, verteu que não caberia ao judiciário a interferência na estrutura administrativa, conforme o princípio da



VDG
Nº 70004995767
2002/CÍVEL

independência e da harmonia entre os poderes, art. 2º CF, e os princípios de conveniência e oportunidade do administrador.

O Ministério Público contra-razoou. Argüiu que teve pouco tempo para contra-razoar, devido a problemas com o Cartório da Comarca. Ademais, asseverou que as providências deveriam ter sido tomadas anteriormente, já que estava prevista na lei de diretrizes e bases da educação nacional, lei 9394/96, sendo que os critérios de conveniência e oportunidade têm limites normativos, obrigando os administradores a tomarem as providências necessárias. Também, pede a confirmação da aplicabilidade da pena de multa e a manutenção da decisão.

É o relatório.

VOTO

DES. VASCO DELLA GIUSTINA (RELATOR) – Eminentes Colegas.

Dou provimento ao recurso estatal.

Com efeito, não diviso, para fundamentar a decisão atacada, o chamado resquício do bom direito.

A douda decisão recorrida, atendendo a pleito ministerial, determinou o recenseamento de crianças em idade escolar e cidadãos sem acesso ao ensino público, bem como a apresentação de projetos para a inclusão educacional de jovens residentes na zona rural, adolescentes em conflito com a lei e alunos com atraso escolar, em prazo certo.

À evidencia, em assim agindo, invadiu a seara administrativa.



VDG
Nº 70004995767
2002/CÍVEL

São providências, como lembrado, que estariam a cargo do Administrador e previstas na lei nº 9394/96, sem maiores prazos ou limitações temporais.

É certo, como lembra o Ministério Público, que seria de todo desnecessária a ação, tivesse o administrador público cumprido os encargos que a lei lhe impõe.”(fl. 89)

Porém, nunca é demais relembrar o princípio da separação dos poderes.

Entendo, vênia permissa, que procede o arrazoado recursal, quando aduz que “...deferida a liminar, está o Poder Judiciário determinando à Administração o exercício de ato tipicamente administrativo, ferindo, por via de consequência, os princípios da independência entre os Poderes, esculpido no art. 2º da Constituição Federal...

“Ao Poder Judiciário não seria dado interferir na consecução de projetos pedagógicos, - tanto do Governo do Estado, quanto da Administração Municipal de Roca Sales, - porque decorrentes de opções políticas, realizadas pela população, fruto do processo eleitoral livre e isento.”(fls. 10/11)

Ademais, trata-se, no caso de medida liminar.

Para tanto, imprescindível o “fumus boni juris” e a verossimilhança das alegações.

Não os diviso no presente caso.

Ainda que louvável a iniciativa ministerial, ressoante-se ela, todavia, de foros de legalidade, pois, entendo que a medida pleiteada refoge ao âmbito da atividade jurisdicional e se concentra em lindes inteiramente administrativas, no que se interpõe o princípio da separação dos poderes.

A determinação de realização de recenseamento, de projetos educacionais, etc. é matéria afeta à discricionariedade e competência dos Poderes



VDG
Nº 70004995767
2002/CÍVEL

Executivos, e sua não implementação, não dá azo à determinação neste sentido, nem cabe ao Judiciário impor jurisdicionalmente sua execução.

Veja-se situação símile que ocorre quando de decisão do Poder Judiciário sobre a inconstitucionalidade por omissão de lei ou ato normativo. Dá-se ciência ao órgão do Poder Legislativo, que “(...) tem a oportunidade e a conveniência de legislar, no exercício constitucional de sua função precípua, não podendo ser forçado pelo Poder Judiciário a exercer seu múnus, sob pena de afronta à separação dos Poderes, fixada pelo art. 2º da Carta Constitucional. Como não há fixação de prazo para a adoção das providências cabíveis, igualmente não haverá possibilidade de responsabilização dos órgãos legislativos. Declarada, porém, a inconstitucionalidade e dada ciência ao Poder Legislativo fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos ‘ex tunc e erga omnes’, permitindo-se sua responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal, se da omissão ocorrer qualquer prejuízo. Dessa forma, a natureza da decisão nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão tem caráter obrigatório ou mandamental, pois o que se pretende constitucionalmente é a obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado.” (Apud “Direito Constitucional”, Alexandre de Moraes, Atlas, 2001, SP, 9ª. Ed., p. 608)

O Poder Judiciário não confecciona nem publica a lei, não pode fixar prazo ao Legislativo, mas apenas declará-lo em mora, com as conseqüências daí oriundas.

A intervenção do Judiciário, no caso dos autos, terá outra natureza e origem, com eventuais reflexos face à inação do Executivo.

Nesta linha tem se posicionado o STJ, conforme se pode ver de recentes decisões:

“Administrativo. Processo Civil. Ação Civil Pública. 1. O Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, deve observância aos princípios constitucionais, inclusive ao da independência e harmonia dos poderes. (art. 2º CF) 2. A



VDG
Nº 70004995767
2002/CÍVEL

observância das normas constitucionais delimita a interpretação e o âmbito da aplicação da legislação infraconstitucional. Não compete ao Judiciário, no seu mister, editar normas genéricas e abstratas de conduta, nem fixar prioridades no desenvolvimento de atividade de administração. Ao poder Executivo compete analisar a conveniência e oportunidade da ação de medidas administrativas. Agravo desprovido.”(AgRg. no RESP nº 261.144-0 –SP, Rel. Ministro Paulo Medina, 2ª.Turma, j. em 6.9.2001, publ. in Boletim do STJ nº 14, set. 2002, p.14)

No mesmo sentido:

“Administrativo. Ação civil pública. Obrigação de fazer ou não fazer.Poder Judiciário. Princípios constitucionais. Observância. Legislação infraconstitucional. Aplicação. Interpretação. Delimitação.....3. A condenação em obrigação de fazer ou não fazer, prevista no art. 3º da Lei 7347/1985,não pode suplantar a harmonia e independência entre os Poderes.”(AgRg. no RESP nº 263.173-0-Go. Rel. Ministro Paulo Medina, 2ª.T., j. em 6.9.2001(Boletim do STJ nº 14, p. 13).

Em artigo publicado na “Revista de Direito Administrativo”, intitulado “O objeto da ação civil pública, quando se constituir em cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, não é autônomo”, vem citada pelo articulista Toshio Mukai, a seguinte decisão:

“Ap. C. n 231.318-1/5, da Comarca de Marília ,decidida pela oitava Câmara Cível, onde o juízo singular julgara precedente ação civil pública ambiental, condenando Município de Oriente a elaborar, no prazo de 6 meses, projeto de lei para tratamento dos esgotos a serem lançados no Córrego Jatobá ou em qualquer outro curso d’água.

‘O tribunal reconheceu a a configuração da impossibilidade jurídica do pedido e em consequência, deu pela carência da ação.

‘Passagem do voto do Relator:

‘(...) não há como conferir ao Poder Judiciário a ingerência no trato de matéria eminentemente administrativa, sem se falar que para a realização de obras que objetivam o não lançamento de esgoto ‘in natura’, em águas fluviais que cortam o Município apelado há necessidade de, legislativamente, estabelecerem-se normas programáticas e



VDG
Nº 70004995767
2002/CÍVEL

orçamentárias, além, evidentemente, de se atender às normas licitatórias.” (Apud “Revista de Direito Administrativo”, nº 215/112)

E continua o festejado autor no seu artigo:

“IV- A impossibilidade jurídica do pedido, reconhecida remançosamente nas decisões judiciais mencionadas, à evidência, tem fulcro no princípio da independência e harmonia de Poderes (art. 2º da CF), pois ao Judiciário, no caso, é vedado praticar atos de proibições do Executivo.

“Tanto quanto o Judiciário, através da ação civil pública, intentar cometer uma ingerência genérica ou específica da Administração Pública (pretendendo impor a esta, obrigações de fazer ou não fazer que importem atos de administração ou, substituir os critérios de oportunidade e conveniência (mérito) do ato discricionário da Administração, pelos deles, juiz), ou, quando, o Judiciário, através dessa ação, pretender criar norma de direito material, estaremos, por força daquele princípio constitucional, perante um objeto (da ação) juridicamente impossível.

“O autor já citado, tocando no assunto, assim se pronunciou: ‘Certamente que há, algumas vezes, dificuldade em demarcar o limite dentro do qual o pedido é impossível juridicamente, quando visa à proteção de interesses difusos e coletivos. É que, levada ao extremo a possibilidade de invocar, em qualquer caso, a tutela judicial em face do poder Político, chegaria o Juiz a extrapolar sua função jurisdicional invadindo, de modo indevido, a função administrativa, com ofensa, por conseguinte, ao princípio da separação dos Poderes, insculpido no art. 2º da Carta em vigor.

“Apesar da inegável dificuldade de demarcação temos entendido que o pedido, principalmente no caso de se tratar de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, é juridicamente possível quando estiver preordenado a determinada situação concreta, comissiva ou omissiva, causada pelo Estado, da qual se origine a violação aos interesses coletivos ou difusos. Em contraposição, não se poder considerar possível juridicamente o objeto da ação se o autor postula que a decisão judicial, acolhendo sua pretensão, condene o Poder Público ao cumprimento de obrigação de forma genérica, abstrata, inespecífica e indiscriminada, de obrigação de fazer ou não fazer’

“Temos para nós que o raciocínio do ilustre autor não tem fundamento. Para nós, como demonstraram, aliás, os acórdãos trazidos à colação, o Judiciário estará sempre ante um pedido



VDG
Nº 70004995767
2002/CÍVEL

juridicamente impossível, quando se pleitear na ação civil que o Poder Público seja obrigado à prática de um ato de administração, ou seja, quando inexistir, no caso, nenhuma violação a uma norma legal substantiva, que obrigue ou vede a prática de determinado ato à Administração.

“Em suma, a obrigação de fazer ou não fazer da ação civil pública só pode ser convertida em ação concreta pelo Judiciário se a Administração (estamos tratando apenas dessa hipótese) não estiver fazendo algo que, por lei substantiva, estava obrigada a fazer, ou, em caso contrário, estiver fazendo algo que a lei lhe veda fazer. Somente aqui, nessas hipóteses, há problemas de ilegalidades, que solicitam a manifestação do Judiciário, de forma legítima.

“Fora dessas hipóteses, se o Juiz se manifestar, estará pretendendo administrar no lugar do Executivo e, portanto, violando o princípio da separação de Poderes.

“Quanto à vedação do objeto criador de direito material, o autor mencionado, aqui sim, de forma clara e objetiva, leciona:

‘A ação civil pública, por outro lado, não é também instrumento idôneo para criação de normas de direito material. Aliás não poderia sê-lo, porque, ao juiz a quem é dirigida, só cabe aplicar o que já existe a título de ius positum. Assim, o autor da ação só pode pedir providências concretas à luz do direito material que, previamente, já ampara interesses transindividuais atingidos pela conduta do réu. As providências acaso deferidas pelo juiz vão refletir agora sim, resultado da aplicação da lei, e não de sua criação.’”(In “Revista de Direito Administrativo”, 215/ 114-115)

Nesses termos, e com tais fundamentos dou provimento ao recurso estatal aos fins de desconstituir a respeitável decisão atacada.

É o voto.

DES. JOÃO CARLOS BRANCO CARDOSO – De acordo.



VDG
Nº 70004995767
2002/CÍVEL

DES. ARAKEN DE ASSIS– De acordo.

Julgador(a) de 1º Grau: Osmar de Aguiar Pacheco.



AESS
Nº 70024096950
2008/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. ATO ADMINISTRATIVO. PROMOÇÃO. EFEITOS RETROATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

RECURSO DE APELAÇÃO:

O ato de promoção de servidores públicos é ato de discricionariedade da Administração, atrelado, portanto, a critérios de conveniência e oportunidade. No caso concreto, o art. 24 da Lei 8.533/88 apenas tratou dos períodos em que, de uma forma geral, deveriam se dar as promoções dos servidores, estabelecendo orientação para o exercício do poder discricionário do administrador, que estava condicionado, ainda, à existência de vagas disponíveis. Em decorrência do quanto decidido, resta prejudicado o recurso de apelação na parte relativa aos juros moratórios.

