

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRASIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DOS ATOS ADMINISTRATIVOS:
NOÇÕES INTRODUTÓRIAS**

Giovanna Garbeloto Tafarelo

Presidente Prudente/SP

2011

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRASIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DOS ATOS ADMINISTRATIVOS:
NOÇÕES INTRODUTÓRIAS**

Giovanna Garbeloto Tafarelo

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor
Jefferson Fernandes Negri.

Presidente Prudente/SP

2011

DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Trabalho de Curso aprovado como requisito parcial para
a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Jefferson Fernandes Negri

Orientador

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

Examinador

Deyvison Heberth dos Reis

Examinador

Presidente Prudente, 28 de novembro de 2011.

*Por uma educação que nos ajude a pensar e não
que nos ensine a obedecer.*

Autor desconhecido

*Dedico este trabalho a todos aqueles que
entendem pela importância e necessidade de se
pensar o direito.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, encarecida e merecidamente,

A Deus, pois somente Ele é digno de honra, glória e louvor.

Aos que, direta e indiretamente, contribuíram à feitura deste trabalho.

Ao Professor Jefferson, meu orientador, pela confiança depositada.

Ao Professor Daniel e ao Dr. Deyvison, exemplo de pessoa e de profissional que terei por toda a minha vida, por disporem de parcela de seu tempo e aceitarem compor a banca de avaliação.

Aos meus companheiros de estágio, especialmente ao Leandro, ao Izael, ao Gabriel e à Cristiani, pela parceria incondicional, pelos incentivos indispensáveis, pela cumplicidade em todos os momentos e pelo conhecimento compartilhado.

E, finalmente, mas não tão menos importantes, àqueles que mais me amam, mais me apóiam e, com certeza, são o meu porto seguro: meu pai, minha mãe e minha irmã.

RESUMO

Esta apreciação acadêmica objetiva uma investigação acerca da Administração Pública e dos atos por ela praticados. A pesquisa foi exclusivamente bibliográfica. Sob essa perspectiva, partiu-se do conceito de Administração Pública, que pode ser tomada em sentido amplo e estrito ou em sentido objetivo e subjetivo. Após, fez-se uma breve distinção entre Administração Pública Direta e Indireta, demonstrando-se, ainda, que a expressão Administração Pública Descentralizada não é sinônimo de Administração Pública Indireta e que desconcentração é diferente de descentralização. Feito um exame da função administrativa, foram explicadas suas modalidades, quais sejam fomento, polícia administrativa e serviço público, sendo, outrossim, demonstrado o porque de não se considerar a intervenção como função administrativa. Posteriormente, adentrou-se ao tema do regime jurídico administrativo, onde foram estudados os diversos princípios que regem a atuação da Administração Pública e os poderes a ela atribuídos, quais sejam: poder normativo, poder hierárquico, poder disciplinar e poder de polícia. Superado todo o estudo da Administração Pública, foram analisados os atos por ela praticados e submetidos ao regime jurídico administrativo. Após dar o conceito de ato administrativo, foram elencadas suas características: presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, auto-executoriedade e tipicidade. Em seguida, analisaram-se os elementos que compõem o ato: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade. Foi, então, demonstrado que os atos administrativos podem ser normativos, ordinatórios, negociais, enunciativos ou punitivos. Adentrou-se, então, ao tema que mais requer cuidados: a discricionariedade e a vinculação dos atos administrativos e, por fim, foram analisadas as formas de controle destes atos, quais sejam, o controle de legalidade, que leva à anulação do ato ilegal, e o controle de mérito, que pode acarretar a revogação do ato inconveniente ou inoportuno.

Palavras-Chave: Administração Pública. Ato administrativo. Discricionariedade. Vinculação. Controle de legalidade e controle de mérito.

ABSTRACT

This academic appreciation has as an objective an investigation about the Public Administration and the acts practiced by it. The research was exclusively bibliographic. Under this perspective, has begun from the concept of Public Administration, which can be taken in wide and strict or in an objective and subjective way. Thereafter, a brief distinction between Direct and Indirect Public Administration was made, showing, still, that the expression Decentralized Public Administration isn't a synonymous of Indirect Public Administration, and that *deconcentration* is different than decentralized. Made an exam about the administrative function, were exemplified its modalities, which are: promotion, administrative police and public service, being, likewise, demonstrating the reason of not considering the intervention as an administrative function. After, is entered to the theme of the juridical administrative regime, where there were studied the diversity of principles that regulate the work of the Public Administration and the powers attributed to it: Normative power, Hierarchical power, disciplinary power and police power. Overcome all the study of Public Administration, there were analyzed the acts performed and submitted to the juridical administrative regime. After giving the concept of administrative act, there were listed its characteristics: legitimacy and veracity presumption, imperativeness, auto-enforceability and typicality. Then, the elements that compose the act: subject, object, form, reason and goal, were analyzed. That was when, established that the administrative acts can be normative, *ordinatory*, *negocial*, *enunciative* or punitive. Then, the theme that requires more care at all: the *discricionarity* and the linking of the administrative acts. Lastly, the forms of control of these acts, which are, the legality control, that takes to the cancellation of the illegal acts, and the merit control, that can result in the revocation of the inconvenient or unsuitable act, were analyzed.

Keywords: Public Administration. Administrative Act. Discricionarity. Linkage. Legalty Control and Merit Control.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	10
2.1 Administração Pública em sentido amplo e em sentido restrito	10
2.2 Administração Pública em sentido subjetivo e em sentido objetivo	11
2.3 Administração Pública Direta e Indireta.....	12
2.4 Função Administrativa	13
2.5 Regime Jurídico da Administração Pública	15
2.5.1 Regime jurídico administrativo	15
2.5.2 Princípios da Administração Pública	17
2.5.2.1 Supremacia do interesse público sobre o interesse particular	17
2.5.2.2 Indisponibilidade do interesse público	19
2.5.2.3 Legalidade.....	20
2.5.2.4 Presunção de legitimidade e veracidade	21
2.5.2.5 Impessoalidade	21
2.5.2.6 Publicidade	22
2.5.2.7 Eficiência.....	23
2.5.2.8 Motivação	24
2.5.2.9 Razoabilidade e proporcionalidade	25
2.5.2.10 Moralidade administrativa.....	27
2.5.2.11 Autotutela	28
2.5.2.12 Controle judicial	29
2.6 Poderes da Administração Pública	29
2.6.1 Poder normativo	30
2.6.2 Poder hierárquico	32
2.6.3 Poder disciplinar	34
2.6.4 Poder de polícia	36
2.6.4.1 Polícia administrativa e polícia judiciária	37
2.6.4.2 Características	39
2.6.4.3 Limitações	41
3 ATO ADMINISTRATIVO	43

3.1 Conceito	43
3.2 Atributos ou características	44
3.2.1 Presunção de legitimidade e veracidade	45
3.2.2 Imperatividade	46
3.2.3 Auto-executoriedade	47
3.2.4 Tipicidade	47
3.3 Elementos	48
3.3.1 Sujeito	48
3.3.2 Objeto.....	49
3.3.3. Forma	50
3.3.4 Motivo.....	51
3.3.5 Finalidade	53
3.4 Modalidades dos atos administrativos.....	54
3.4.1 Atos normativos.....	54
3.4.2 Atos ordinatórios	55
3.4.3 Atos negociais	56
3.4.4 Atos enunciativos	57
3.4.5 Atos punitivos.....	58
3.5 Vinculação e discricionariedade	58
4 CONTROLE DE LEGALIDADE E CONTROLE DE MÉRITO	63
4.1 Anulação	64
4.2 Revogação	65
4.3 Limites da discricionariedade e controle pelo Poder Judiciário	66
5 CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71

1 INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 1º da Constituição Federal, o Brasil é um Estado Democrático de Direito. A consequência desta afirmação encontra-se no próprio texto constitucional, no parágrafo único do referido artigo: todo o poder emana do povo e será exercido por ele diretamente ou através de seus representantes eleitos.

Na democracia direta, o povo exerce esse poder através dos mecanismos descrito no art. 14 da Constituição Federal, segundo o qual a soberania popular é exercida através do sufrágio, do voto, do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular de leis. Na democracia indireta, o povo exerce o poder através de seus representantes eleitos, disciplinados no art. 14, § 3º, da Magna Carta.

Diante disso, percebe-se que os administradores públicos, escolhidos pelo povo, possuem a função de representar este mesmo povo que os elegeram.

Em razão da crescente intervenção da Administração Pública na vida dos cidadãos, entende-se necessário que estes tenham conhecimento dos limites de atuação dos seus administradores, pois somente assim será possível reconhecer e eliminar os abusos praticados por aqueles que se dizem legitimados.

Assim, utilizando-se do método dedutivo, foram abordados os aspectos relevantes da função administrativa e dos atos dela decorrentes.

Alguns assuntos, no entanto, não foram examinados profundamente, pois o objetivo do presente não era esgotar as divergências existentes, mas sim despertar a consciência para a forma como a lei impõe a atuação da Administração Pública.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A priori, importante esclarecer que, enquanto a organização do Estado se refere “à divisão política do território nacional, à estruturação dos Poderes, à forma de Governo, ao modo de investidura dos governantes, aos direitos e garantias dos governados” (MEIRELLES, 2010, p. 62), a organização da Administração engloba “a estruturação legal das entidades e órgãos que irão desempenhar as funções, através de agentes públicos” (MEIRELLES, 2010, p. 64).

Do mesmo modo, não se pode confundir Governo e Administração. Governo, “em resumo, é uma atividade política e discricionária, representando uma conduta independente do administrador, como um comando com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução” (MARINELA, 2007, p. 17). Administração, a seu turno, “conforme a competência dos órgãos e de seus agentes, é o instrumental de que dispõe o Estado para colocar em prática as opções políticas do Governo” (MARINELA, 2007, p. 18).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 48) explica que o administrador não é senhor absoluto, pois, “tanto na Administração Privada, como na Pública, há uma atividade dependente de uma vontade externa, individual ou coletiva”. A diferença é que, enquanto na Administração Privada a vontade a ser cumprida é a de quem nomeou o administrador, na Administração Pública, a vontade encontra-se prevista em lei.