REEXAME NECESSÁRIO:

Em se tratando de caso em que a sentença é ilíquida, deve ser considerado o valor da causa atualizado como elemento balizador do cabimento do reexame necessário. Atribuído à causa o valor de alçada.

**INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.
RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO EM PARTE,
SENDO PROVIDO NA PARTE EM QUE CONHECIDO.
REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO. UNÂNIME.**

APELAÇÃO REEXAME NECESSÁRIO

QUARTA CÂMARA CÍVEL

Nº 70024096950

COMARCA DE PORTO ALEGRE

JUIZ DE DIREITO DA 1 VARA FAZ
PUBL COM PORTO ALEGRE

APRESENTANTE

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

APELANTE

MANOEL INACIO CANDIDO VELHO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.



AESS
Nº 70024096950
2008/CÍVEL

Acordam os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em **conhecer em parte do recurso de apelação, dando-lhe provimento na parte em que conhecido, e não conhecer do reexame necessário.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. JOÃO CARLOS BRANCO CARDOSO (PRESIDENTE) E DES. RICARDO MOREIRA LINS PASTL.**

Porto Alegre, 06 de agosto de 2008.

DESA. AGATHE ELSA SCHMIDT DA SILVA,
Relatora.

RELATÓRIO

DESA. AGATHE ELSA SCHMIDT DA SILVA (RELATORA)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, nos autos da ação de rito ordinário ajuizada por **MANOEL INÁCIO CANDIDO VELHO**, em face da sentença que julgou procedente a demanda, nos termos do *decisum* da fl. 66 dos autos. O julgador de origem apresentou os autos a esta Corte para fins de reexame necessário.

Em suas razões recursais (fls. 70-9), o apelante alega que, ao conferir retroatividade ao ato de promoção, a sentença adentrou o mérito do ato administrativo. Salaria que inexistente direito subjetivo à promoção. Invoca o art. 84, XXV, da CF/88, bem como o art. 82, XVIII, da Constituição Estadual. Assevera que a periodicidade estabelecida pela lei diz respeito ao período de avaliações a ser considerado para efeitos de futuras promoções. Ressalta que inexistente previsão de concessão do benefício na Lei de Diretrizes Orçamentárias, tampouco prévio estudo



AESS
Nº 70024096950
2008/CÍVEL

de impacto financeiro (art. 154, II e X, *a* e *b*, da Constituição Estadual). Aduz que o ente público deve observar a Lei de Responsabilidade Fiscal. Alega que o exame da conveniência do ato administrativo pelo Poder Judiciário afronta a independência e harmonia entre os poderes. Menciona a disposição da Súmula 339 do STF. Por outro lado, pugna pela limitação dos juros moratórios à razão de 6% ao ano. Nesses termos, requer a reforma da sentença *a quo*.

O recurso de apelação foi recebido no seu duplo efeito, a teor da decisão da fl. 80 dos autos.

A parte recorrida, às fls. 81-6, apresentou suas contra-razões ao apelo.

Às fls. 89-95 dos autos, o Ministério Público lançou seu parecer, opinando pelo provimento da apelação.

Assim, vieram-me os autos conclusos para julgamento do recurso de apelação.

É o relatório.

VOTOS

DESA. AGATHE ELSA SCHMIDT DA SILVA (RELATORA)

Trata-se de demanda em que o autor – servidor público estadual investido no cargo de Técnico do Tesouro do Estado – busca conferir efeitos retroativos a ato administrativo de promoção, com base na disposição do artigo 24 da Lei 8.533/88.

Passo a analisar o recurso de apelação, na forma como segue.



AESS
Nº 70024096950
2008/CÍVEL

RECURSO DE APELAÇÃO:

Com efeito, o ato de promoção de servidores públicos é ato de discricionariedade da Administração, atrelado, portanto, a critérios de conveniência e oportunidade. Por tal razão, não pode o julgador se imiscuir na atividade administrativa e substituir o administrador na sua função, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal).

No caso concreto, o art. 24 da Lei 8.533/88 apenas tratou dos períodos em que, de uma forma geral, deveriam se dar as promoções dos servidores, estabelecendo orientação para o exercício do poder discricionário do administrador, que estava condicionado, ainda, à existência de vagas disponíveis.

Nesse sentido, é a jurisprudência pacífica desta 4ª Câmara julgadora:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROMOÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO. 1. Os atos de promoção dos servidores integrantes da carreira de nível médio de Técnico do Tesouro do Estado possuem natureza discricionária, ou seja, estão sujeitos aos critérios de oportunidade e conveniência da Administração. Impossibilidade de atribuir efeitos retroativos a tais atos. 2. APELAÇÃO DESPROVIDA.” (Apelação Cível Nº 70021937297, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 28/11/2007)

“APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. TÉCNICO DO TESOIRO DO ESTADO. PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE COM EFEITO A PARTIR DA PUBLICAÇÃO. PEDIDO DE RETROATIVIDADE DA PROMOÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 24 DA LEI 8.533/88 E DO DECRETO ESTADUAL Nº 33.172/89. VEDADA A ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO QUANTO AO MÉRITO. AÇÃO ORDINÁRIA. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. IMPROVIMENTO EM GRAU RECURSAL. A promoção por merecimento é ato discricionário, conforme o que dispõe o Decreto Estadual n.º 33.172/89, não estando, portanto, sujeito à análise do Poder Judiciário quanto ao



AESS
Nº 70024096950
2008/CÍVEL

mérito. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.” (Apelação Cível Nº 70017686478, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Wellington Pacheco Barros, Julgado em 14/02/2007)

Assim, não há falar em retroatividade do ato administrativo de promoção, razão pela qual se impõe a reforma da sentença *a quo*.

O parecer exarado pelo Ministério Público, de lavra da douta Procurador de Justiça Solange Maria Palma Alves, também é no sentido do provimento da apelação.

Em decorrência do quanto decidido, resta prejudicado o recurso de apelação na parte relativa aos juros moratórios.

REEXAME NECESSÁRIO:

Conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹, em se tratando de caso em que a sentença é ilíquida, deve ser ampliada a abrangência do

¹ “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557 DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA ACERCA DA MATÉRIA. POSSIBILIDADE. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. ART. 475 DO CPC. SENTENÇA ILÍQUIDA. VALOR DA CAUSA. I - A regra insculpida no art. 557, § 1º, do CPC, alterado pela Lei n.º 9.756/98, possibilitou ao relator decidir monocraticamente recurso quando este for manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário à jurisprudência dominante no Tribunal, como ocorre in casu. II - Não é cabível o reexame necessário quando a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários-mínimos. III - Tratando-se de sentença ilíquida, o cabimento ou não do reexame necessário deve ser aferido pelo valor da causa, devidamente atualizado. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 877.007/RJ, rel. Min. FÉLIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18.09.2007, DJ 22.10.2007). (grifou-se). “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. LIMITAÇÃO AO REEXAME NECESSÁRIO. INTRODUÇÃO DO § 2º DO ART. 475 DO CPC. CAUSA DE VALOR CERTO NÃO EXCEDENTE A 60 (SESENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. 1. O “valor certo” referido no § 2º do art. 475 do CPC deve ser aferido quando da prolação da sentença e, se não for líquida a obrigação, deve-se utilizar o valor da causa, devidamente atualizado, para o cotejamento com o parâmetro limitador do reexame necessário. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag 721.784/MS, rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04.04.2006, DJ 08.05.2006 p. 275). (grifou-se).



AESS
Nº 70024096950
2008/CÍVEL

§ 2º do artigo 475 do CPC, a fim de que seja considerado o valor da causa atualizado como elemento balizador do cabimento do reexame necessário.

Na hipótese dos autos, a parte autora atribuiu à causa o valor de alçada (fl. 06), o qual, por óbvio, não supera o patamar estabelecido no § 2º do artigo 475 do CPC.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Câmara julgadora:

“APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSOR ESTADUAL. PROMOÇÃO RETROATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. VALOR INFERIOR AO ESTABELECIDO NO ART. 475, §2º, DO CPC. NÃO CONHECERAM DO REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME.” (Reexame Necessário Nº 70021865456, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 14/11/2007).

“REEXAME NECESSÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. INDICES DE REAJUSTE INSTITUÍDOS NA LEI ESTADUAL Nº. 10.395/95. Não é cabível o reexame necessário quando a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a sessenta salários-mínimos. Na hipótese de sentença ilíquida, a aferição do cabimento do reexame se dará pelo valor da causa atualizado. (Art. 475, § 2º, do CPC) Precedentes jurisprudenciais. REEXAME NECESSÁRIO NÃO-CONHECIDO.” (Reexame Necessário Nº 70018840124, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jaime Piterman, Julgado em 04/04/2007).

À luz do exposto, o voto é no sentido de **conhecer em parte do recurso de apelação, dando-lhe provimento na parte em que conhecido, e não conhecer do reexame necessário. Restam invertidos os ônus sucumbenciais estabelecidos pela sentença de origem.**

DES. RICARDO MOREIRA LINS PASTL (REVISOR) - De acordo.



AESS
Nº 70024096950
2008/CÍVEL

DES. JOÃO CARLOS BRANCO CARDOSO (PRESIDENTE) - De acordo.

DES. JOÃO CARLOS BRANCO CARDOSO - Presidente - Apelação Reexame Necessário nº 70024096950, Comarca de Porto Alegre: "RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO EM PARTE, SENDO PROVIDO NA PARTE EM QUE CONHECIDO. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: MARILEI LACERDA MENNA



MAH
Nº 70024210064
2008/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. OBRAS DE INFRA-ESTRUTURA. PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE.

Compete ao Município promover o adequado ordenamento territorial, mediante o controle do uso e parcelamento do solo urbano, por isso, tem o dever de regularizar o loteamento irregular (art. 40 da Lei n.º 6.766/1979).

Contudo não cabe ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município, determinando quais as obras deve executar.

A municipalidade, com fulcro no princípio da discricionariedade, tem a liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir.

Apelação provida parcialmente para excluir da condenação a obrigatoriedade de realização de obras de infra-estrutura no loteamento irregular.

APELAÇÃO CÍVEL

VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Nº 70024210064

COMARCA DE SÃO LEOPOLDO

MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO

APELANTE

MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO

COOPERATIVA HABITACIONAL
SANTA MARTA - COOPERVELE

INTERESSADA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar parcial provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES.^a LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO E DES. GENARO JOSÉ BARONI BORGES.**



MAH
Nº 70024210064
2008/CÍVEL

Porto Alegre, 18 de junho de 2008.

DES. MARCO AURÉLIO HEINZ,
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

DES. MARCO AURÉLIO HEINZ (PRESIDENTE E RELATOR)

O Município de São Leopoldo apela da sentença que julgou procedente a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público e que lhe condenou a realizar obras de infra-estrutura (redes de água potável, esgoto, energia elétrica e construção de vias públicas e iluminação), bem como a regularizar loteamento.

Sustenta, em resumo, que o Município não pode ser compelido à realização de obras de infra-estrutura porque cabe ao Administrador o juízo de conveniência e oportunidade dessas obras, dependendo de disponibilidade do orçamento.

Diz que o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado ao campo da obediência aos princípios da legalidade e da moralidade pública.

Postula a reforma total do julgado, com o juízo de improcedência.

O apelado oferece resposta, batendo-se pela correção da decisão porquanto é da responsabilidade do Município a legalização dos loteamentos irregulares a teor dos artigos 13 e 40 da Lei n.º 6.766/1979, competindo-lhe promover o adequado planejamento e controle do uso do parcelamento e da ocupação do solo urbano, conforme reiterada jurisprudência que colaciona.