A expressão “Administração Pública”, contudo, pode ser tomada em diversos sentidos.

2.1 Administração Pública em sentido amplo e em sentido estrito

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 59) afirma que, para

alguns, administrar engloba uma atividade superior de dirigir, de planejar, e também uma atividade subordinada de servir, de executar. Para outros, administrar significa tão somente esta atividade subordinada.

Utilizando-se o sentido amplo do vocábulo administrar, tem-se um conceito de Administração Pública em sentido amplo e esta expressão compreenderia a função política ou de governo, que são funções de direção, de planejamento, e a função administrativa, executiva, que é a função subordinada, de servir, de executar.

Num sentido estrito, a expressão Administração Pública concentraria apenas a função executiva, administrativa.

Ao direito constitucional, cabe o estudo da chamada função de governo, função política. Ao direito administrativo, por sua vez, cabe o estudo da chamada função executiva, função administrativa.

2.2 Administração Pública em sentido subjetivo e em sentido objetivo

Superficialmente, pode-se dizer que, em sentido subjetivo, formal ou orgânico, Administração Pública significa a própria estrutura do Estado, podendo ser definida como o “conjunto de órgãos e pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado” (DI PIETRO, 2010, 57).

No sentido objetivo, material ou funcional, por sua vez, a Administração Pública é a própria atividade administrativa que está sendo desenvolvida pelo Estado para atingir os interesses coletivos. “Nesse sentido, a Administração Pública abrange o fomento, a polícia administrativa e o serviço público” (DI PIETRO, 2010, p. 54).

2.3 Administração Pública Direta e Indireta

Quando o Estado, por si mesmo, desenvolve a função executiva, fala-se em Administração Pública Centralizada ou Direta, pois a atividade administrativa é cumprida pela própria União, através de seus Ministérios, e pelos Estados membros, Municípios e Distrito Federal, através de suas Secretárias. No entanto, o Estado pode transferir a execução de determinada atividade a pessoas jurídicas por ele criadas ou a particulares. “Nesse caso, ele passa a atuar indiretamente, por intermédio de outras pessoas, seres juridicamente distintos, o que se denomina descentralização administrativa” (MARINELA, 2007, p. 61).

Malgrado a expressão Administração Pública Descentralizada seja tratada, pela doutrina, como sinônimo de Administração Pública Indireta, não existe essa similitude na legislação.

O Decreto-lei n. 200, de 1967, dispõe sobre a reforma administrativa federal. Nos termos do seu art. 4º, alterado pela Lei n. 7.596, de 1987, a Administração Pública Direta compreende os serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e na dos Ministérios e a Administração Pública Indireta abrange as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas. No entanto, não são somente estas entidades que prestam serviços públicos de forma descentralizada: as concessionárias e permissionárias também o fazem.

Malgrado integrem a Administração Pública Descentralizada, do ponto de vista do legislador federal, as entidades concessionárias e permissionárias não integram a Administração Pública Indireta, pois são pessoas jurídicas de direito privado praticando serviços públicos.

Outrossim, não se pode confundir descentralização com desconcentração, pois, conforme sintetizado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 410):

A descentralização é uma distribuição de competências de uma para outra

pessoa, física ou jurídica. Difere da desconcentração pelo fato de ser esta uma distribuição interna de competências, ou seja, uma distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica; sabe-se que a Administração Pública é organizada hierarquicamente, como se fosse uma pirâmide em cujo ápice se situa o Chefe do Poder Executivo. As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. Isso é feito para descongestionar, desconcentrar, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho. A desconcentração liga-se à hierarquia. A descentralização supõe a existência de, pelo menos, duas pessoas, entre as quais se repartem as competências.

Como exemplo de desconcentração, tem-se, portanto, a maneira pela qual a União desconcentra as suas atividades para os seus Ministérios, pois estes são subordinados àquela. A descentralização, a seu turno, ocorre quando a União descentraliza sua atividade para uma autarquia sua, que apenas está sujeita a um controle por parte da União.

A distinção é relevante porque na desconcentração vige a hierarquia, que é um “vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, por meio de escalões sucessivos, relação de superioridade a inferior” (MARINELA, 2007, p. 62). Já na descentralização, o que vige é o controle ou tutela: o Estado deverá verificar se a entidade está cumprindo os fins para os quais ela foi criada. Tal controle “depende de previsão legal, logo, diferentemente da hierarquia, não se presume e se manifesta tão só nos aspectos autorizados pela lei” (MARINELA, 2007, p. 62).

2.4 Função administrativa

Somente exerce função quem atende a interesses de terceiros e não a interesses próprios. O Estado, quando atua, o faz vinculado ao interesse público, ao interesse da coletividade, expressado pela lei. Em razão disto, exerce - através das pessoas jurídicas, dos órgãos e dos agentes públicos - função administrativa, a qual pode ser dividida em três grandes modalidades: o fomento, a polícia administrativa e o serviço público. “Alguns autores acrescentam, ainda, a intervenção como quarta

modalidade” (DI PIETRO, 2010, p. 54), contudo, como será demonstrado, tal não é uma atividade propriamente administrativa.

O fomento, em síntese, é um incentivo às atividades particulares que atendem ao interesse público. Ele pode se dar, por exemplo, através de favores fiscais, de recursos de financiamento.

A polícia administrativa, a seu turno, compreende as restrições administrativas aos direitos individuais em prol do interesse público. O Estado objetiva fazer com que cada indivíduo exerça seus direitos de modo a possibilitar a vida em sociedade. Em razão disso, a polícia administrativa restringe a atuação de cada um no que diz respeito a sua liberdade. Como exemplo, pode-se citar o direito de dirigir, concedido apenas àqueles tenham licença para tanto.

Serviço público, em resumo, “é toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime predominantemente público. Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a coletividade, foram assumidas pelo Estado” (DI PIETRO, 2010, p. 55). A Constituição Federal, no seu artigo 21, enumera diversas atividades consideradas serviços públicos, como o serviço postal e de correio aéreo nacional (inciso X) e os serviços de telecomunicações (inciso XI). No entanto, as leis infraconstitucionais também estabelecem atividades que são consideradas serviços públicos.

Quanto à intervenção do Estado na ordem econômica, esta pode se dar de forma direta ou indireta.

A intervenção direta se dá quando o próprio Estado explora a atividade econômica, através de empresas públicas e sociedades de economia mista, normalmente, nos termos do art. 173 da Constituição Federal. É o caso do Banco do Brasil. Essa atividade, contudo, não é uma função propriamente administrativa, pois, conforme disciplinado no art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, se submete às normas do direito privado que não forem expressamente derogadas pela Magna Carta. “Aqui, a Administração Pública sai de sua órbita natural de ação para atuar no âmbito de atuação reservado preferencialmente à iniciativa privada” (DI PIETRO, 2010, p. 56).

Pela intervenção indireta, o Estado apenas regulamenta, fiscaliza a atividade privada. Essa atividade, portanto, nada mais é que a atividade de polícia administrativa.

Em razão do exposto, alguns autores não consideram a intervenção uma modalidade de função administrativa.

2.5 Regime Jurídico da Administração Pública

A Administração Pública, na sua atuação, ora se submete ao direito público, ora se submete ao direito privado. É a própria lei (incluindo a Constituição Federal) que, diante de certa situação, determina o regime jurídico a ser aplicado: se de direito público, se de direito privado. “Não pode a Administração Pública, por ato próprio, de natureza administrativa, optar por um regime jurídico não autorizado em lei” (DI PIETRO, 2010, p. 60).

Conforme explicado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 60), estes dois regimes (de direito público e de direito privado) podem ser abrangidos por uma única expressão, qual seja, “regime jurídico da Administração Pública”. A expressão “regime jurídico administrativo”, por sua vez, engloba tão somente o regime de direito público. Assim, atos administrativos e contratos administrativos, por exemplo, são atos e contratos regidos pelo regime jurídico de direito público.

2.5.1 Regime jurídico administrativo

O regime jurídico administrativo, base do Direito Administrativo, resume-se a duas palavras: prerrogativas e restrições.

O Direito Administrativo surgiu com a Revolução Francesa, que assegurava a liberdade dos indivíduos, e desenvolveu-se com a Revolução Industrial, que tornou necessário o desenvolvimento de um Estado que satisfizesse os interesses coletivos.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 61), é a sua origem e o seu desenvolvimento que justificam a sua chamada bipolaridade:

Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei e do direito (incluindo princípios e valores previstos explícita e ou implicitamente na Constituição); é a aplicação, ao direito público, do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular.

Desta feita, pode-se definir regime jurídico administrativo como o conjunto de direitos (prerrogativas) e obrigações (restrições) impostas ao Estado e que o diferencia do particular, haja vista a busca do interesse público.

As prerrogativas existem em prol da administração e visam o bom atendimento do interesse público. A principal prerrogativa dada à Administração Pública é representada pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Ele confere à Administração Pública certa autoridade que lhe possibilita fazer coisas que os particulares, nas suas relações jurídicas, não podem. Isso ocorre porque o Estado não atua numa posição de igual para com o particular, mas sim numa posição de superioridade vertical. Como exemplo, podemos citar o fato de a Administração Pública poder desapropriar bens e criar obrigações aos administrados, independentemente de seu consentimento, desde que o faça, é claro, visando sempre ao bom atendimento do interesse público.

As sujeições visam resguardar o indivíduo para que ele não seja atingido em sua liberdade por atos ilegais da administração. Dentre as sujeições, a principal é aquela representada pelo princípio da legalidade, pelo qual a administração só pode fazer aquilo que a lei expressamente autoriza. O princípio da indisponibilidade do interesse público também configura uma restrição à Administração Pública, pois o administrador não poderá atuar de acordo com a sua

vontade, mas somente de acordo com os estritos limites legais.