Quanto às obras de infra-estrutura, também deve o Município executá-las em decorrência do direito dos ocupantes dos lotes aos serviços públicos e aos melhoramentos que, ao fim e ao cabo, decorrem de um direito subjetivo público.

O Ministério Público, nesta instância, opina no sentido do desprovisionamento do recurso.

É o relatório.



MAH
Nº 70024210064
2008/CÍVEL

VOTOS

DES. MARCO AURÉLIO HEINZ (PRESIDENTE E RELATOR)

Não há dúvidas de que as exigências contidas no art. 40 da Lei n.º 6.766/1979 encerram um dever da municipalidade de regularizar loteamento urbano, visto que, nos termos do art. 30, 'VIII', da Constituição Federal, compete-lhe promover o adequado ordenamento territorial mediante planejamento, controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, conforme reiterada jurisprudência do STJ (REsp n.º 131.697/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha; REsp n.º 124.714/SP, Rel. Min. Peçanha Martins; REsp n.º 259.982/SP, Rel. Min. Franciulli Netto).

Todavia não pode ser compelido o Município à realização de obras de infra-estrutura.

Na lição de Hely Lopes Meirelles:

“Só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo.”

(Direito Administrativo Brasileiro, 28.ª edição atualizada por Eurico de Andrade, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 2003, p. 116)

Desta forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Nesse contexto, cito a seguinte decisão:

“Não cabe ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada.”



MAH
Nº 70024210064
2008/CÍVEL

(RESP N.º 208.893/PR, REL. MIN. FRANCIULLI NETTO, 2.ª
TURMA)

Sob esse mesmo fundamento, o Presidente em exercício do egrégio STF, Min. Gilmar Mendes, deferiu liminar na suspensão de segurança intentada pelo Estado do Rio Grande do Sul contra a decisão da 2.ª Câmara deste Tribunal (STA n.º 113 – RS):

“Na hipótese em tela, entendo ofensiva à ordem pública, nela compreendida a ordem administrativa, a decisão judicial que, no caso, afasta da Administração seu legítimo juízo discricionário de conveniência e oportunidade na destinação de investimentos a serem feitos em matéria de infra-estrutura. Ademais, a decisão, cuja eficácia se pretende suspender, impõe ao requerente a execução de obras que afetarão o planejamento estatal, exigindo um remanejamento de verbas que, com certeza, irá beneficiar uma dada área em detrimento de outra, tendo presente aqui, a idéia de recursos limitados e a crescente demanda por serviços públicos”.

Assim, embora reconheça a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário na órbita do Poder Executivo para a satisfação de direitos subjetivos públicos, como o fornecimento de remédios e atendimento médico e hospitalar, essa interferência deve se circunscrever aos limites da reserva do possível e atender ao princípio da proporcionalidade.

No caso, não vislumbro possa o Judiciário interferir na órbita do Executivo para compeli-lo a realizar obras de infra-estrutura em loteamento irregular, sob pena de prejudicar o cumprimento do próprio orçamento municipal.

Sendo assim, dou provimento parcial ao apelo, apenas para excluir da condenação a obrigação de realização das obras descritas na inicial (instalação de rede de esgoto, construção de ruas, meio-fios, iluminação pública, serviços de coleta de lixo).

DES.ª LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO (REVISORA) - De acordo com o Relator.



MAH
Nº 70024210064
2008/CÍVEL

DES. GENARO JOSÉ BARONI BORGES - De acordo com o Relator.

DES. MARCO AURÉLIO HEINZ - Presidente - Apelação Cível nº. 70024210064, Comarca de São Leopoldo: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: LEANDRO RAUL KLIPPEL



AMM
Nº 70021502562
2007/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. POLICIAL MILITAR. PRETENSÃO À PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUE NÃO ADMITE O EXAME DO MÉRITO PELO PODER JUDICIÁRIO.

Negaram provimento ao apelo. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL

QUARTA CÂMARA CÍVEL

Nº 70021502562

COMARCA DE PORTO ALEGRE

JOÃO ANTÔNIO MAUTONE FREITAS

APELANTE

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. ARAKEN DE ASSIS (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. WELLINGTON PACHECO BARROS.**

Porto Alegre, 21 de novembro de 2007.

DES. ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA,
Relator.



AMM
Nº 70021502562
2007/CÍVEL

RELATÓRIO

DES. ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA (RELATOR)

Trata-se de apelação manejada por JOÃO ANTÔNIO MAUTONE FREITAS, contra decisão que julgou improcedente a ação declaratória constitutiva de direitos a promoção com nomeação de paradigma que move em face do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Em suas razões, às fls. 314/325, alega que em 21/07/2000, quando em deslocamento para o serviço, frustrou, na condição de integrante da Brigada Militar, um assalto ao ônibus que lhe transportava, entrando em luta corporal com os bandidos, não obstante tenha sido, na ocasião, atingido por cinco tiros, colocando-se em risco de vida, circunstância que lhe conferiu a medalha “Estrela de Reconhecimento” por parte daquela corporação. Não foi, contudo, promovido por ato de bravura, conforme previsto na Lei Complementar 11.000/97, requerendo, assim, a procedência do pedido, a fim de que sua conduta seja reconhecida como tal, com a sua promoção na graduação de 2º Sargento, a contar de 24/01/2001.

Contra-razões, às fls. 327/358.

O Ministério Público manifestou-se pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTOS

DES. ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA (RELATOR)

Conforme o art. 5º, da Lei 11.000/97: “Considera-se ato de bravura em serviço a conduta do servidor que, no desempenho de suas atribuições e para a preservação da vida de outrem, coloque em risco incomum a sua própria vida, demonstrando coragem, audácia e a presença de qualidades morais extraordinárias”.



AMM
Nº 70021502562
2007/CÍVEL

Portanto, trata-se de ato discricionário e, por conseguinte, não comporta controle judiciário quanto ao mérito, não podendo a autoridade judiciária invadir a área reservada à Administração, diante da divisão de tarefas que o art. 2º, da Carta Política discriminou, substituindo-a nos seus misteres.

Compete à Administração reconhecer, ou não, a bravura do soldado. No caso a atitude do apelante não restou considerada como ato de bravura, conforme se verifica da Ata Deliberativa SAMP/2001 (fls. 86/87).

Ao juiz, cabe exercer o controle da legalidade, ante o art. 5º, XXXVI, da CF/88, que jamais desce a tais pormenores, limitando-se a acompanhar a formação do ato administrativo, de acordo com o roteiro legal.

Cumprе referir, que um dos princípios norteadores da Administração Pública é o da legalidade, o que não lhe permite atuar sem autorização legal, conforme leciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de direito administrativo*, p. 52, 5ª Ed., Malheiros, São Paulo, 1994), *verbis*:

“O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis.”

Assim já decidiu esta 4ª Câmara Cível em demanda análoga:

“ADMINISTRATIVO - POLICIAL MILITAR - PRETENSÃO À PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA - ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUE NÃO ADMITE O EXAME DO MÉRITO PELO PODER JUDICIÁRIO -



AMM
Nº 70021502562
2007/CÍVEL

PRECEDENTES DA 4ª CÂMARA DO TJRS. Apelo desprovido." (Apelação Cível Nº 70010193597, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Carlos Branco Cardoso, Julgado em 09/02/2005)

Ante o exposto, nega-se provimento à apelação.

DES. ARAKEN DE ASSIS (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo.

DES. WELLINGTON PACHECO BARROS - De acordo.

DES. ARAKEN DE ASSIS - Presidente - Apelação Cível nº 70021502562, Comarca de Porto Alegre: "NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: DEBORAH COLETO ASSUMPCAO DE MORAES

Superior Tribunal de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 12.629 - DF (2007/0029109-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : JANAINA RODRIGUES DA SILVA
ADVOGADO : ALZIR LEOPOLDO DO NASCIMENTO E OUTRO(S)
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA DEFESA
IMPETRADO : DIRETOR DE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL DO COMANDO DA AERONÁUTICA

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. ATO DE REDISTRIBUIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.

I - O ato de redistribuição de servidor público é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço, levando em conta a conveniência e oportunidade da transferência do servidor para as novas atividades.

II - O controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, eximindo-se o Judiciário de adentrar na análise de mérito do ato impugnado. Precedentes.

Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG) e Nilson Naves.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2007. (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator

Superior Tribunal de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 12.629 - DF (2007/0029109-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por JANAINA RODRIGUES DA SILVA contra ato do e. Ministro de Estado da Defesa e do Diretor de Administração de Pessoal do Comando da Aeronáutica, visando à concessão de medida liminar, a fim de anular a remoção da impetrante do Comando Aéreo Regional 3 - COMAR III e redistribuí-la para o quadro funcional da Agência Nacional de Aviação Civil-ANAC.

Alega a impetrante que o ato coator foi perpetrado em evidente ofensa aos princípios da legalidade e isonomia, uma vez que todos os servidores optantes que ocupavam o cargo de Agente Administrativo ou de Técnico de Assuntos Educacionais e integravam o Comando da Aeronáutica foram, com a extinção do Departamento de Aviação Civil - DAC, redistribuídos para o quadro da ANAC, menos a impetrante. Ressalta que preenche todos os requisitos constantes da Lei nº 11.182/2005 para redistribuição à autarquia.

Nas informações (fls. 92-103), o e. Ministro da Defesa arguiu preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, em face de o ato administrativo estar calcado na discricionariedade administrativa, bem como o fato de a redistribuição ser instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço. Salienta, ainda, que *"não cabe ao servidor, administrado, impor o momento em que a redistribuição será operada pelo ente público, ao revés, como visto, cabe tão-somente à Administração discernir, dentro dos limites legais, quando tal instituto deve vir a ser utilizado."*

Por sua vez, o Diretor de Administração de Pessoal do Comando da Aeronáutica (fls. 108-110), salientando não estar incluída entre suas atribuições a de redistribuir servidores, assevera que a Lei nº 11.182/2005 extinguiu as Organizações Militares, que tiveram as suas atribuições absorvidas pela ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil, a qual se encarregaria de escolher, com a anuência do Ministro da Defesa, os servidores dessas organizações militares considerados necessários ao seu funcionamento, sendo que a recorrente não figurou entre estes.

Ressalta que a referida lei previu a opção dos servidores remanescentes - dentre os quais se inclui a impetrante - para redistribuição em outras organizações militares a sua escolha, sendo que a recorrente não manifestou a sua opção, razão pela qual deu-se sua remoção de ofício.

Superior Tribunal de Justiça

Por não vislumbrar prejuízo irreparável à impetrante, indeferi a liminar (fl. 121).

A d. Subprocuradoria-Geral da República opina pelo desprovimento do recurso, ressaltando que *"a redistribuição dos servidores públicos há de levar em conta, precipuamente, o interesse da Administração Pública na transferência do servidor para as novas atividades, daí a plena correção do ato atacado, editado com base nas disposições do art. 7º do Decreto nº 5.731/2006, que prevê a exclusiva e discricionária redistribuição dos 'servidores públicos federais considerados necessários às atividades da ANAC'".*

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 12.629 - DF (2007/0029109-0)

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. ATO DE REDISTRIBUIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.

I - O ato de redistribuição de servidor público é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço, levando em conta a conveniência e oportunidade da transferência do servidor para as novas atividades.

II - O controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, eximindo-se o Judiciário de adentrar na análise de mérito do ato impugnado. Precedentes.

Segurança denegada.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A recorrente insurge-se contra ato do e. Ministro da Defesa (Boletim nº 211, DE 16.011.2006) que a removeu, de ofício, do extinto Departamento de Aviação Civil para o Comando Aéreo Regional III. Alega que preenche todos os requisitos legais para ser redistribuída à ANAC, especialmente porque todos os servidores optantes que ocupavam o cargo de Agente Administrativo ou de Técnico de Assuntos Educacionais e integravam o Comando da Aeronáutica foram, com a extinção do Departamento de Aviação Civil - DAC, redistribuídos para o quadro da ANAC.

De início, refuto a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido levantada pelo e. Ministro da Defesa, tendo em vista que saber se o ato impugnado enquadra-se ou não no âmbito da discricionariedade administrativa é questão que se confunde com o mérito.

Considera-se atendida essa condição da ação quando a pretensão do demandante, tal como posta na inicial, seja, em tese, admitida pelo ordenamento jurídico. Segundo AFRÂNIO SILVA JARDIM (In Ação penal pública – Princípio da obrigatoriedade, p. 32 apud LIMA, Marcellus Polastri. Curso de Processo Penal, Volume 1, p. 199), a possibilidade jurídica do pedido é a "*possibilidade de o juiz pronunciar, em tese, a decisão invocada pelo autor, tendo em vista o que dispõe a ordem jurídica de forma abstrata.*"

No que se refere ao mérito, não assiste razão à impetrante.

Superior Tribunal de Justiça

A Lei nº 11.182/2005, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil (art. 1º) estabeleceu, no seu art. 36, o seguinte:

"Art. 36. Fica criado o Quadro de Pessoal Específico, integrado por servidores regidos pela Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

§ 1o O Quadro de que trata o caput deste artigo tem caráter temporário, ficando extintos os cargos nele alocados, à medida que ocorrerem vacâncias.

§ 2o O ingresso no quadro de que trata este artigo será feito mediante redistribuição, sendo restrito aos servidores que, em 31 de dezembro de 2004, se encontravam em exercício nas unidades do Ministério da Defesa cujas competências foram transferidas para a ANAC. (Redação dada pela Lei nº 11.292, de 2006)".

Por sua vez, o Decreto nº 5.731/2006, que dispôs sobre a instalação, estrutura organizacional e aprovou o regulamento da ANAC, assim estabeleceu, nos seus arts. 7º e 8º:

"Art. 7º. Os servidores públicos federais considerados necessários às atividades da ANAC e que, em 31 de dezembro de 2004, se encontravam em exercício nas unidades do Ministério da Defesa, cujas competências foram para ela transferidas, serão redistribuídos, integrando o seu Quadro de Pessoal Específico"

Art. 8º A ANAC poderá requisitar, com ônus, servidores e empregados de órgãos e entidades integrantes da administração pública federal".

Pela leitura conjunta dos dispositivos, chega-se à conclusão de que o recrutamento de servidores para o quadro funcional da autarquia, mediante redistribuição, deveria se dar, precipuamente, entre aqueles que integravam o quadro funcional dos órgãos (DAC e demais organizações militares) extintos, considerados, à juízo da própria autarquia, necessários às suas atividades.

A propósito, a redistribuição nada mais é do que o deslocamento de um cargo público, vago ou não, vinculado a um órgão ou entidade pública, para quadro diverso de outro órgão ou entidade, dentro do mesmo poder.

A respeito desse instituto, ANTÔNIO FLÁVIO DE OLIVEIRA (In Servidor Público: remoção, cessão, enquadramento e redistribuição. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 153) assim preconiza:

"...constitui a redistribuição fenômeno jurídico-administrativo decorrente da necessidade de reposicionar na estrutura da Administração, em virtude de modificação trazida por lei, cargos cujas atribuições foram deslocadas para a esfera de outro órgão.

Este reposicionamento tem lugar sempre que ocorre a extinção ou modificação nas atribuições de um órgão dentro da estrutura estatal, remanescendo desse processo servidores, cujas funções ainda sejam necessárias para a realização do interesse coletivo primário.

(....)

Tendo em vista que no caso da redistribuição está a se tratar de um fenômeno que atinge diretamente o cargo, uma vez que este é que será localizado em

Superior Tribunal de Justiça

órgão diferente daquele em que originariamente fora criado, não se vislumbra a necessidade ou mesmo o cabimento da realização de procedimento destinado à escolha dos servidores para a sua concretização".

Pelo conceito exposto, conclui-se que a redistribuição é ato discricionário, que leva em conta o interesse da administração pública na transferência do servidor para as novas atividades. Daí a plena correção do ato atacado, que, com base no art. 7º do decreto, escolheu, entre os considerados necessários, os servidores para o novo quadro funcional da entidade recém-criada.

Nesse contexto, não há espaço para se falar em discriminação e nem ofensa à legalidade ou à isonomia. Como bem ressaltado nas informações, o ato de redistribuição é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço.

Destaco, ainda, precedente desta e. Corte:

"RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE EMPREGADO DA INICIATIVA PRIVADA. INDEFERIMENTO. ART. 36, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.112/90. INTERPRETAÇÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E AO PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO.

I – Segundo a doutrina e jurisprudência, 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. Desta feita, é defeso ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo, a fim de aferir sua motivação, oportunidade em que só lhe é permitido analisar eventual transgressão do diploma legal.

II – Nesse diapasão, equivocada a ingerência do Judiciário aos motivos determinantes do ato administrativo, que indeferiu a remoção de servidora pública federal para acompanhar seu cônjuge, empregado da iniciativa privada, pois a interpretação sistemática da Lei 8.112/90, veda a preponderância do interesse particular sobre o público. Indispensável o respeito ao Poder Discricionário da Administração. Precedente: MS 21.978-5/DF – STF.

III- Recurso especial conhecido e provido."

(REsp. 187904/SC, Rel. Min. **Gilson Dipp**, 5ª Turma, DJU de 04/06/2001).

Ante o exposto, denego a segurança.

É o voto.

Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2007/0029109-0

MS 12629 / DF

PAUTA: 22/08/2007

JULGADO: 22/08/2007

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HAMILTON CARVALHIDO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JAIR BRANDÃO DE SOUZA MEIRA**

Secretária

Bela. **VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JANAINA RODRIGUES DA SILVA
ADVOGADO : ALZIR LEOPOLDO DO NASCIMENTO E OUTRO(S)
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DA DEFESA
IMPETRADO : DIRETOR DE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL DO COMANDO DA
AERONÁUTICA

ASSUNTO: Administrativo - Servidor Público Civil - Redistribuição

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia **TERCEIRA SEÇÃO**, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, denegou a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG) e Nilson Naves.

Brasília, 22 de agosto de 2007

VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 778.648 - PE (2005/0146395-7)

EMENTA

6. Se o único modo de se demonstrar o cumprimento do substrato fático da norma é através da realização de perícia (conforme conclusão da origem), fica fácil concluir que eventual oposição da Administração acaba violando o direito subjetivo constitucional do administrado-contribuinte ao devido processo legal (art. 5º, inc. LIV).

Superior Tribunal de Justiça

7. Na verdade, mais do que malferir o citado dispositivo constitucional, a Administração fere a própria regra vertida pelo art. 18 do Decreto n. 70.235/72 (que supostamente embasaria sua pretensão recursal), pois ficou constatado que *não há caso de prescindibilidade da prova pericial* - ao contrário, ela é decisiva. Como dito anteriormente, tem-se aqui clássica situação em que, *a pretexto de um juízo de conveniência e oportunidade*, o Poder Público acaba indo de encontro à legalidade.

8. Recurso especial não-provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.
Brasília (DF), 06 de novembro de 2008.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 778.648 - PE (2005/0146395-7)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO
 DANIELLE MENEZES EVANGELISTA FLORÊNCIO E OUTRO(S)
RECORRIDO : LOBORTECNE LTDA
ADVOGADO : CRISTIANA PRAGANA DANTAS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento na alínea "a" do inc. III do art. 105 da Constituição da República de 1988, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região assim ementado (fl. 218):

Tributário. Negativa de realização de prova pericial em processo administrativo para fins de enquadramento de produtos à alíquota zero de IPI. Cerceamento de defesa. Precedentes do Eg. STJ. Apelo e remessa oficial improvidos.

Os embargos de declaração opostos (fls. 221/224) foram rejeitados (fl. 230).

Nas razões recursais (fls. 315/330 e 366/381), a recorrente sustenta violação aos arts. 535 do Código de Processo Civil - CPC (existência de omissão) e 18 do Decreto n. 70.235/72 e 131 e 420 do CPC, uma vez que a Administração tributária, com fundamento em critérios de conveniência e oportunidade, entendeu não ser cabível a realização de perícia para fins de enquadramento na tabela do IPI, motivo pelo qual o Judiciário, ao determinar a realização da referida perícia, violou a discricionariedade inerente ao ato administrativo.

Nas contra-razões (fls. 267/281), defende a recorrida o acerto da decisão impugnada.

O juízo de admissibilidade foi positivo na instância ordinária (fls. 288/289) e o recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 778.648 - PE (2005/0146395-7)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IPI. ALÍQUOTA ZERO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA COMPOSIÇÃO QUÍMICA DA MATÉRIA-PRIMA UTILIZADA NA INDUSTRIALIZAÇÃO DE PRODUTOS. REQUERIMENTO DE PROVA PERICIAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DEFERIMENTO OU INDEFERIMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 18 DO DECRETO N. 70.235/72. POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO JUDICIÁRIO.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa aos arts. 131, 458 e 535, inc. II, do CPC. Neste sentido, existem diversos precedentes desta Corte.

2. Hoje em dia, parte da doutrina e da jurisprudência já admite que o Poder Judiciário possa controlar o mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade) sempre que, no uso da discricionariedade admitida legalmente, a Administração Pública agir contrariamente ao princípio da razoabilidade. Lições doutrinárias.

3. Isso se dá porque, ao extrapolar os limites da razoabilidade, a Administração acaba violando a própria legalidade, que, por sua vez, deve pautar a atuação do Poder Público, segundo ditames constitucionais (notadamente do art. 37, *caput*).

4. Dessa forma, por mais que o art. 18 do Decreto n. 70.235/72 diga que, em processo administrativo fiscal, a autoridade competente pode indeferir os pedidos de perícia formulados pelo interessado sempre que considerá-los prescindíveis para o deslinde da questão, se o Judiciário, apreciando pretensão ventilada pelo contribuinte, observa que "[a] matéria objeto do auto de infração envolve conhecimentos técnicos específicos que implicam no necessário auxílio de produção de prova pericial, pois se discute a composição química da matéria-prima e dos produtos industrializados pela impetrante, para fins de comprovação de que estariam sujeito à alíquota zero" (fl. 214), então, por meio do controle de legalidade, o pedido de produção de prova deve ser deferido.

5. Note-se que a subsunção de determinado insumo ou matéria-prima ao regime de alíquota zero, isenção ou não-tributação não é uma questão de conveniência e oportunidade da Administração, vale dizer, se o produto está enquadrado na hipótese fática descrita na lei, então devem incidir as consequências nela previstas.

6. Se o único modo de se demonstrar o cumprimento do substrato fático da norma é através da realização de perícia (conforme conclusão da origem), fica fácil concluir que eventual oposição da Administração acaba violando o direito subjetivo constitucional do administrado-contribuinte ao devido processo legal (art. 5º, inc. LIV).

7. Na verdade, mais do que malferir o citado dispositivo constitucional, a Administração fere a própria regra vertida pelo art. 18 do Decreto n. 70.235/72 (que supostamente embasaria sua pretensão recursal), pois ficou constatado que *não há caso de prescindibilidade da prova pericial* - ao contrário, ela é decisiva. Como dito anteriormente, tem-se aqui clássica situação em que, *a pretexto de um juízo de conveniência e oportunidade*, o Poder Público acaba indo de encontro à legalidade.

Superior Tribunal de Justiça

8. Recurso especial não-provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Inicialmente, é de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa aos arts. 131, 458 e 535, inc. II, do CPC. Neste sentido, existem diversos precedentes desta Corte. Confira-se um exemplo:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL [...] EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - REJEIÇÃO - ALEGADA AFRONTA AO ART. 535 E 280, 281 E 282 DO CTB - INOCORRÊNCIA [...] RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE, MAS IMPROVIDO.