Percebe-se, portanto, que tanto as prerrogativas quanto as restrições são expressadas sob a forma de princípios.

2.5.2 Princípios da Administração Pública

Dos princípios mencionados, alguns são princípios constitucionais expressos, elencados nos artigos 37, caput, e 111, ambos da Constituição Federal. São os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, acrescentado ao texto constitucional pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, e os da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público.

2.5.2.1 Supremacia do interesse público sobre o interesse particular

O princípio da supremacia do interesse público, intimamente relacionado ao princípio da finalidade pública, pode ser invocado sob dois aspectos. Num primeiro aspecto, ele se dirige ao legislador e ao administrador, determinando que eles sejam guiados pelo interesse público quando da elaboração, da aplicação da lei, visando sempre ao seu bom atendimento. Num segundo aspecto, ele significa que, se houver conflito entre interesse público e interesse particular, deve prevalecer sempre o interesse público.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 59), “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados sem sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”.

No entanto, pode-se dividir o interesse público em primário e secundário. O interesse público primário é “o resultado da soma dos interesses individuais enquanto partícipes de uma sociedade, também denominados interesses públicos propriamente ditos” (MARINELA, 2010, p. 28). De outra banda, o interesse público secundário “consiste nos anseios do Estado, considerado como pessoa jurídica, um simples sujeito de direitos; são os interesses privados desse sujeito” (MARINELA, 2010, p. 28).

Fernanda Marinela (2010, p. 29) ressalta, ainda, que:

(...) o Estado, da forma como foi concebido no ordenamento jurídico brasileiro, só poderá defender seus próprios interesses privados (interesses secundários) quando não existir conflito com os interesses públicos primários. Nesse sentido, brilhantes são as palavras de Renato Alessi esclarecendo que os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 66) explica que, quando dá à Administração poder para desapropriar, requisitar ou intervir, o legislador o faz para que haja um bom atendimento aos interesses gerais, que não podem ceder diante do interesse particular. Assim, se o administrador usar de tais poderes para beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, prejudicar um inimigo político, estará havendo uma prevalência dos interesses particulares sobre o interesse público e, conseqüentemente, um desvio da finalidade pública prevista em lei que tornará o ato praticado ilegal.

É em razão da supremacia do interesse público em face do interesse particular que “a Administração terá posição privilegiada em face dos administrados, além de prerrogativas e obrigações que não são extensíveis aos particulares” (MARINELA, 2010, p. 27).

No entanto, conforme advertido por Diógenes Gasparini (2006, p. 20), “a Administração deve obediência ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito (...), que são limites expressos no texto constitucional” e, por tal razão, a aplicação do princípio da supremacia do interesse público não significa total desrespeito ao interesse privado.

2.5.2.2 Indisponibilidade do interesse público

Este princípio decorre do princípio anterior e significa que o interesse público não pode ser colocado ao administrador como algo que ele pode dispor. O administrador não pode deixar, então, de tomar as providências que a lei estabelece.

No art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.784/99, fica claro que o interesse público é irrenunciável pela autoridade administrativa, pois é vedada, de forma expressa, a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei. Isto se dá porque a disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à guarda e realização das pessoas administrativas “está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso, a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental” (DI PIETRO, 2010, 66).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 66), por não poder dispor dos interesses públicos tutelados, os poderes que são atribuídos à Administração Pública possuem caráter de poder-dever e, em razão disso:

(...) a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público.

Percebe-se, portanto, que o princípio em análise limita a atuação do agente público, “revelando-se um contrapeso à superioridade descrita no princípio da supremacia, podendo se afirmar que, em nome da supremacia do interesse público, o Administrador pode muito, pode quase tudo, mas não pode abrir mão do interesse público” (MARINELA, 2010, p. 28).

2.5.2.3 Legalidade

Este princípio deve ser analisado sob dois enfoques, pois, enquanto na administração privada é lícito fazer tudo aquilo que não é proibido pela lei, na administração pública só é possível fazer aquilo que a lei autoriza.

Quando aplicado ao particular, o princípio da legalidade é meramente pontual, pois, para ele, tudo o que não é proibido é permitido.

Por outro lado, quando é aplicado à Administração Pública, o princípio da legalidade é pleno, integral, pois o administrador somente pode fazer aquilo que a lei expressamente autoriza.

Essa distinção se dá porque, nas relações travadas entre os particulares, prestigia-se a autonomia da vontade, estabelecendo uma relação de não contradição à lei, enquanto na atuação da Administração Pública institui-se um critério de subordinação à lei.

A legalidade, como princípio da Administração Pública, nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal, significa que, no exercício de suas funções, o administrador público está “sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso” (MEIRELLES, 2009, p. 89).

Outrossim, conforme explicado por Fernanda Marinela (2010, p. 32), atualmente, tem-se entendido que este princípio não condiciona o administrador somente à aplicação da lei, mas também das regras constitucionais, pois entende-se que a expressão legalidade é utilizada em sentido amplo. A consequência desse entendimento é que o controle de legalidade do ato administrativo pode se dar em face de qualquer espécie normativa, inclusive frente aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, dentre outros.

2.5.2.4 Presunção de legitimidade e veracidade

Embora parte da doutrina fale em presunção de legitimidade ou de veracidade dos atos administrativos, como se as expressões fossem sinônimas, elas não o são.

Pela presunção de legitimidade dos atos administrativos, considera-se que os atos administrativos foram praticados de acordo com a lei. Isso se dá porque a Administração está submetida ao princípio da legalidade e, em razão disso, até que se prove o contrário, presume-se que ela respeitou o disposto legalmente.

Pela presunção de veracidade, a seu turno, presume-se que os fatos alegados pela Administração quando da prática do ato sejam verdadeiros.

Em razão delas, “as decisões administrativas são de execução imediata” (DI PIETRO, 2010, p. 68), ou seja, produzem seus efeitos desde a sua edição. Como exemplo, tem-se uma certidão de antecedentes criminais (ato administrativo enunciativo): se constar erroneamente um antecedente criminal, esta informação surtirá efeitos até que seja atacada, pois presume-se que seu conteúdo seja autêntico, isto é, que ele atesta a verdade.

Assim, em razão deste princípio, qualquer ato administrativo enquanto não atacado é presumido legítimo.

2.5.2.5 Impessoalidade

Em síntese, o princípio da impessoalidade impõe ao administrador uma conduta neutra: ele não pode se utilizar da função pública para beneficiar a si próprio ou para beneficiar ou prejudicar terceiros.

Em razão deste princípio, a Administração tem que tratar a todos os

administrados “sem discriminações, benéficas ou detrimetosas. Nem favoritismo, nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa” (MELLO, 2009, p.114).

Outrossim, impõe-se à Administração Pública um tratamento igual a todos os que estejam na mesma situação fática e jurídica. “Isso significa que os desiguais em termos genéricos e impessoais devem ser tratados desigualmente em relação àqueles que não se enquadram nessa situação” (MEIRELLES, 2009, p. 94).

Percebe-se, portanto, que este princípio está intimamente ligado ao princípio da finalidade e da igualdade, sendo dirigido aos administrados.

Quando analisado sob o enfoque da própria Administração, o princípio da impessoalidade significa, segundo José Afonso da Silva (2003, p. 647), que “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública”. Assim, quando o agente atua, atua, na verdade, o próprio órgão e a pessoa jurídica a que ele pertence, imputando a sua atuação a este último e não a ele próprio. Exemplo disso é que, nos termos do art. 37, § 1º, da Constituição Federal, a publicidade dos órgãos a respeito dos seus programas não pode ser feita para promover a autoridade.

Por fim, a título exemplificativo, insta consignar que é este princípio que, “atrelado a outros princípios como a moralidade, a eficiência e a isonomia, respalda também as proibições para a prática do nepotismo na Administração Pública, com o objetivo de afastar este tipo de improbidade do sistema e as facilidades adquiridas em razão do parentesco” (MARINELA, 2010, p. 35).

2.5.2.6 Publicidade

O princípio da publicidade impõe “a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos” (MEIRELLES, 2009, p. 95) e, portanto, “a publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e

moralidade” (MEIRELLES, 2009, p. 96).

A justificativa da existência deste princípio é o fato de que “o administrador exerce função pública, atividade em nome e interesse povo, por isso, nada mais justo que o titular desse interesse tenha ciência do que está sendo feito com os seus direitos” (MARINELA, 2010, p. 39).

Em regra, a Administração deve dar publicidade ao que faz, ou seja, deve prestar conta de seus atos para a sociedade, nos termos dos artigos 5º, inciso LX, e 93, inciso X, ambos da Constituição Federal. Excepcionalmente, nas hipóteses descritas na legislação, admite-se o sigilo.

Sobre o descumprimento deste princípio, Hely Lopes Meirelles (2009, p. 98) explica que “os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos como se expõem a invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade”. No entanto, “a doutrina moderna reconhece que a falta de publicidade não retira a validade do ato, funcionando como fator de eficácia” (MARINELA, 2010, p. 39) e, dessa forma, a não observância do princípio da publicidade não acarreta a anulação do ato, pois ele apenas condiciona o efeito erga omnes do ato administrativo. Isto significa que, enquanto não for publicado, o ato administrativo não poderá produzir efeitos no ordenamento jurídico, embora esteja perfeito, válido e acabado.

2.5.2.7 Eficiência

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da eficiência pode ser analisado sob dois aspectos:

(...) pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de

organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo o objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

A eficiência consiste “na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a conseqüente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo” (MARINELA, 2010, p. 42).

É em nome deste princípio, inclusive, que se descentraliza a atividade administrativa, criando-se autarquias, por exemplo. Isso se dá porque se supõe que uma pessoa que vai exercer somente uma determinada atividade a fará de modo mais eficiente.

Contudo, insta consignar que o princípio da eficiência “se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles” (DI PIETRO, 2010, p. 84). Assim, não se pode violar o princípio da legalidade para se buscar uma maior eficiência.