1. O Tribunal de origem solveu a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese dos recorrentes, razão pela qual fica afastada a afronta ao art. 535 do CPC. [...] (REsp 993.554/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJU 30.5.2008)

No mais, hoje em dia, parte da doutrina e da jurisprudência já admite que o Poder Judiciário possa controlar o mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade) sempre que, no uso da discricionariedade admitida legalmente, a Administração Pública agir contrariamente ao princípio da razoabilidade, ajusta-se com perfeição à presente hipótese as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello. Leia-se:

Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de *razoabilidade*, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades *em abstrato* abertas pela lei, revelou-se, *in concreto*, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. [...]

Não se suponha que haveria nisto invasão do chamado "mérito" do ato [...]. (*Curso de Direito Administrativo*, 2008, p. 427 - destaque originais)

Isso se dá porque, ao extrapolar os limites da razoabilidade, a Administração acaba violando a própria legalidade, que, por sua vez, deve pautar a atuação do Poder Público, segundo ditames constitucionais (notadamente do art. 37, *caput*).

Dessa forma, por mais que o art. 18 do Decreto n. 70.235/72 diga que, em processo administrativo fiscal, a autoridade competente pode indeferir os pedidos de perícia formulados pelo interessado sempre que considerá-los prescindíveis para o deslinde da questão, se o

Superior Tribunal de Justiça

Judiciário, apreciando pretensão ventilada pelo contribuinte, observa que "[a] matéria objeto do auto de infração envolve conhecimentos técnicos específicos que implicam no necessário auxílio de produção de prova pericial, pois se discute a composição química da matéria-prima e dos produtos industrializados pela impetrante, para fins de comprovação de que estariam sujeito à alíquota zero" (fl. 214), então, por meio do controle de legalidade, o pedido de produção de prova deve ser deferido.

Note-se que a subsunção de determinado insumo ou matéria-prima ao regime de alíquota zero, isenção ou não-tributação não é uma questão de conveniência e oportunidade da Administração, vale dizer, se o produto está enquadrado na hipótese fática descrita na lei, então devem incidir as consequências nela previstas.

Assim, *se o único modo de se demonstrar o cumprimento do substrato fático da norma é através da realização de perícia* (conforme conclusão da origem), fica fácil concluir que eventual oposição da Administração acaba violando o direito subjetivo constitucional do administrado-contribuinte ao devido processo legal (art. 5º, inc. LIV).

Na verdade, mais do que malferir o citado dispositivo constitucional, a Administração fere a própria regra vertida pelo art. 18 do Decreto n. 70.235/72 (que supostamente embasaria sua pretensão recursal), pois ficou constatado que *não há caso de prescindibilidade da prova pericial* - ao contrário, ela é decisiva.

Como dito anteriormente, tem-se aqui clássica situação em que, *a pretexto de um juízo de conveniência e oportunidade*, o Poder Público acaba indo de encontro à legalidade.

Com essas considerações, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial.

Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2005/0146395-7

REsp 778648 / PE

Número Origem: 200183000169692

PAUTA: 06/11/2008

JULGADO: 06/11/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

PROCURADORES : CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

DANIELLE MENEZES EVANGELISTA FLORÊNCIO E OUTRO(S)

RECORRIDO : LOBORTECNE LTDA

ADVOGADO : CRISTIANA PRAGANA DANTAS E OUTRO(S)

ASSUNTO: Tributário - IPI - Imposto Sobre Produtos Industrializados - Crédito - Insumos - Alíquota zero

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de novembro de 2008

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária



HOPR
Nº 70018094508
2006/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. DESCREDECIMENTO DE CENTRO DE CONDUÇÃO DE CONDUTORES. CONTROLE JURISDICCIONAL DA LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. POSSIBILIDADE. SANÇÃO ADMINISTRATIVA QUE VIOLOU OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

Em que pese a doutrina administrativista clássica vedar o exame, pelo Poder Judiciário, dos critérios de conveniência e oportunidade dos atos administrativos, a legalidade de tais atos submetem-se a controle jurisdiccional, sem que isso implique em violação ao princípio da Separação dos Poderes (art. 2º da CF/88).

Inexistente incongruência da sentença de primeiro grau que, a par de reconhecer irregularidades praticadas por Centro de Formação de Condutores – CFC, afastou a sanção de descredenciamento do mesmo, porquanto violados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

APELAÇÃO CÍVEL

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Nº 70018094508

COMARCA DE SANTA MARIA

DEPARTAMENTO ESTADUAL DE
TRANSITO - DETRAN

APELANTE

NEIVA ROSA GALLO -ME E OUTROS

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em **negar provimento** ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. CARLOS ROBERTO LOFEGO CANÍBAL E DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI.**



HOPR
Nº 70018094508
2006/CÍVEL

Porto Alegre, 16 de maio de 2007.

DES. HENRIQUE OSVALDO POETA ROENICK,
Relator.

RELATÓRIO

DES. HENRIQUE OSVALDO POETA ROENICK (RELATOR)

Trata-se de apelação interposta pelo **DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO-DETRAN** contra a sentença que julgou parcialmente procedente a ação anulatória contra ele movida por **NEIVA ROSA GALLO – ME e OUTROS**, anulando o ato administrativo que descredenciou os demandantes, Centro de Formação de Condutores e sua diretoria, junto à Autarquia, entendendo que a penalidade aplicada violou os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. O demandado foi condenado ao pagamento das custas processuais, e verba honorária de R\$ 1.000,00.

Em suas razões recursais, aponta incongruência lógica da sentença, uma vez que mesmo reconhecendo a prática de irregularidades dos autores na administração do Centro de Formação de Condutores – CFC Padre Réus, bem como a legitimidade do DETRAN para a aplicação da penalidade, afastou as sanções administrativas aplicadas. Alega, ainda, violação ao art. 2º da Constituição Federal, que alberga o princípio da separação dos Poderes, uma vez que a Magistrada incursionou, forma indevida, no exame do mérito da conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário. Pede o provimento do apelo, e a improcedência da ação.

Devidamente intimados, os apelados apresentaram contra-razões ao recurso, salientando inexistir, no ato sentencial, violação ao princípio da separação dos Poderes, tendo a Magistrada reconhecido a existência de ilegalidades contidas no processo administrativo, a demasia e a desproporcionalidade das penas impostas. Sustenta a falta de fundamentação da decisão administrativa e a total



HOPR
Nº 70018094508
2006/CÍVEL

ausência de interesse público na aplicação das penalidades. O DETRAN fundou sua decisão nas denúncias feitas pelo CFC concorrente, culminando por decretar o fechamento do CFC e o descredenciamento dos profissionais. A autoridade processante praticou abuso ao aplicar a penalidade máxima (fechamento), sem motivação, individualização ou fundamentação devida para o ato. Defende a nulidade do ato administrativo. Pede o desprovimento do apelo.

Neste grau de jurisdição, opinou o Ministério Público pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

VOTOS

DES. HENRIQUE OSVALDO POETA ROENICK (RELATOR)

Conheço do recurso por próprio e tempestivo.

A matéria devolvida a esta Corte limita-se à alegada incongruência lógica da sentença, ao reconhecer a prática de irregularidades dos autores na administração do Centro de Formação de Condutores – CFC Padre Réus, mas ao mesmo tempo afastar as sanções administrativas aplicadas, bem assim a alegada violação do art. 2º da Constituição Federal, que alberga o princípio da separação dos Poderes.

Assim, não se adentra no exame, da existência, ou não, das irregularidades apontadas e o cabimento de sanção administrativa respectivas. Examina-se, apenas, a questão do princípio da proporcionalidade ante as irregularidades havidas e a pena aplicada. Isto porque as irregularidades estão provadas e demonstradas nos autos, inexistindo elementos probatórios a indicar o contrário.



HOPR
Nº 70018094508
2006/CÍVEL

Passo, assim, ao exame dos temas, começando com o ponto referente à alegada invasão de esfera de competência da Administração.

Com efeito, a doutrina administrativista clássica, de origem francesa, construiu um entendimento de que os atos administrativos discricionários seriam insuscetíveis de controle jurisdicional, porquanto de competência própria do Poder Executivo, dentro da tradicional concepção montesquiana de separação absoluta entre os Poderes constituídos. Essa idéia, baseada no mito da completude do sistema jurídico, e do primado da lei, atendia a um interesse específico da classe dominante da época, a burguesia, em afastar dos Magistrados o exercício integrativo do direito com base nos princípios, uma vez que estes últimos ainda se mostravam alinhados com o antigo regime monárquico, anterior à Revolução Francesa. Assim, limitava-se a atuação de uma interpretação filosófica dos Magistrados nas lacunas da lei, com o entendimento de que o que não estava legislado, positivado, não era direito.

Com a consolidação do Estado Liberal burguês, e o desaparecimento dos receios de um regresso ao antigo regime, a doutrina do direito administrativo graduou mais um passo na escala evolutiva, entendendo que apenas os atos administrativos vinculados seriam passíveis de controle pelo Poder Judiciário, e eventual anulação, de modo que nos atos administrativos discricionários só seria admitida a revogação de tais manifestações unilaterais pela própria Administração, em juízo de conveniência e oportunidade.

Esse entendimento tem se mantido hígido até os dias atuais, para resguardar ao Poder Executivo as atribuições que lhe são inerentes, na condução política da atividade administrativa, e na avaliação ideológica das prioridades da gestão da coisa pública. Isso não significa, contudo, dizer que a execução dos atos administrativos, inclusive os discricionários, estejam relegados ao completo alvedrio



HOPR
Nº 70018094508
2006/CÍVEL

da Administração, pois esta deve obediência a postulados básicos como a observância da legalidade, da motivação e da finalidade dos atos administrativos. Em verdade, modernamente, se entende inexistirem atos puramente discricionários ou vinculados, havendo mera distinção de grau de discricionariedade. Tal concepção apresenta elevado valor conceitual, como forma de se evitar os cânones típicos do Estado Social, surgido após o advento da Primeira Guerra Mundial, concebido como Estado ético (critério ético-moral do aplicador do Direito), assim entendido como o que realiza o que está previsto expressamente na lei, dando as diretrizes dos padrões éticos da sociedade, e que positivou em normas formais a possibilidade de realização das maiores atrocidades, como ocorreu com os judeus na Alemanha nazista. Essa concepção inviabiliza um constitucionalismo moralmente reflexivo, característico do Estado Democrático de Direito.

Assim, feitas essas considerações históricas, a doutrina administrativista moderna traz o pressuposto de que o ato administrativo é congenial à idéia de controle, razão pela qual se exige, como regra, o procedimento formal e escrito.

Nesse sentido, embora mantida a idéia de que ao Julgador não é dado incursionar no juízo de conveniência e oportunidade dos atos administrativos discricionários, também é verdade que estes devem estrita observância aos parâmetros da legalidade, em especial aos princípios constitucionais e nos princípios gerais do direito.

Valiosa, nesse sentido, a lição de Juarez Freitas, em sua obra “O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais”, Editora Malheiros, 1ª Ed., 1997, pág. 83:



HOPR
Nº 70018094508
2006/CÍVEL

“c) há de se conferir, bem entendidas as coisas, um elastério à compreensão dos atos administrativos, inclusive os discricionários, porquanto inexiste a discricção pura ou não-controlável principiologicamente pelo Poder Judiciário, todos os atos devendo ser jurisdicionalmente controláveis em face da cogência da totalidade dos princípios fundamentais. No que diz, pois, com a extensão do controle judicial dos atos administrativos, faz-se útil recordar que semelhante postura não implica sindicabilidade do mérito, mas a plena compreensão de que o agente público é livre para pretender o melhor, militando a favor de tal postura uma presunção que pode sucumbir diante de flagrante culpa ou dolo no descumprimento das diretrizes máximas que devem reger a Administração. Em outras palavras, como acentuado no capítulo anterior, se é certo que a discricionariedade tem sido identificada com a liberdade para a emissão de juízos de conveniência ou de oportunidade quanto à prática de determinados atos, tendo, aliás, Ernst Forsthoff descrito o poder discricionário como implicando conformidade jurídica de tudo o que for julgado oportuno pela Administração, não é menos certo que cuidou de ressaltar que este poder haveria de ser exercido em consonância com o interesse geral e que a Administração não deveria agir segundo seu bel-prazer.

(...)

Todas as possibilidades, em maior ou menor escala, devem guardar fundamentação na regularidade do sistema, para evitar dois fenômenos simétricos igualmente nocivos: uma vinculatividade formal de atos administrativos, materialmente dissociada dos princípios, e uma noção de discricionariedade tendente à arbitrária e manifesta desvinculação do sistema. É com esse espectro ampliado que se deve operar, sem temor de que o juiz acabe sendo um administrador positivo, atitude, essa sim, que quebraria o equilíbrio e a independência harmônica dos Poderes. Certamente, cautelas à parte, o Judiciário não pode ser aquele Poder nulo, no pensar de Montesquieu, devendo controlar todo e qualquer ato administrativo, vinculado ou de discricionariedade vinculada, pela forte e insuperável razão de que nada, a teor da Constituição, pode ser subtraído de sua apreciação.”

Esse o entendimento, agora também albergado na doutrina administrativista, que garante a máxima eficácia da regra contida no art. 5º, XXXV, da Carta Política de 1988.



HOPR
Nº 70018094508
2006/CÍVEL

Isto posto, e em que pese a comprovada existência de irregularidades na conduta dos autores, e a formalização do devido processo legal na esfera administrativa, oportunizado o contraditório e a ampla defesa, tenho para mim que a sanção aplicada pela Administração, de descredenciamento do Centro de Formação de Condutores, desgarrou dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A análise de tais princípios é matéria tormentosa aos operadores do direito, principalmente no que tange à distinção entre os mesmos, sendo que a melhor abordagem doutrinária sobre o tema, e que, de certa forma, se repete nos demais doutrinadores, é oriunda dos ensinamentos de J. J. Canotilho, linha doutrinária essa adotada, inclusive, nos fundamentos da sentença de primeiro grau.

O princípio da razoabilidade traz uma idéia de vínculo objetivo entre o sentido de um ato e os fins por ele almejados. No plano do direito constitucional-administrativo, extrai-se de tal princípio a circunstância de que a Administração Pública, no exercício de prerrogativas discricionárias, deve atentar para critérios que se coadunem com o aspecto racional que dela se espera. Se o ato foge a um *standard* de razoabilidade, não poderá ser considerado legítimo pelo ordenamento jurídico, podendo ser afastado pelo Estado-Juiz, sem que isso implique em valoração do mérito do ato administrativo, cuja mensuração só pode ser feita pelo Poder Executivo.

Vale transcrever a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra Curso de Direito Administrativo, 6ª Edição, Ed. Malheiros, 1995, pág. 55:

“Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o ‘mérito’ do ato administrativo, isto é, o campo de ‘liberdade’ conferido pela lei à Administração para decidir se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita ‘liberdade’ é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida



HOPR
Nº 70018094508
2006/CÍVEL

como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos”.

No mesmo sentido o entendimento de Hely Lopes Meirelles, in “Direito Administrativo Brasileiro”, 18ª Edição, Ed Malheiros, 1993, pág. 187:

“O conceito de ilegalidade ou ilegitimidade, para fins de anulação do ato administrativo, não se restringe somente à violação frontal da lei. Abrange não só a clara infringência do texto legal como, também, o abuso, por excesso ou desvio de poder, ou por relegação dos princípios gerais do Direito. Em qualquer dessas hipóteses, quer ocorra atentado flagrante à norma jurídica, quer ocorra inobservância velada dos princípios do Direito, o ato administrativo padece de vício de ilegitimidade e se torna passível de invalidação pela própria Administração ou pelo Judiciário, por meio de anulação.”

A sentença de primeiro grau, fazendo incisiva valoração da prova produzida nos autos, em especial a testemunhal, verificou que no período contemporâneo aos fatos que originaram a intervenção estatal, a migração do sistema do antigo DETRAN para os CFCs foi marcado por uma insuficiente regulação do Órgão Público. Assim, por exemplo, pequenas irregularidades, como o compartilhamento de senhas de acesso aos Sistemas da Autarquia, eram fatos constantes, tendo o DETRAN sido omissos quanto a uma eficiente orientação dessas novas entidades, de natureza privada, nos meandros das diversas regras, e inúmeras Instruções Normativas que trataram do tema. Daí porque entendeu a sentença por considerar desarrazoada a aplicação de sanção tão drástica para algumas irregularidades administrativas, especialmente naquele momento de transição.

Por outro lado, entendeu a sentença por reconhecer também a violação ao princípio da proporcionalidade, como forma de anular o ato administrativo, e, por isso, desconforme para com os pressupostos da legalidade.



HOPR
Nº 70018094508
2006/CÍVEL

Com efeito, quando um ato de poder está na condição de integração do sistema, também pode ser medido pelo critério albergado no princípio da proporcionalidade, da mesma forma que o ato jurisdicional. Quando se pratica um ato de poder, que atinge a esfera dos direitos fundamentais (todos de certa forma atingem), há de se verificar se o resultado por ele produzido se faz necessário, razoável, para o interesse público. O primeiro exame que se faz, é verificar se o meio utilizado é apto e necessário a produzir o resultado. Se não for, o ato administrativo é inconstitucional, por ser desproporcional no caso concreto. E isso porque cria prejuízos desproporcionais sem atingir a sua finalidade. Com a vênua da esdrúxula comparação, é o caso de usar um canhão para matar um pardal; é um meio apto, mas não é proporcional.

No caso dos autos, impõe-se a seguinte ponderação e indagação: O direito ao exercício do trabalho deve ser suprimido (uma vez que a sanção aplicada foi a de descredenciamento do CFC), face ao interesse público subjacente à espécie? A medida adotada pela Administração, no caso, e já respondendo a indagação, além de desconsiderar a situação descrita na prova testemunhal, referente às confusões decorrentes da falta de uma adequada orientação do DETRAN, não me parece tenha resolvido os problemas na prestação do serviço, o que só veio a ocorrer algum tempo depois, com a assimilação pelos Centros de Formação, das disposições normativas emanadas daquele Órgão.

E mais. Ainda que apto o meio (primeiro exame da proporcionalidade), deve-se observar se foi o menos gravoso, ou seja, se não havia uma outra forma menos lesiva, mas ainda apta a produzir igual resultado, a fim de evitar, com isso, a desproporcionalidade e conseqüente inconstitucionalidade do meio usado.



HOPR
Nº 70018094508
2006/CÍVEL

Da análise dos autos, verifica-se que a sanção aplicada decorreu do termo da cláusula 11ª do Termo de Credenciamento (art. 17), que dispõe:

“Em função da gravidade da infração cometida, independentemente da ordem seqüencial, poderão ser aplicadas ao CREDENCIADO as seguintes penalidades:

- I – Advertência;*
- II – Suspensão das Atividades do CHC por até 30 (trinta) dias;*
- III – Cancelamento da habilitação e do credenciamento do CHC, bem como autorização para seu funcionamento;*
- IV – Cancelamento do Registro e do Credenciamento dos profissionais integrantes do CHC que, comprovadamente, tiveram conhecimento ou participação, por ação ou omissão, no ato infrator.”*

Ora, no contexto fático acima referido, de relativa informalidade, ou de alguma tolerância com situações de não-enquadramento das normas regulamentadoras do DETRAN, quando da transição do controle da formação de condutores da Autarquia para os CFCs, não se mostra proporcional, no aspecto da finalidade, e diante da prova colhida aplicar, de pronto, a sanção mais severa aos autores. Até porque, em razão da situação descrita no testemunho do Sr. Eduardo Cortez Balreira, então Gerente de Habilitação do DETRAN, responsável pelo credenciamento dos Centros de Formação de Condutores, acerca do completo desconhecimento das normas do DETRAN, causado exatamente pela falta de orientação adequada por parte da Autarquia. Por isso, era comum e freqüente a prática de algumas irregularidades pelos CFCs habilitados. O referido testemunho dá uma real dimensão da situação de desorganização que imperava na época em que ocorridos os fatos apontados pela Autarquia.

Vale transcrever excerto do referido depoimento (fls. 1.462/1.464):



HOPR
Nº 70018094508
2006/CÍVEL

“Das 614 auto-escolas convidadas existentes no estado à época, todos convidados a habilitar-se, logrando aprovação do projeto apenas 305, das quais se compreende a demandante. Na época havia apenas um protótipo, sem qualquer base técnica testada e experimentada, que gerou grandes dificuldades nos primeiros 12 meses, obrigando o DETRAN a legislar em cada caso que surgia. A situação problema toda encontrava-se dentro dos CFCs, tendo em vista que eles é que estavam na ponta do trabalho, funcionando o DETARN como gerenciador dos sistemas.

(...)

Afirma que poderia e ocorreram situações em que os CFCs não sabiam como proceder e não havia orientação adequada ou encontrada por parte do DETRAN. Exemplifica a ocorrência da gratuidade das aulas práticas como fato de desconhecimento e desorganização em razão da legislação do DETRAN, tendo em vista que eram obrigatórias 15 horas-aula e quando o CFC concedia mais aulas aos alunos, eram registradas como aulas dadas, porém não representavam ônus ao DETRAN, apenas aos CFC. Explica que muitas vezes o CFC dava uma aula de reforço ao seu aluno, além das 15 obrigatórias, e, sobre esse fato, não havia legislação. Era permitido que se praticasse os valores entre o máximo e o mínimo, mas comumente eram exigidos os valores máximos, de modo que quem praticasse os valores mínimos era tido como uma concorrência desleal. Diz que a notícia de aliciamento de clientes, naquele momento, não procedia, tendo em vista que a confusão somente foi interpretada pelo DETRAN por volta de 1999, de que os despachantes tinham relações entrelaçadas com as auto-escolas, antes do sistema de 1997.

(...)

O compartilhamento de senha para funções administrativas afins “passava” pelo DETRAN, tendo em vista que era autorizada para o sistema de coleta de dados, e de conhecimento do DETRAN. Quanto a propaganda, informa que o DETRAN tinha uma padronização quanto a cor, modelo, desenho, letra, formato, sendo que, referente às informações públicas, em razão da grande diversidade, era exigida autorização do DETRAN. (...) As informações operacionais das legislações eram em curto espaço de tempo modificadas, sendo por essa razão que muitas propagandas publicadas pelos CFCs já estavam em desconformidade com a nova orientação.

(...)

O CFC tem orientação de informar o descredenciamento do funcionário ao DETRAN. A não informação nenhum prejuízo traz ao DETRAN.



HOPR
Nº 70018094508
2006/CÍVEL

(...) no período de 1997 a 2000 o atendimento do DETRAN aos CFCs pode ser considerado confuso em razão da implantação de um novo sistema sem qualquer experiência, sendo que as correções de rota foram se fazer no decorrer do tempo. Nesse período, de 1997 a 2000, era impossível ao DETRAN dar respostas imediatas às dúvidas dos CFCs. (...) Pode-se dizer que os CFCs foram cobaias do novo sistema. As supervisões terapêuticas do DETRAN aos CFCs no período em questão foram muito precárias, tendo em vista que não havia contingente humano para realizar a fiscalização. Em situações de emergência, o DETRAN efetuava autorizações por telefone, normatizando-se posteriormente. (...) O CFC demandante sempre teve uma atuação extremamente interessada, sendo um dos primeiros a serem aprovados no Estado. (...) Informa que, atualmente, é consultor do DETRAN na Avaliação de Produtividade, e sabe que o CFC demandante é um dos centros mais organizados do Estado. (...) As punições pelo compartilhamento de senhas, à época referida, era de suspensão de 30 dias". (sic).