2.5.2.8 Motivação

Em que pese não esteja previsto expressamente na Constituição Federal, entende-se, majoritariamente, que, em razão deste princípio, os atos praticados pela Administração Pública devem ser motivados, ou seja, a Administração deve expor as razões de fato e de direito pelas quais praticou o ato, seja ele vinculado ou discricionário.

Sobre o tema, Hely Lopes Meirelles (2010, p. 102) afirma que:

Se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, claro está que todo ato do Poder Público deve trazer consigo a demonstração de sua base legal e de seu motivo. Assim como todo cidadão, para ser acolhido na sociedade, há de provar sua identidade, o ato administrativo, para ser bem recebido pelos cidadãos, deve patentear sua

legalidade, vale dizer, sua identidade com a lei. Desconhecida ou ignorada suas legitimidade, o ato da autoridade provocará sempre suspeitas e resistências, facilmente arredáveis pela motivação.

Isto se dá porque a motivação é “formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos” (DI PIETRO, 2010, p. 81), ou seja, é ela quem permite a subsunção do fato concreto à lei. Na sua ausência, o ato não conterá conteúdo jurídico, o que dificultará o controle garantido pela Constituição Federal no seu art. 5º, inciso XXXV.

Por fim, importante ressaltar que, de acordo com a teoria dos motivos determinantes, ocorrendo a motivação, as razões de fato e de direito ficam absolutamente vinculadas umas às outras. Isto significa que a ocorrência do fato condiciona o efeito do ato administrativo: sendo falso ou inexistente o fato, o ato não produzirá efeitos.

2.5.2.9 Razoabilidade e proporcionalidade

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade constituem o chamado princípio da proibição de excesso, pois objetivam “aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais” (MEIRELLES, 2010, p. 94).

Para a doutrina majoritária, estes princípios existem tão somente nos atos administrativos discricionários.

Ato administrativo discricionário é aquele que possibilita ao administrador uma liberdade de atuação, segundo o que a lei estabeleceu: diante de uma situação concreta, o administrador pode agir de uma ou outra maneira.

Nos atos administrativos vinculados ou regrados, estes princípios não se fazem presentes porque a lei já disse, de antemão, o que era razoável, o que era

proporcional, ou seja, o próprio legislador fez o juízo de valores que o administrador fará quando da prática de um ato administrativo discricionário.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989, p. 37-40), com a aplicação destes princípios nos atos discricionários, pretende-se “considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos”. Tem que haver, portanto, uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro. Para este autor, a razoabilidade age como um limite tanto na avaliação dos motivos, quanto na escolha do objeto: “na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica”; “na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida”.

Isto se dá porque “agir discricionariamente não significa agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruentemente. A lei não protege, não encampa condutas insensatas, portanto terá o administrador que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal” (MARINELA, 2010, p. 49).

Decisões que violarem a razoabilidade não são apenas inconvenientes, mas também ilegais e ilegítimas, porque ofendem a finalidade da lei, um princípio constitucional implícito. Assim, malgrado não se reconheça o controle judicial da conveniência e oportunidade, da discricionariedade do administrador, “admite-se que o Poder Judiciário poderá interferir no mérito do ato administrativo, limitando a sua liberdade, quando existir violação à razoabilidade, ofendendo o texto constitucional e, conseqüentemente, o princípio da legalidade” (MARINELA, 2010, p. 49).

Outrossim, deve haver um equilíbrio entre os meios e os fins. “O agente público não pode tomar providências mais intensas e mais extensas do que as requeridas para os casos concretos, sob pena de invalidação, por violar a finalidade legal e, conseqüentemente, a própria lei” (MARINELA, 2010, p. 50).

2.5.2.10 Moralidade administrativa

O princípio da moralidade administrativa é composto por regras de boa administração, pela ideia de função administrativa, interesse do povo, de bem comum, impondo ao administrador uma atuação pautada na honestidade, na transparência, na boa-fé, na ética.

Segundo Hely Lopes Meirelles:

(...) tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos, os seus atos são infiéis à ideia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum.

Apesar de expressamente previsto na Constituição Federal, no seu art. 37, caput, este princípio não possui conteúdo jurídico definido, preciso. “Esse fato constitui um obstáculo para o Poder Judiciário aceitar a possibilidade de invalidação de um ato por lesão apenas à moralidade administrativa. A maioria dos julgados a admite como uma agravante da ilegalidade e não como vício autônomo” (MARINELA, 2010, p. 38).

No direito administrativo, a moral ingressou através da chamada teoria do abuso do poder. Isto se dá porque, quando pratica o ato, o administrador o deve fazer de acordo com o interesse público. Se ele desvia esse fim, desapropriando, por exemplo, um bem para prejudicar um inimigo pessoal, sua conduta será não apenas ilegal, mas também imoral.

Conforme explicado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 77), o desvio de poder é uma hipótese de ilegalidade. “Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa”.

No entanto, ressalva-se que o princípio da moralidade administrativa não se confunde com o princípio da legalidade.

Um ato imoral, além de acarretar a invalidade do ato, é um ato improbo e suas consequências estão descritas no art. 37, § 4º, da Constituição Federal: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens, ressarcimento do erário, dentre outras, sem prejuízo da ação penal cabível.

2.5.2.11 Autotutela

Segundo este princípio, a Administração pode fazer um controle dos seus atos, podendo corrigir, de ofício, as irregularidades constatadas. A consequência deste controle pode, a seu turno, ser duas: o ato pode ser anulado, por ser ilegal, ou pode ser revogado, por não ser mais conveniente ao interesse público que ele continue produzindo efeitos.

Quando o ato é anulado, a anulação opera efeito *ex tunc*, pois a ilegalidade se faz presente desde a sua criação. Em razão disso, a Administração Pública não tem o dever de indenizar o particular, já que a ilegalidade do ato impediu a geração de direitos ou obrigações.

Ao contrário da anulação, no entanto, a revogação opera efeito *ex nunc* e, por ter existido perfeitamente antes da revogação, existe a possibilidade de a Administração Pública ter que indenizar o particular quando a revogação interferir diretamente na esfera de seus direitos.

Outrossim, “também se fala em autotutela para designar o poder que tem a Administração Pública de zelar pelos bens que integram o seu patrimônio, sem necessitar de título fornecido pelo Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2010, p. 70).

2.5.2.12 Controle judicial

Este princípio está previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que consagra a inafastabilidade do controle judicial. Segundo ele, toda lesão ou ameaça de lesão pode ser levada a apreciação pelo Poder Judiciário, mesmo que ela tenha sido praticada pela Administração Pública.

No Brasil, tem-se o chamado sistema da jurisdição única, com moldes no modelo inglês, onde tudo se resolve definitivamente no Poder Judiciário. Na França, por exemplo, tem-se o sistema do contencioso administrativo, com tribunais próprios para decidir questões administrativas.

Em razão do sistema aqui adotado, em caso de ilegalidade e recusa da Administração Pública em anular o ato, o particular poderá se valer do Poder Judiciário para que seja declarada a ilicitude do ato administrativo.

Tal controle, contudo, não é absoluto.

Quando o ato administrativo for discricionário, o Poder Judiciário não pode controlar a própria discricionariedade, pois ele não possui condição, conhecimento técnico para tanto. No entanto, se o ato administrativo atentar contra o interesse público, ou porque é imoral, ou porque é ineficiente, o ato pode ser controlado com base nos princípios constitucionais, como já exposto.

2.6 Poderes da Administração Pública

Os poderes administrativos se encontram dentre as prerrogativas estabelecidas para a Administração Pública, constituindo “elementos indispensáveis para persecução do interesse público” (MARINELA, 2010, p. 189). Eles “nascem com a Administração e se apresentam diversificados segundo as exigências do

serviço público, o interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem” (MEIRELLES, 2010, p. 118).

Alguns doutrinadores utilizam a expressão deveres da Administração Pública para tratar deste assunto. Outros, falam em poderes-deveres ou deveres-poderes da Administração Pública. Isto se dá porque a Administração Pública tem o dever de transformar a vontade da lei em ato concreto, de cumprir a função executiva, administrativa.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 89):

Embora o vocábulo poder dê a impressão de que se trata de faculdade da Administração, na realidade trata-se de poder-dever, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis. Todos eles encerram prerrogativas de autoridade, as quais, por isso mesmo, só podem ser exercidas nos limites da lei.

São poderes da Administração Pública o poder normativo, o poder hierárquico, o poder disciplinar e o poder de polícia. A doutrina tradicional ainda acrescenta os poderes discricionário e vinculado. No entanto, não existe um poder que seja totalmente vinculado ou totalmente discricionário: o que existe são atos discricionários ou vinculados praticados com base nos outros poderes.

2.6.1 Poder normativo

Alguns autores falam em poder regulamentar. Prefere-se, no entanto, a expressão poder normativo porque ela é mais abrangente do que a expressão regulamentar, uma vez que a Administração, além do regulamento, pode editar resoluções, portarias, deliberações, instruções, editadas por autoridades que não o Chefe do Executivo, e regimentos, que estabelecem normas sobre o funcionamento interno de órgãos colegiados.

Por ser o instrumento mais importante do poder normativo, é o

regulamento que se destaca.

Ato normativo de competência privativa dos chefes do Poder Executivo, nas diversas esferas de governo, o regulamento se destina à fiel execução das leis. É veiculado por decreto, o que significa dizer que o decreto é a forma e o regulamento é o conteúdo.

Existe, na doutrina, discussão sobre as espécies de regulamento: de um lado, tem-se o regulamento autônomo e independente; de outro, o regulamento executivo ou para fiel execução das leis.

O primeiro, autônomo ou independente, inova originariamente na ordem jurídica, estabelecendo regras sobre situações não disciplinadas em lei.

O regulamento executivo ou para fiel execução das leis apenas explica uma lei já existente, não inovando originariamente na ordem jurídica e não podendo estabelecer normas contra legem ou ultra legem.