Nesse contexto, não se pode afirmar tenha a sentença sido incongruente em suas conclusões, tampouco invadido esfera privada do Poder Executivo, pois entendeu pela ausência de motivação razoável no ato jurídico, implicando sua nulidade. Se estendido o rigor aplicado pela Administração a todas essas situações, provavelmente inexistiria Centro de Formação de Condutores apto a prestar o serviço público, o que desvirtua por completo a finalidade do ato administrativo.

O princípio da proporcionalidade envolve, então, a aptidão do meio para propiciar a concretização do fim pretendido, depois a necessidade do meio em face de sua finalidade. Se o ato for mais do que o necessário, ou se houver outro meio apto para atingir a finalidade do mesmo, aquele se mostra manifestamente desproporcional, e, como tal, maculado de inconstitucionalidade. Por fim, ainda que o ato administrativo passe por esses dois exames, deve submeter-se, ainda, a uma



HOPR
Nº 70018094508
2006/CÍVEL

terceira análise da proporcionalidade, em sentido estrito, que é o exame da relação custo-benefício da medida.

Assim, justificada a correção do ato sentencial, que, com base nos elementos de prova descritos nos autos, entendeu por anular a penalidade administrativa imposta, sem que isso implique em incongruência lógica ou violação ao princípio da separação dos Poderes.

Destaco precedente desta Corte, no qual restou mitigada a idéia de não-intervenção do Judiciário no mérito de atos administrativos discricionários, quando verificada hipótese de ilegalidade:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO. EXAME DE QUESTÕES DE PROVA DISSERTATIVA DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 1. O PODER JUDICIÁRIO, NO CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO, DECORRÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 5º, INCISO XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DEVE VERIFICAR A SUA LEGALIDADE E MOTIVAÇÃO, NÃO PODENDO, REGRA GERAL, SUBSTITUIR A ADMINISTRAÇÃO, NO EXAME DO MÉRITO ADMINISTRATIVO, TODAVIA, NÃO ESTÁ INVIABILIZADO DE AFIRMAR A NULIDADE DE QUESTÕES DE PROVA OBJETIVA, QUANDO CONSTATADA A SUA NULIDADE, A OCORRÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO, A EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA RESPOSTA CORRETA OU A DESCONFORMIDADE DA QUESTÃO COM O CONTEÚDO PROGRAMÁTICO PREVISTO NO EDITAL. 2. A QUESTÃO 02, DA PROVA DISSERTATIVA DE DIREITO CONSTITUCIONAL VERSA SOBRE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE, QUE SE INSERE DENTRO DO ÂMBITO DE ABRANGÊNCIA DO PONTO 4.B DO CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DO EDITAL QUE REGEU O CERTAME, QUE ABRANGE O PODER JUDICIÁRIO, NO QUAL SE INSERE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A QUEM COMPETE EXERCER O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS, NOS TERMOS DO QUE DISPÕE O ART. 102, INCISO I, 'A', DA CONSTITUIÇÃO



HOPR
Nº 70018094508
2006/CÍVEL

FEDERAL. 3. A QUESTÃO Nº 03 VERSA SOBRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU DA RAZOABILIDADE, QUE NÃO ESTÁ PREVISTO EXPRESSAMENTE EM QUALQUER DOS ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE FORMA QUE ESTA QUESTÃO SITUOU-SE FORA DO ÂMBITO DO CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DE DIREITO CONSTITUCIONAL PREVISTO NO EDITAL QUE REGEU O CERTAME. A BANCA EXAMINADORA, NA FORMULAÇÃO DAS QUESTÕES ESTÁ ADSTRITA AO EDITAL, DO QUAL NÃO PODE SE AFASTAR, POR FORÇA DOS PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO E DA LEGALIDADE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA POR MAIORIA, VENCIDO O PRESIDENTE QUE NEGAVA. (Apelação Cível Nº 70006763890, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Maria Silveira, Julgado em 27/08/2003)

Nesse sentido, corroborando o entendimento declinado na sentença de primeiro grau, não me parece ter a Magistrada incursionado em seara alheia a sua competência jurisdicional, não estando a questionar o mérito do ato administrativo de descredenciamento da empresa autora no que tange ao juízo de oportunidade e conveniência, mas apenas anulando o ato administrativo, por ilegalidade manifesta, em decorrência da violação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Daí porque não há falar, na espécie, em negativa de vigência à regra do art. 2º da CF/88.

Assim, em razão de toda a argumentação acima declinada, que não se faz necessário repetir, é que improcede o segundo ponto de irresignação do apelante, referente à alegada incongruência da sentença, em afastar a sanção aplicada, ainda que tenha reconhecido a existência das infrações e a legitimidade do DETRAN para o ato administrativo baixado. Não se trata de espécie anômala de “perdão judicial”, como sustentado pelo apelante, mas mero juízo de legalidade (inconstitucionalidade, em verdade) do ato administrativo, quanto a sua finalidade, por violar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.



HOPR
Nº 70018094508
2006/CÍVEL

Com tais considerações, nego provimento ao apelo, confirmando a bem lançada sentença de primeiro grau da lavra da Dra. Keila Silene Tortelli.

É o voto.

DES. CARLOS ROBERTO LOFEGO CANÍBAL (REVISOR) - De acordo.

DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI - De acordo.

DES. HENRIQUE OSVALDO POETA ROENICK - Presidente - Apelação Cível nº 70018094508, Comarca de Santa Maria: "À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO."

Julgadora de 1º Grau: KEILA SILENE TORTELLI



PTVS
Nº 70025596966
2008/CÍVEL

**SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL.
DEMEI – IJUÍ.
DEMISSÃO.
PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO.
DANOS MATERIAIS E MORAIS.**

A absolvição criminal do servidor na esfera criminal, por ausência de provas, não elide o ato administrativo de demissão, decorrente de regular processo administrativo disciplinar.

Independência entre as esferas penal, civil e administrativa, não sendo atingida a decisão administrativa em face da absolvição criminal por ausência de provas (art. 386, VI, do CPP).

O ato administrativo de demissão insere-se no âmbito da discricionariedade administrativa.

Embora passível de controle de legalidade o ato de demissão de servidor, inclusive com fundamento no princípio da proporcionalidade, os fatos apurados, no caso, são gravíssimos, não havendo desproporção entre a punição e os atos praticados.

Precedente específico da Câmara.

**SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.
APELAÇÃO DESPROVIDA.**

APELAÇÃO CÍVEL

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Nº 70025596966

COMARCA DE IJUÍ

EZEQUIEL DA SILVA DA COSTA

APELANTE

DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE
ENERGIA DE IJUI-DEMEI

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento à apelação.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. NELSON ANTONIO MONTEIRO PACHECO (PRESIDENTE) E DES.^a MATILDE CHABAR MAIA.**



PTVS
Nº 70025596966
2008/CÍVEL

Porto Alegre, 11 de dezembro de 2008.

DES. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO,
Relator.

RELATÓRIO

DES. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO (RELATOR)

Trata-se de recurso de apelação interposto por EZEQUIEL DA SILVA DA COSTA, nos autos da ação ordinária declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com reintegração no serviço público, pagamento de vencimentos, e indenização de dano moral e perdas e danos contra o DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE ENERGIA DE IJUÍ (DEMEI), contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial, condenando a parte autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios à parte adversa arbitrados em R\$ 1.800,00 (hum mil e oitocentos reais). Suspensa a exigibilidade dos ônus sucumbenciais por ligar o autor com amparo na AJG.

Nas suas razões de recorrer, sustentou que a sentença é contrária à prova dos autos, apontando não haver qualquer elemento capaz de validar do ato de demissão do servidor das funções de Auxiliar de Finanças que executava junto à parte apelada. Destacou ter sido absolvido na esfera penal, por falta de provas. Argüiu necessária a valorização do princípio da presunção, porquanto não se poderia impor condenação na esfera administrativa, quando não há provas suficientes para condenação. Disse que as irregularidades detectadas na tesouraria da apelada foram praticadas exclusivamente por Cezar Augusto Jost, condenado na esfera criminal. Afirmou-se pessoa íntegra e de bem, sendo uma grande injustiça a sua condenação na esfera administrativa, na medida em que não teve culpa pelas irregularidades apuradas. Apontou que cada um dos oito fatos que foram apurados no procedimento administrativo não foram praticados com a participação do apelante, apontando seu colega César Augusto Jost, Contador de Finanças, como



PTVS
Nº 70025596966
2008/CÍVEL

responsável pelas irregularidades apuradas. Em decorrência disso, sustentou que o “motivo” em face do qual fora demitido do serviço público está eivado de nulidade, devendo ser reformada a sentença para determinar a reintegração do apelante aos quadros funcionais, condenando-se o ente público ao pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes.

Fora apresentadas contra-razões.

O Ministério Público, de 2º grau, manifestou-se pelo desprovemento do apelo.

É o relatório.

VOTOS

DES. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO (RELATOR)

Eminentes colegas. A controvérsia central do processo situa-se em torno da insurgência do autor contra a sentença de improcedência que não reconheceu a nulidade do procedimento administrativo disciplinar que culminou na sua demissão do serviço público municipal.

O apelante tomou posse no cargo de Auxiliar de Finanças, em dezembro de 1996, junto ao Departamento Municipal de Energia de Ijuí (DEMEI) - fl. 14.

Em 2001, através da Portaria n. 004/2001, foi instaurada comissão administrativa para apurar irregularidades praticadas pelos servidores CÉSAR AUGUSTO JOST, EZEQUIEL DA SILVA DA COSTA e DÉCIO LUIZ BARRIQUELO. (fl. 21-7), que resultou na demissão do servidor, por não ter exercido sua função com zelo e dedicação, ter sido desleal com a instituição, deixar de observar normas legais e regulamento, bem como dar cumprimento a ordem superior manifestamente ilegal e não levar a autoridade superior às irregularidades que teve conhecimento em razão do cargo. (fl. 89-90). O ato de demissão foi concretizado na Portaria n. 067/2001. (fl. 93).



PTVS
Nº 70025596966
2008/CÍVEL

Os fatos apurados na esfera administrativa deram origem também a Ação Criminal n. 043/2004 (fls. 108-30), tendo sido absolvido o autor, ora apelante, por insuficiência de provas para condenação (art. 386, VI, do CPP).

Em decorrência disso, afirmando-se inocente e infundado o motivo do ato administrativo demissional, pretende seja julgado nulo ao procedimento administrativo disciplinar.

Esta Câmara já teve oportunidade de analisar os mesmos fatos em relação ao servidor César Augusto Jost no julgamento da Apelação Cível nº 700009864216, relatoria do eminente Des. Néelson Antônio Monteiro Pacheco, na sessão de 28 de abril de 2005, sendo a seguinte a ementa do acórdão:

SERVIDOR PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. DEMISSÃO. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO E PAGAMENTO DE VENCIMENTOS PELO PERÍODO EM QUE AFASTADO DA FUNÇÃO. O procedimento administrativo foi regularmente instaurado, no qual foi possibilitada a ampla defesa e o contraditório, embora estivesse o servidor em estágio probatório. Defesa apresentada com auxílio de defensor nomeado pela Administração. Inexistência de afronta ao princípio constitucional contido no artigo 5º, LV, CF-88, descaracterizando qualquer alegação em sentido contrário. Constatação da proporcionalidade entre o fato típico administrativo e a respectiva solução a que chegou o Poder Público, ou seja, de não confirmá-lo no cargo em que estava em estágio probatório. Alegação de cerceamento de defesa e vícios por parte da Comissão Processante não configurado. APELO PROVIDO. PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70009864216, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 28/04/2005).

A diferença entre a situação dos dois é que o autor, ora apelante, foi absolvido na esfera penal, enquanto o seu colega César Augusto Jost foi condenado na esfera penal.