Nos países em que se admite o regulamento autônomo ou independente, ele só pode se referir a duas matérias: organização da Administração Pública ou matérias de sujeição, sendo destinado a algumas pessoas que estão em situação de qualificada submissão ao Estado, como os contratados, os servidores públicos.

No Brasil, tem-se somente o regulamento executivo para fiel execução das leis.

Contudo, existem opiniões no sentido de que há, aqui, um regulamento autônomo em matéria organizativa, em razão do disposto no art. 84, inciso VI, alínea a, introduzido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001. Este dispositivo confere competência ao Presidente da República para dispor, através de decreto, sobre matéria organizativa. A partir disto, alguns entendem que o Presidente, através de um ato administrativo infralegal, pode dispor sobre matéria organizativa.

No entanto, como já afirmado, é pacífico que, “excluída essa hipótese do art. 84, VI da CF/88, só existe no direito brasileiro, o regulamento de execução, hierarquicamente subordinado a uma lei, sendo ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo” (MARINELA, 2010, p. 193).

Qualquer que seja o ato normativo, ele “não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade” (DI PIETRO, 2010, p. 93). Os atos administrativos normativos são atos gerais, abstratos, com conteúdo de lei, mas sem forma de lei, uma vez que não passam pelo processo legislativo. Dessa forma, ele não pode contrariar o disposto em lei, mas tão somente explicitar o que já foi disciplinado.

Se o Administrador se exorbitar do poder regulamentar, nos termos do art. 49, inciso V, da Constituição Federal, o Congresso Nacional possui competência para sustar os atos normativos da Administração Pública.

Por fim, insta consignar que, muitas leis dependem de regulamentação para serem aplicadas e chegam, inclusive, a expressar essa necessidade em seus artigos finais. Segundo Hely Lopes Meirelles (2010, p. 131), se o poder executivo se omitir em regulamentar a lei e houver um prazo estabelecido para isto, decorrido este prazo, tudo o que for autoaplicável entrará em vigor. Contudo, se o poder executivo se omite e a lei realmente necessita de regulamentação, em tese, se for uma situação descrita no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, caberá mandado de injunção. Cabível, também, a chamada ação de inconstitucionalidade por omissão, que precisa, no entanto, ser proposta por um legitimado.

2.6.2 Poder hierárquico

A Administração Pública possui uma série de atribuições e responsabilidades. Por ser impossível a realização destas atribuições por um único órgão, por um único agente, Fernanda Marinela (2010, p. 196) explica que “a organização administrativa é baseada em dois pressupostos fundamentais: distribuições de competências e hierarquia”.

Assim, o poder hierárquico é aquele que dispõe a Administração “para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus

agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do que seu quadro pessoal” (MEIRELLES, 2010, p. 123).

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 95), deste poder, decorrem alguns subpoderes: a) poder de editar atos normativos de efeitos apenas internos, como portarias, ordens de serviços; b) poder de dar ordens e o correlato dever de obediência, desde que não seja uma ordem manifestamente ilegal, pois esta não deve ser cumprida; c) poder de fiscalizar os atos de seus subordinados. Nesta fiscalização, é possível anular os atos ilegais ou revogar os atos inconvenientes ou inoportunos ao interesse público; d) poder punir o subordinado que venha a cometer alguma infração; e) poder de delegar e de avocar atribuições: delegação é o trespasse de uma atribuição do superior para um subordinado exercê-la e avocação é o contrário daquela, ou seja, o superior retira uma atribuição do subalterno e a exerce, o que somente é possível nas situações em que a lei não diga que aquela atribuição é exclusiva daquela autoridade.

No entanto, existem algumas atividades administrativas que não estão sujeitas a hierarquia.

Isso ocorre nos órgãos consultivos, nos quais a autoridade competente para exarar seu parecer não está submetida a hierarquia. Na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, por exemplo, os procuradores que atuam nas Secretarias do Estado, na consultoria jurídica, emitindo pareceres sobre assuntos jurídicos, nessa atividade, eles não são hierarquizados, o que significa que a autoridade não pode direcionar a conclusão do parecer.

Também não ocorre a hierarquia quando a competência é atribuída a um órgão colegiado em caráter exclusivo. Dessa forma, o Tribunal de Impostos e Taxas, que possui competência para decidir os recursos dos contribuintes, também não estão sujeitos a hierarquia.

Nos Poderes Judiciário e Legislativo não há hierarquia no que se refere às suas atribuições institucionais, quais sejam, julgar e legislar, conforme explicado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 97):

No primeiro, há uma distribuição de competências entre instâncias, mas uma funcionando com independência em relação à outra; o juiz da instância

superior não pode substituir-se ao da instância inferior, nem dar ordens ou revogar e anular os atos por este praticados (...). No Legislativo, o exercício é orientado por uma repartição constitucional de competência, definindo as atribuições de cada ente da federação, não existindo qualquer poder de comando de uma ordem política em face da outra e, se desrespeitado o campo de atuação de cada ente, a norma será inconstitucional e deverá ser retirada do ordenamento jurídico através do controle de constitucionalidade.

No entanto, a partir da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, alguns doutrinadores passaram a entender que, no Poder Judiciário, em razão da possibilidade de ser editada a Súmula Vinculante, este princípio de que não haveria hierarquia na função institucional de julgar teria sido mitigado, já que o magistrado não poderá decidir em desacordo com a Súmula Vinculante, sob pena de se submeter a reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

2.6.3 Poder disciplinar

Este poder credencia a Administração Pública a apurar as infrações cometidas pelos agentes públicos e demais pessoas sujeitas a sua disciplina. Eventual punição de outras pessoas que não sejam agentes públicos e não estejam submetidas a disciplina interna da Administração tem fundamento no poder de polícia, como ocorre com as multas de trânsito.

Para os agentes públicos, o poder disciplinar decorre do poder hierárquico, ainda que não haja hierarquia funcional, como no Poder Judiciário: “se aos agentes superiores competem o comando e o dever de fiscalizar, é resultado natural a possibilidade de exigir o cumprimento das ordens e regras legais e, caso não ocorra, aplicar a respectiva penalidade” (MARINELA, 2010, p. 198).

O poder hierárquico é um poder discricionário. Contudo, não existe uma liberdade de atuação para a autoridade que lhe permita decidir entre agir e não agir, pois, quando ela toma conhecimento do cometimento de uma infração, ela tem o dever de dar início ao necessário para apuração dos fatos, sob pena de incorrer no

crime de condescendência criminosa, descrito no art. 320 do Código Penal.

Assim, a discricionariedade do poder disciplinar é limitada, podendo ser constatada em três situações: a) quanto ao procedimento: se a lei não estabelecer exatamente o procedimento, a autoridade terá certa liberdade de atuação quanto ao seu modo de proceder na apuração das infrações cometidas internamente; b) quanto à escolha da melhor pena para reprimir a infração cometida: é muito comum, no caso dos agentes públicos, existir mais de uma pena possível diante de uma infração descrita na lei. Assim, a autoridade deve verificar quem é a pessoa infratora, se ela é reincidente ou não, qual foi a gravidade da conduta praticada, quais foram as consequências do seu ato, para escolher a pena de acordo com este juízo; c) quando a lei, para se referir à infração, utiliza conceitos vagos, pouco precisos, como a clássica expressão 'falta grave': "são expressões imprecisas, de modo que a lei deixou à Administração a possibilidade de enquadrar os casos concretos em uma outra dessas infrações" (DI PIETRO, 2010, p. 95).

Desta feita, o poder disciplinar pode ser discricionário com relação a estes aspectos: procedimento, escolha da melhor punição e enquadramento do caso concreto nos conceitos vagos utilizados pelo legislador.

No entanto, embasando seu entendimento em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (MS 13083/DF, STJ – Tercira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Julgamento 13.05.2009, DJe 04.06.2009), que afirmou que "não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a servidor público", Fernanda Marinela (2010, p. 199) afirma que:

Apesar dessa valoração gerada pela lei na definição da infração praticada, para a escolha da sanção essa liberdade não existe. O estatuto determina que, uma vez definida a infração funcional, a sanção correspondente é a expressa na lei, não restando, portanto, discricionariedade para o Administrador, caracterizando, assim, uma decisão vinculada.

Insta consignar, por fim, que, com a Constituição Federal de 1988, firmou-se o entendimento de que não se pode punir com base na verdade sabida. O princípio da verdade sabida autorizava o superior a punir o subordinado quando ele tivesse conhecimento pessoal e direto da infração cometida. Era, por exemplo, o

caso de o superior flagrar o subordinado cometendo a infração e, naquele momento, puni-lo. Hoje, isto não é mais possível, ante o art. 5º, inciso LV, que assegura os direitos do contraditório e da ampla defesa também no âmbito administrativo.

2.6.4 Poder de polícia

O poder de polícia demonstra, de forma nítida, a bipolaridade do direito administrativo: de um lado, a Administração Pública, que quer atender ao interesse público e, para isso, é dotada de autoridade, de prerrogativas; de outro lado, os indivíduos, as pessoas que querem ver assegurada a sua liberdade e contam com as sujeições às quais a Administração Pública se sujeita.

Citando Themístocles Brandão Cavalcanti (1956, v. 3:6-7), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 114) explica que não há incompatibilidade entre os direitos individuais e os limites impostos pelo poder de polícia do Estado porque este “constitui um meio de assegurar os direitos individuais porventura ameaçados pelo exercício ilimitado, sem disciplina normativa dos direitos individuais por parte de todos”. Acrescenta, ainda, que se trata de “limitação à liberdade individual mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais ao homem”.

Através do poder de polícia, condiciona-se, restringe-se o exercício de direitos assegurados ao cidadão, uma vez que este deve ser compatível com o bem-estar social.

Para Hely Lopes Meirelles (2010, p. 133), o poder de polícia é “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais em benefício da coletividade e do próprio Estado”. Em linguagem menos técnica, o doutrinador explica que:

(...) o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a

atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem estar-social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.

Este poder se fundamenta na supremacia geral que a Administração Pública tem sobre os administrados. É o próprio princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Isso quer dizer que não há necessidade de que exista entre a pessoa que está submetida ao poder de polícia e a Administração Pública uma relação especial de sujeição por parte daquele em relação a esta, como existe, por exemplo, entre os agentes públicos e a administração a que ele se vincula.

Tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo exercem o poder de polícia. No entanto, em razão do princípio da legalidade, “é evidente que, quando se diz que o poder de polícia é a faculdade de limitar o exercício de direitos individuais, está-se pressupondo que essa limitação seja prevista em lei” (DI PIETRO, 2010, p. 117).

O poder legislativo elabora leis, limitando, administrativamente, a liberdade e a propriedade, como, por exemplo, através da lei de zoneamento urbano.

Através do Poder Executivo, a seu turno, a Administração Pública regulamenta as leis e controla a sua aplicação. Neste controle de aplicação das leis, ora ela age preventivamente, exigindo, por exemplo, que uma atividade só seja praticada quando se tem uma autorização, uma licença prévia, ora ela age repressivamente, interditando uma atividade, multando aquele que cometeu uma infração, dissolvendo uma passeata que tumultua a ordem pública.

2.6.4.1 Polícia administrativa e polícia judiciária

Costuma-se afirmar que a polícia administrativa é preventiva e a polícia judiciária é repressiva. Essa diferenciação, contudo, não é exatamente correta,

porque a polícia judiciária, reprimindo aquele que comete uma infração penal, é repressiva, mas ela é preventiva no que se refere ao interesse geral, porque, em tese, com a repreensão, previne-se que aquele indivíduo não irá mais cometer outros ilícitos.

A polícia administrativa ora é preventiva, ora é repreensiva. Se o interesse público já foi atacado, ela é repreensiva. Quando o fiscal da vigilância sanitária, por exemplo, verifica que, em uma farmácia, estão vendendo medicamentos com prazo de validade vencido e apreende esses medicamentos, está havendo, obviamente, a repreensão, do ponto de vista do farmacêutico. Contudo, do ponto de vista geral, esta havendo prevenção.

É muito impreciso, portanto, dizer que a polícia administrativa é preventiva e que a polícia judiciária é repreensiva.

O que realmente distingue a polícia administrativa da polícia judiciária é a ocorrência do ilícito penal. Citando Álvaro Lazzarini (in RJTJ-SP, v. 98:20-25), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 118) explica que “quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age”.

Assim, se ocorreu o ilícito penal, a polícia judiciária age. Enquanto ele ainda não ocorreu, somente entra em ação a polícia administrativa, considerando que tenha ocorrido um ilícito administrativo ou então que ela esteja agindo preventivamente. Por exemplo, uma passeata na Av. Paulista: se essa passeata extrapola o limite tolerável, passa a ser uma passeata que tumultua a ordem pública, sendo possível que a polícia administrativa venha agir, dissolvendo a passeata. Contudo, se as pessoas da passeata, além de estarem tumultuando a ordem pública, estiverem cometendo ilícitos penais, há razão para a atuação da polícia judiciária.

Portanto, o critério mais seguro para distinguir a polícia judiciária da polícia administrativa é verificar se já houve a ocorrência de ilícito penal.

Além disso, a polícia judiciária é privativa de “corporações especializadas (polícia civil e militar), enquanto a polícia administrativa se reparte entre diversos órgãos da Administração, incluindo, além da própria polícia militar, os

vários órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister” (DI PIETRO, 2010, p. 118).

2.6.4.2 Características

O poder de polícia possui determinadas características. Dentre elas, pode-se indicar a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade.

Quanto à discricionariedade, embora na maioria das vezes os atos praticados com base no poder de polícia sejam realmente discricionários, nem sempre é isto que ocorre, pois, em algumas hipóteses, “a lei já que estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração terá que adotar solução previamente estabelecida, sem qualquer possibilidade de opção” (DI PIETRO, 2010, p. 119).

A licença e a autorização são praticadas ambas com base no poder de polícia e são expressadas pelo ato chamado alvará, que é sua forma. A licença é um ato vinculado ou regrado praticado com base no poder de polícia. A autorização é um ato discricionário praticado também com base no poder de polícia. A licença, por ser ato vinculado, desde que o interessado preencha os requisitos legais para sua obtenção, não pode ser negada. Já a autorização, por envolver um juízo discricionário, pode ser deferida ou negada.

Dessa forma, “pode-se concluir que o poder de polícia é, em regra, discricionário, não sendo essa porém, regra absoluta, já que em algumas circunstâncias a sua atuação é vinculada” (MARINELA, 2010, p. 206).

Hely Lopes Meirelles, sobre o assunto, explica que:

ao conceituarmos o poder de polícia como faculdade discricionária não estamos reconhecendo à Administração qualquer poder arbitrário. Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Discricionariedade é liberdade de agir dentro dos limites legais; arbitrariedade é ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder. O ato discricionário,

quando se atém aos critérios legais, é legítimo e válido; o ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido; nulo, portanto.

Pela autoexecutoriedade, por sua vez, a Administração Pública pode por em prática as suas decisões sem necessidade de buscar ao Poder Judiciário qualquer autorização prévia. Então, a Administração pode autuar quem estiver cometendo uma infração, pode interditar uma fábrica que esteja causando excesso de poluição, pode dissolver uma passeata que esteja tumultuando a ordem pública.

É lógico que, “se o particular se sentir agravado em seus direitos, poderá reclamar, via adequada, ao Judiciário, que intervirá oportunamente para a correção de eventual ilegalidade administrativa ou fixação de indenização que for cabível” (MEIRELLES, 2011, p. 139).

Contudo, importante se fazer uma ressalva no que se refere à imposição e à cobrança das multas. As multas até podem ser impostas, mas a cobrança delas depende do ajuizamento de uma ação no Poder Judiciário. A Administração não pode ir ao bolso do devedor e retirar o dinheiro. Em razão disso, costuma-se dizer que a multa não é dotada de autoexecutoriedade.

Há autores que desdobram o atributo da autoexecutoriedade em dois: em exigibilidade e executoriedade.

Pela exigibilidade, a Administração pode obrigar o particular, independentemente de sua concordância, e pode até usar de meios indiretos de coação. Por exemplo: a Administração autua o particular e posteriormente vem a multar este particular. A concordância do particular, aqui, é irrelevante. A administração tomou uma decisão exigível e pode até usar de meios indiretos de coerção para fazer com que a decisão seja cumprida.

Pela executoriedade, a Administração pode ela mesma colocar em prática aquilo que ela decidiu, usando até mesmo de meios diretos de coerção. Em que pese a exigibilidade seja regra na atuação do poder de polícia, o mesmo não ocorre com a executoriedade, que exige algumas peculiaridades (MARINELA, 2010, p. 207):

(...) como a autorização expressa em lei, ou ainda, o caráter urgente da

medida como condição inafastável para proteção do interesse público, evitando sacrifícios para a coletividade, o que seria consequência inevitável se tivesse que se submeter às delongas naturais do Judiciário.

A coercibilidade, por sua vez, credencia a Administração Pública a impor coativamente aos administrados aquela decisão tomada, utilizando-se, também, da força física, se necessário e na medida em que o for. Na verdade, quando se divide o atributo da autoexecutoriedade em exigibilidade e em executoriedade, a coercibilidade fica praticamente fundida com a executoriedade, fica intimamente relacionada a ela.

Por fim, importante a ressalva feita por Fernanda Marinela:

Esses atributos não impedem que o particular, contrariado com o ato de polícia, recorra ao Poder Judiciário, seja para impedir as providências administrativas que tenha fundado receio de vir a sofrer e que estejam em desconformidade com a lei, seja para obter as reparações devidas quando a atuação ilegal da Administração causar danos. Os remédios constitucionais, como o mandado de segurança ou habeas corpus, são meios especialmente eficazes para a defesa dos interesses do particular.

Assim, percebe-se que o poder de polícia não legitima toda e qualquer ação do administrador, uma vez que, sendo ato administrativo, submete-se aos controles vigentes, tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito judicial.

2.6.4.3 Limitações

O poder de polícia, ainda que seja discricionário, encontra limites, que, segundo Hely Lopes Meirelles (2010, p. 137), “são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo assegurados na Constituição da República. Vale dizer, esses limites decorrem da Constituição Federal, de seus princípios e da lei”.

O poder de polícia, malgrado possa condicionar e restringir, jamais

poderá suprimir os direitos individuais. Assim, a fim de que isso não ocorra, fala-se em três limites: o limite da eficácia, o da proporcionalidade e o da necessidade.

Pelo limite da necessidade, o ato de polícia deve ser praticado se o interesse público estiver sendo lesado ou ameaçado de lesão. Se o interesse público não está sendo lesado ou ameaçado, não há necessidade do ato de polícia. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público”.

O limite da proporcionalidade impõe a autoridade que escolha a medida de polícia mais ajustada para atender a finalidade estabelecida por lei. Por exemplo, se apenas o setor de uma fábrica causa excesso de poluição, não será proporcional uma interdição de toda a fábrica. Assim, percebe-se o limite da proporcionalidade “significa a exigência de uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado” (DI PIETRO, 2010, p. 122).

Pelo limite da eficácia, o ato de polícia praticado deve ser eficaz ao resguardo do interesse público, ou seja, “a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público” (DI PIETRO, 2010, p. 122): não pode ser uma medida severa nem branda demais. Desta feita, não seria eficaz multar uma fábrica que causa excesso de poluição pela quinta vez quando nenhuma das multas anteriores causou qualquer consequência no sentido de impedir o excesso de poluição.

3 ATO ADMINISTRATIVO

3.1 Conceito

A lei não definiu o conceito de ato administrativo, deixando-o para os estudiosos de direito.

Pode se afirmar que o ato administrativo é uma espécie do gênero ato jurídico. O art. 81 do Código Civil de 1916 conceituava ato jurídico como “todo lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”. Para que se possa fazer uma distinção entre o gênero (ato jurídico) e a espécie (ato administrativo), basta que se acrescente o Estado como expedidor do ato e o regime jurídico de direito público a que este ato se submete, o que inclui a finalidade do interesse público a atingir.