No âmbito administrativo, porém, não há interferência dessa disparidade de soluções, conforme a correta análise desenvolvida no parecer ministerial, da lavra da Dra. Elaine Fayet Lorenzon Schaly, que transcrevo como parte integrante da presente decisão, *in verbis*:

“Não merece reforma a decisão vergastada.



PTVS

Nº 70025596966

2008/CÍVEL

Cumpre salientar que a alegação do autor resume-se ao fato de que não praticou nenhum dos delitos dos quais foi acusado, sustentando que não houve comprovação de sua participação no decorrer do procedimento administrativo, tendo havido, inclusive, absolvição por insuficiência de provas na seara criminal. Assim, irresigna-se quanto ao motivo que culminou em sua exoneração.

Inicialmente, há que se ter em conta a independência entre as esferas. Dessa forma, o fato de ter sido absolvido na seara penal não afasta eventual punição na esfera administrativa. Ademais, convém ressaltar que, conforme reconhecido pelo próprio autor sua absolvição decorreu de insuficiência de provas, não chegando-se a conclusão, portanto de que o autor não realizou conduta nociva à Administração. Apenas, não houve prova suficiente a ensejar uma condenação no âmbito penal.

A propósito, os seguintes arestos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO E REINTEGRAÇÃO EM CARGO PÚBLICO. INSPETOR DE POLÍCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E CRIMINAL. A inexistência de condenação no âmbito penal não afasta a possibilidade de aplicação da sanção administrativa em virtude da independência entre as searas criminal e administrativa, excetuadas somente as hipóteses em que o juiz criminal pronuncia a exclusão da ilicitude, a inexistência material do fato ou a negativa de autoria (arts. 65 e 66 do Código de Processo Penal), que se mostraram ausentes no caso concreto. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Hipótese em que a demissão do servidor se deu mediante procedimento administrativo disciplinar em que lhe foi assegurada ampla defesa, com base na Lei Estadual nº 7.366/80, não sendo constatada ilegalidade apta a determinar a reintegração no cargo. **NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.**

(Apelação Cível nº 70022102768, Terceira Câmara Cível, TJRS, Relatora: Matilde Chabar Maia, julgado em 28/02/2008 - grifado)

DECISÃO MONOCRÁTICA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS CIVIL, ADMINISTRATIVA E PENAL. Vereadores do Município de Sapucaia do Sul respondendo por processo político-administrativo na Câmara de Vereadores nos moldes do Decreto-lei nº 201/67, e, concomitantemente, por ação civil pública em face da acusação da prática de atos de improbidade administrativa tipificado no art. 12, da Lei 8.429/92. Entendimento no sentido de que as esferas civil,



PTVS

Nº 70025596966

2008/CÍVEL

criminal e administrativa são autônomas, vinculando-se a Administração Pública somente à decisão do juízo criminal que negar a existência ou a autoria do crime. Aplicação do princípio da independência das instâncias ao caso concreto, o que não fere a presunção de inocência dos investigados. Indeferimento da petição inicial com extinção do feito com fulcro no art. 267, incisos I e VI, do CPC. Precedentes das cortes superiores. INDEFERIMENTO DA INICIAL DA AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

(Medida Cautelar nº 70021240148, Terceira Câmara Cível, TJRS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, julgado em 04/09/2007 - grifado)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INSPETOR DE POLÍCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR QUE CONCLUIU PELA EXISTÊNCIA DE TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES. APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO, COM BASE NO ARTIGO 81, INCISO XXXVIII, ARTIGO 83, INCISO VI, COMBINADO COM OS ARTIGOS 90 E 91 DA LEI ESTADUAL Nº 7.366/80. ABSOLVIÇÃO CRIMINAL POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INDEPENDÊNCIA, NA HIPÓTESE DOS AUTOS, ENTRE AS ESFERAS CRIMINAL E ADMINISTRATIVA. PENALIDADE APLICADA EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. UNÂNIME.

(Apelação Cível nº 70019341221, Terceira Câmara Cível, TJRS, Relator: Mário Crespo Brum, julgado em 28/06/2007 - grifado)

Acrescente-se, também, que descabe ao Poder Judiciário analisar o mérito do ato administrativo, revendo atos que pertençam a outras esferas, decorrentes do poder discricionário da Administração Pública. Portanto, deve o Poder Judiciário restringir sua análise aos aspectos da legalidade, e não a critérios específicos de discricionariedade da Administração e o autor não se insurgiu quanto aos aspectos formais do procedimento administrativo, sendo que a conclusão do processo administrativo não diverge da prova fática produzida.

Nesse sentido, a lição do mestre Hely Lopes Meirelles (grifado):

Não há confundir, entretanto, o mérito administrativo do ato, inenso a revisão judicial, com o exame de seus motivos determinantes, sempre que passíveis de verificação em juízo. Exemplificando: o Judiciário não poderá dizer da conveniência, oportunidade e justiça da aplicação de uma penalidade administrativa, mas poderá e deverá sempre examinar seu cabimento e a regularidade formal de sua imposição.



PTVS

Nº 70025596966

2008/CÍVEL

Assim, nesse sentido, a fim de evitar tautologia transcreve-se trecho da irretocável decisão de lavra do ilustre magistrado, Dr. Luís Antônio Saud Teles (fls. 1405/1406 - grifado):

Ainda merece destaque o fato de que está tramitando nesta 2ª Vara Cível a ação civil pública de improbidade administrativa nº 016/1.05.00015365-6, com sentença ainda sem trânsito em julgado condenatória de Ezequiel, e outros, pelos mesmos atos de improbidade apurados no processo administrativo agora impugnado. Ezequiel foi condenado, pela prática dos atos de improbidade, nas seguintes penas: "I- perda da função pública; II- suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 06 (seis) anos; III- bem como ao pagamento da multa civil em 03 (três) vezes o valor da maior remuneração percebida na época, acrescido correção monetária pelo de IGP-M desde então e juros moratórios de 12% ao ano a partir da citação, tudo a ser apurado em liquidação de sentença".

Assim, aqueles mesmo motivos que determinaram a edição da Portaria nº 004/2001, que exonerou administrativamente o autor, também serviram de prova para embasar o decreto condenatório civil, com a conclusão no sentido de que Ezequiel participou dos atos de improbidade contra o DEMEI.

No procedimento administrativo a comissão processante recomendou a demissão de Ezequiel e César, concluindo em relação a Ezequiel o seguinte:

A defesa do indiciado Ezequiel não logrou sucesso em eximir sua responsabilidade na maioria das irregularidades apontadas na Portaria nº 004/2001-DEMEI, peça intróita destes autos. Não resta outra alternativa senão a de recomendar a penalidade prevista no artigo 197, inciso IV, da Lei 2656/91, ou seja, a demissão.

Destaca-se, também, de parte do servidor Ezequiel, o descumprimento dos deveres capitulados no artigo 186, da Lei Municipal nº 2656/91.

Não exerceu com zelo e dedicação o cargo ocupado;

Foi desleal à instituição que servia.

Deixou de observar as normas legais e os regulamentos.

Cumpriu ordens superiores manifestamente ilegais.

Não levou a autoridade superior as irregularidades que teve conhecimento em razão do cargo. (fls. 1361-1362).

[...]tenho que nenhum reparo reclama a decisão administrativa impugnada pelo autor, pois os motivos ensejadores do ato de exoneração



PTVS

Nº 70025596966

2008/CÍVEL

restaram devidamente externados e dizem com a prática do ato de improbidade levado a efeito por Ezequiel, mesmo na condição de partícipe.

Conforme apresentado na sentença da ação civil pública nº 016/1.05.00015365-6: “o responsável primeiro pelo caixa do DEMEI era o réu Ezequiel. A ele cabia a abertura, a conferência e o fechamento diário do caixa único do DEMEI. Portanto, somente com a sua direta e indispensável convivência poderia o réu César pegar dinheiro de tal caixa, trocar cheques ou efetuar qualquer outra negociação daquelas já exaustivamente analisadas no presente feito. Portanto, insofismável e inarredável a responsabilidade de Ezequiel”.

Dessarte, no caso dos autos, a sanção imposta é legítima e a apuração da infração atendeu ao devido procedimento legal. Vale dizer: a Administração, ao proceder na demissão do autor, atuou valorando internamente as conseqüências dos atos por ele praticados, avaliando as suas vantagens e desvantagens à Autarquia-Municipal, improcedendo, portanto, o pedido de desconstituição do ato administrativo.

Por fim, cabe dizer que, tendo em conta o acima mencionado, restam prejudicados os demais pedidos do autor no que tange a sua remuneração e ao pagamento de indenização pelos alegados danos morais e perdas e danos.”

Acrescento, apenas, que a pretensão da parte autora, em verdade, diz com a revisão do mérito do ato administrativo, sob o fundamento da inexistência de provas suficientes, travestida na alegação de que não há motivo para alicerçar a demissão.

Não se desconhece que o Poder Judiciário tem ao seu alcance a possibilidade de aplicar o princípio da proporcionalidade, no âmbito do devido processo legal, enquanto instrumento de verificação do ato limitativo do direito subjetivo do administrado, a fim de dosar a penalidade aplicada pela Administração Pública, quando do exercício do poder disciplinar.

A esse respeito:



PTVS

Nº 70025596966

2008/CÍVEL

STF, RMS 24901/DF, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJ 11-02-2005, RIP v. 6, n. 29, 2005, p. 361-364, LEXSTF v. 27, n. 315, 2005, p. 90-96, RDA n. 240, 2005, p. 310-313, RTJ VOL-00194-02 PP-00590:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PENA MENOS SEVERA. O órgão do Ministério Público, que oficiou na instância de origem como custos legis (art. 10 da Lei nº 1.533/51), tem legitimidade para recorrer da decisão proferida em mandado de segurança. Embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal. Este, porém, não é o caso dos autos, em que a autoridade competente, baseada no relatório do processo disciplinar, concluiu pela prática de ato de improbidade e, em consequência, aplicou ao seu autor a pena de demissão, na forma dos artigos 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, e 11, inciso VI, da Lei nº 8.429/92. Conclusão diversa demandaria exame e reavaliação de todas as provas integrantes do feito administrativo, procedimento inoportuno na via estreita do writ, conforme assentou o acórdão recorrido. Recurso ordinário a que se nega provimento.

No caso dos autos, todavia, não há falar em excesso de penalidade e, menos ainda, em ausência de motivo para o ato de exoneração.

As infrações praticadas foram gravíssimas e estão presentes os elementos suficientes para manutenção do ato administrativo.

A pretensão do apelante é singela, tendente a se considerar ausente a prova da prática dos atos, investigada, apurada e devidamente processada em sede administrativa.

O simples fato de não ter sido condenado na esfera criminal, por ausência de provas, não apaga os fatos apurados em âmbito administrativo.

Constata-se, outrossim, que a pena aplicada não decorreu tão-somente dos atos praticados, mas da omissão do servidor em denunciá-los, fatos de



PTVS
Nº 70025596966
2008/CÍVEL

manifesta ilegalidade, como se infere da conclusão do ato de demissão acima apontado.

Veja-se, portanto, que o ato de exoneração não desbordou dos limites legais, de sorte a desautorizar o exame do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, porquanto a Administração Pública atuou dentro dos parâmetros de razoabilidade quando da aplicação do poder disciplinar.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, confirmando a douta sentença de improcedência da demanda.

É o voto.

DES.^a MATILDE CHABAR MAIA (REVISORA) - De acordo.

DES. NELSON ANTONIO MONTEIRO PACHECO (PRESIDENTE) - De acordo.

DES. NELSON ANTONIO MONTEIRO PACHECO - Presidente - Apelação Cível nº 70025596966, Comarca de Ijuí: "NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME"

Julgador(a) de 1º Grau: LUIS ANTONIO SAUD TELES