Para Hely Lopes Meireles (2008, p. 152), “ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”.

Do conceito, verifica-se que nem todos os atos praticados pela Administração são considerados atos administrativos.

Para o serem, não basta que a manifestação seja unilateral. É preciso que a Administração, ao praticar o ato, esteja investida em função administrativa, ou seja, esteja atuando sob o regime jurídico do direito público.

Assim, somente será “ato administrativo” aquela atitude praticada pela Administração que for regida pelas normas do regime de direito público. Qualquer manifestação que não tenha o objetivo de tutelar e atender ao interesse público será considerada outro ato, que não administrativo.

Exemplificando: quando emite um cheque, a Administração é colocada em situação equiparada ao particular, razão pela qual a simples emissão de um

título de crédito não pode ser considerada ato administrativo, já que desprovida de interesse público.

Do mesmo modo, não são atos administrativos os atos de governo, também chamados de atos políticos, os quais “inegavelmente trazem repercussões jurídicas, mas não se inserem no conceito de ato administrativo, porque possuem predominância política no tocante à finalidade por eles almejada” (PESTANA, 2008, p. 216).

3.2 Atributos ou características

A espécie “ato administrativo” possui atributos, características que lhes são peculiares e exclusivas e, portanto, não estão presentes nos demais atos jurídicos.

Tais atributos são desdobramentos de um princípio que rege o direito administrativo, qual seja, o princípio da supremacia do interesse público. Em razão deste, é possível afirmar que os interesses da coletividade se sobrepõem aos interesses individuais, justificando o fato de o Estado não atuar de igual para igual com o particular.

Assim, “tanto as limitações que a tolhem, quanto os favores que a adornam não visam senão a conformá-la e habitá-la ao rigoroso alcance de seus fins” (MELLO, 2010, p. 417), uma vez que sem essas prerrogativas, o Estado não assumiria a sua posição de supremacia sobre o particular.

Dentre tais atributos, ressaltam-se a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade, a auto-executoriedade e a tipicidade.

3.2.1 Presunção de legitimidade e veracidade

O atributo de presunção de legitimidade, também conhecido como presunção de legalidade ou de veracidade, significa, basicamente, que, até que se prova o contrário, o ato administrativo praticado pela Administração presume-se válido e eficaz para o Direito.

Estas presunções têm o escopo de garantir segurança jurídica, celeridade e eficiência aos atos administrativos, pois desde o seu nascimento, o ato já estará hábil a produzir seus efeitos.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 183), há cinco fundamentos que justificam essas presunções:

1. o procedimento e as formalidades que precedem a sua edição, os quais constituem garantia de observância da lei;
2. O fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que a autoridade que pratica o ato o faz com o consentimento de todos;
3. A necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos, já que eles têm por fim atender ao interesse público, sempre predominante sobre o particular;
4. O controle a que se sujeita o ato, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado, sempre com a finalidade de garantir a legalidade;
5. A sujeição da Administração ao princípio da legalidade, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados de conformidade com a lei, já que cabe ao poder público a sua tutela.

Ambas as presunções são relativas, isto é, admitem prova em contrário. No entanto, embora sejam dotadas dessa característica comum, não se pode afirmar que se tratam de expressões sinônimas.

Pela presunção de legitimidade, “presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei”; pela presunção de veracidade, “presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração” (DI PIETRO, 2007, p. 183).

Elas resultam na inversão do ônus de agir e do ônus da prova. O ônus de agir se inverte porque caberá ao interessado provocar o Poder Judiciário, buscando a anulação do ato que a seu ver for contrário à lei. Em razão da inversão

do ônus da prova, caberá ao interessado demonstrar a existência de vício que macule o ato praticado.

3.2.2 Imperatividade

A imperatividade, por sua vez, é a capacidade que o ato administrativo tem de constituir, unilateralmente, obrigações aos administrados. Assim, para vincular os administrados, a concordância ou anuência destes é irrelevante, uma vez que os eles estão compelidos a suportar os efeitos do ato administrativo.

Os particulares possuem apenas o poder de auto-obrigação, não podendo criar obrigações para terceiros sem a manifestação de vontade destes. É o chamado poder introverso.

A Administração Pública, por agir visando o interesse da coletividade, tem o poder de criar obrigações tanto para si quanto para outrem, ainda que de forma unilateral.

Justamente por isso, Renato Alessi chama a imperatividade de poder extroverso, já que ela “permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações” (*apud* MELLO, 2010, p. 419).

Contudo, nem todos os atos administrativos são dotados deste atributo. É o caso dos atos que conferem direitos solicitados e dos atos meramente enunciativos. Tais atos não impõem qualquer tipo de obrigação ao administrado: naqueles, o próprio administrado solicitou uma decisão da Administração; nestes, o ato apenas declara a existência de um direito, por exemplo.

3.2.3 Auto-executoriedade

Em razão da auto-executoriedade, “o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2007, p. 185).

No entanto, para uma melhor elucidação, a doutrina subdivide a auto-executoriedade em exigibilidade e executoriedade. A exigibilidade possibilita à Administração Pública colocar em prática aquilo que decidiu, sem que tenha que recorrer ao Poder Judiciário, através de meios indiretos de coação, ou seja, de punições administrativas. A executoriedade, a seu turno, possibilita à Administração o uso de meios diretos de coação, como a força física.

A executoriedade propriamente dita, no entanto, existirá apenas quando estiver prevista expressamente na lei ou quando a execução imediata do ato for indispensável para resguardar o interesse público. Portanto, ela “é um plus em relação à exigibilidade, de tal modo que nem todos os atos exigíveis são executórios” (MELLO, 2010, p. 420).

Hely Lopes Meireles (2008, p. 164), em que pese não distinga expressamente executoriedade e exigibilidade, afirma que executoriedade e auto-executoriedade não são expressões sinônimas, “porque o prefixo ‘auto’ é o que indica a condição de o ato ser executável pela própria Administração. Executoriedade não tem, pois, o mesmo significado de auto-executoriedade, que é o atributo de certos atos administrativos”.

3.2.4 Tipicidade

Por fim, pelo atributo da tipicidade, o ato administrativo deve se ajustar àquele estipulado em lei para atender àquela finalidade legal, isto é, “para cada

finalidade que a Administração pretende alcançar, existe um ato definido em lei” (DI PIETRO, 2007, p. 186).

Por trás de todo e qualquer ato administrativo, existe uma norma de direito que o legitima e o individualiza, o que significa dizer que o fundamento do ato é justamente a validade da lei. Para tanto, o ato administrativo praticado deve se amoldar àquele padrão abstrato imposto pela sua base de sustentação.

Percebe-se, portanto, que este atributo possui ligação com o princípio da legalidade, garantindo ao administrado que o administrador não vai praticar atos imperativos e autoexecutórios sem que haja previsão legal.

3.3 Elementos

Em que pese as divergências doutrinárias sobre o assunto, predomina o entendimento clássico, defendido por Hely Lopes Meireles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, de que o ato administrativo é composto por cinco elementos, também chamados de requisitos: o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade.

Esta corrente se baseia no fato de o legislador, quando editou a Lei n. 4.717, em 1965, no seu art. 2º, ter estabelecido que seriam nulos os atos que contivessem incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência de finalidade.

3.3.1 Sujeito

No direito privado, nos termos do artigo 104 do Código Civil, para que o ato jurídico seja válido, basta que o seu sujeito tenha capacidade. Contudo, como o

ato administrativo é um ato jurídico especializado, o sujeito, aqui, além de ser capaz, deve ser competente. Em razão disso, a expressão competência é falha, pois não abrange a capacidade também exigida.

Enquanto a capacidade é regulada pela legislação civil, a competência das pessoas políticas é estabelecida pela Constituição Federal, sendo que as leis infraconstitucionais distribuem tais funções entre os órgãos administrativos e, conseqüentemente, entre seus agentes públicos.

Dentro da Administração Pública, têm-se dois tipos de órgãos: os que são criados por leis e os que são criados pela própria Administração. Dentre eles, “somente se pode falar em incompetência propriamente dita (como vício do ato administrativo), no caso em que haja sido infringida a competência definida em lei” (DI PETRO, 2007, p. 189), ou seja, a incompetência meramente administrativa não é suficiente para ensejar a nulidade do ato praticado.

A competência exigida para a prática do ato administrativo tem natureza de ordem pública, não podendo ser alterada pelas partes ou renunciada, muito menos presumida, uma vez que deve ser expressamente outorgada pela lei.

Mesmo que o agente a quem ela foi outorgada não a utilize, a competência não será transferida a outrem, nem será extinta, a não ser por vontade da própria lei.

Assim, não é qualquer pessoa que possui competência para praticar o ato administrativo, mas somente quem a lei determina que o é.

3.3.2 Objeto

O objeto, também chamado de conteúdo, “é o efeito jurídico imediato que o ato produz” (DI PIETRO, 2007, p. 189). É aquilo que se cria, que se modifica, que se extingue.

Assim como no direito privado, o objeto deve ser lícito, “deve guardar

estrita conformação com o quanto a respeito a lei dispuser” (PESTANA, 2008, p. 218); deve ser possível, isto é, realizável; deve ser certo, definido quanto aos destinatários, aos efeitos, ao tempo e ao lugar; e deve, também, ser moral.

Sobre a licitude do conteúdo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 394) vai além, afirmando que ele deve ser “permitido ou imposto, conforme o caso, pela lei. É que pelo princípio da legalidade no Direito Administrativo (...), exige não apenas relação de não-contradição com a lei, mas demanda relação de subsunção, isto é, de conformidade com a lei”.

3.3.3 Forma

Analisando o art. 104 do Código Civil, verifica-se que a validade do ato jurídico regulado pelo direito privado requer forma prescrita ou não defesa em lei. O ato jurídico administrativo, ao contrário, não possui tal liberalidade, devendo sempre possuir forma estritamente prevista em lei.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 192), “na concepção restrita de forma, considera-se cada ato isoladamente; e, na concepção ampla, considera-se o ato dentro de um procedimento”.

Assim, a forma, em sentido amplo, é o modo pelo qual o ato se exterioriza. Em sentido estrito, além de ser a exteriorização, envolve os procedimentos, as formalidades prévias exigidas quando da prática do ato.

Normalmente, a forma do ato administrativo é a forma escrita, mas são admissíveis tanto as ordens verbais, como as do superior para o subalterno, quanto os sinais convencionais, como é o caso dos sinais de trânsito, e o silêncio, quando a lei atribuiu alguma consequência a ele.

O efeito da inobservância da forma é a nulidade do ato, já que a forma do ato administrativo configura uma garantia jurídica não só para o administrado, mas também para a Administração Pública. É a forma que faz com que o ato

praticado pela Administração Pública se revista de fé-pública. Logo, deve ela ser estritamente observada.

Contudo, conforme disciplinado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 412 e 413), “violação de normas de mera ‘padronização’ acarretará apenas sanção para o agente faltoso (...), mas nenhuma interferência terá quanto à validade do ato”.

3.3.4 Motivo

O motivo, a seu turno, é o pressuposto de fato e de direito que embasa a prática do ato. Pressuposto de fato são as circunstâncias ocorridas, enquanto o pressuposto de direito é o fundamento legal que embasa o ato.

Também ligada ao motivo, está a motivação, que é a exposição dos motivos que levaram a Administração Pública a praticar determinado ato.

Percebe-se, portanto, que o motivo é o conteúdo da motivação e a motivação é a demonstração de que o motivo se subsume à lei.

Por tal razão, em que pese os posicionamentos em contrário, a motivação se faz necessária tanto nos atos vinculados quanto nos atos discricionários.

O raciocínio de Celso Spitzcosky (2003, p. 47), sobre o assunto, é bem pertinente. Analisando o art. 93, incisos IX e X, da Constituição Federal, que estabelece a necessidade de o Poder Judiciário fundamentar todas as suas decisões, ele afirma que “se até mesmo para o exercício de funções atípicas pelo Judiciário a Constituição Federal exige a fundamentação, a mesma conclusão de aplica, com maior razão, para a Administração Pública quando no exercício da sua função típica ou principal”.

Com efeito, o ato é vinculado quando a lei estabelece, “previamente, um único comportamento possível de ser adotado em situações concretas, não

existindo, pois, nenhum espaço para a realização de um juízo de conveniência e oportunidade” (SPITZCOVSKY, 2003, p. 87). Por exemplo, quando uma servidora que está grávida formula pedido de licença gestante, o administrador é obrigado a conceder a licença pelo prazo de 120 dias. O pressuposto de fato, aqui, está previsto legalmente e, quando o ato for expedido, deve-se expor este fato, uma vez que a prática do ato está condicionada à sua existência.

No ato discricionário, por sua vez, “a lei não prevê um único comportamento possível de ser adotado em situações concretas, abrindo, por consequência, espaço para que o administrador estabeleça um juízo de conveniência e oportunidade” (SPITZCOVSKY, 2003, p. 87). Exemplo típico é a escolha da punição que será imposta ao servidor que comete uma infração: o administrador deve fazer um juízo de valor sobre a gravidade da infração, os danos suportados, para então escolher a punição que será imposta ao infrator. Neste caso, há uma discricionariedade, uma liberdade de atuação do administrador, que pode escolher entre um ou outro objeto do ato administrativo, desde que respeite os limites legais.

No entanto, em que pese se faça necessário em ambos os atos, não se pode negar que é no ato discricionário que a motivação se faz mais relevante, pois a escolha do administrador deve ser justificada, de modo que reste demonstrado que a escolha do conteúdo do ato se deu com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A relevância do motivo, para o ato administrativo, fica evidenciada, inclusive, pela teoria dos motivos determinantes, segundo a qual, “a partir do instante em que o ato foi editado, devidamente acompanhado dos motivos que deram origem, fica o administrador vinculado a eles durante sua execução, não podendo deles se afastar, como regra geral” (SPITZCOVSKY, 2003, p. 48). Assim, se os motivos argüidos forem inexistentes ou não forem verdadeiros, o ato poderá ser anulado.

3.3.5 Finalidade

Por fim, tem-se o elemento finalidade, que corresponde ao bem jurídico objetivado pelo ato administrativo e subdivide em finalidade genérica e finalidade específica.

A finalidade genérica é idêntica para todo e qualquer ato administrativo e consistente no atendimento do interesse público.

A finalidade específica, por sua vez, como o próprio nome já diz, é específica para cada ato, que deve atender a finalidade especialmente prevista na lei, isto é, “por via dele só se pode buscar a finalidade que lhe é correspondente, segundo o modelo legal” (MELLO, 2010, p. 405).

Contudo, para que a finalidade específica seja válida, necessário que ela esteja em consonância com a finalidade genérica. Se ela for contrária ao interesse público, configurar-se-á desvio de finalidade, o que ensejará a nulidade do próprio ato.

Assim, a finalidade é o objetivo de interesse público pretendido com a prática do ato.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 194) distingue o objeto da finalidade e esta do motivo:

Enquanto o objeto é o efeito jurídico imediato que o ato produz (aquisição, transformação ou extinção de direitos), a finalidade é o efeito mediato. Distingue-se do motivo, porque este antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. Já a finalidade sucede à prática do ato, porque a algo que a Administração quer alcançar com a sua edição. Tanto motivo como finalidade contribuem para a formação da vontade da Administração: diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 409) fala, ainda, em causa, que seria nada mais que o vínculo entre o motivo e o conteúdo do ato em função de

sua finalidade. “Através da causa vai-se examinar se os motivos em que se calçou o agente, ainda que não previstos em lei, guardam nexos lógicos de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, de direito, cumpre atender”. É, pois, este pressuposto lógico que permite ao Poder Judiciário controlar a validade do ato em razão da sua razoabilidade e da sua proporcionalidade.

3.4 Modalidades de atos administrativos

3.4.1 Atos normativos

Os atos normativos estão diretamente relacionados com o Poder Normativo acima estudado.

Estes atos, cujo fundamento encontra-se no art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, contém um comando geral do Poder Executivo e visam a correta aplicação a lei, uma melhor explicação daquilo que foi previamente estabelecido.

Sobre o tema, Hely Lopes Meirelles (2010, p. 181) explica que:

O objetivo imediato de tais atos é explicar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma produtividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. Tais atos, conquanto normalmente estabeleçam regras gerais e abstratas de conduta, não leis em sentido formal, por isso estão necessariamente subordinados aos limites jurídicos definidos na lei formal. São leis apenas em sentido material, vale dizer, provimentos executivos com conteúdo de lei, com matéria de lei.

Os decretos, as instruções normativas, os regimentos, as resoluções e as deliberações constituem atos normativos. No entanto, o ato administrativo com

conteúdo normativo mais praticado pela Administração Pública é o regulamento.

Sinteticamente falando, Fernanda Marinela (2010, p. 269) explica que os regulamentos “são atos administrativos postos em vigência por decreto para especificar os mandamentos em lei”. O decreto, portanto, é a forma especial pela qual o regulamento (conteúdo normativo do ato administrativo) se exterioriza.

Por não poderem modificar aquilo que foi estabelecido previamente pela lei, diz-se que os regulamentos possuem caráter explicativo ou supletivo. Daí a oportuna observação de Hely Lopes Meirelles (2010, p. 183), citando Medeiros Silva:

A função do regulamento não é reproduzir, copiando-os literalmente, os termos da lei. Seria um ato inútil se assim fosse entendido. Deve, ao contrário, evidenciar e tornar explícito tudo aquilo que a lei encerra. Assim, se uma faculdade ou atribuição está implícita no texto legal, o regulamento não exorbitará, se lhe der forma articula e explícita.

Como exemplo de regulamento, podemos mencionar o Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispondo sobre a organização do Sistema Único de Saúde, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, dentre outras providências.

3.4.2 Atos ordinatórios

Enquanto os atos normativos se relacionam com o poder normativo, os atos ordinatórios possuem respaldo no chamado poder hierárquico, uma vez que disciplinam o funcionamento da própria Administração e a conduta dos agentes públicos.

Em razão disso, estes atos não são de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo: qualquer superior pode disciplinar as condutas de seus subordinados.

Conforme explicado por Hely Lopes Meirelles (2010, p. 186), estes atos “não obrigam os particulares, nem os funcionários subordinados a outras chefias”. No entanto, malgrado sejam inferiores à lei, “geram deveres e prerrogativas para os agentes administrativos a que se dirigem”.

Materializam-se através de instruções, circulares, avisos, portarias, ordens de serviços e ofícios, sendo que, a título exemplificativo, pode-se mencionar a Portaria n. 518, de 25 de março de 2004, expedida pelo Ministério da Saúde, que estabelece os procedimentos e responsabilidades relativos ao controle e vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade, dentre outras providências.

3.4.3 Atos negociais

No que tange aos atos negociais, estes são atos que “contêm uma declaração de vontade da Administração visando concretizar negócios jurídicos, conferindo certa faculdade ao particular nas condições impostas ou consentidas por ela” (SPITZCOVSKY, 2003, p. 89).

Não se pode confundir negócio jurídico com ato negocial, pois, enquanto aquele é estipulado pelas partes, este é elaborado de forma unilateral pela Administração e seus efeitos decorrem de lei. Sobre a distinção, Hely Lopes Meirelles (2010, p. 189) explica que:

Estes atos, embora unilaterais, encerram um conteúdo tipicamente negocial, de interesse recíproco da Administração e do administrado, mas não adentram a esfera contratual. São e continuam sendo atos administrativos (e não contratos administrativos), mas de uma categoria diferenciada dos demais, porque geram direitos e obrigações para as partes e as sujeitam aos pressupostos conceituais do ato, a que o particular se subordina incondicionalmente.

Geralmente, os atos negociais se consubstanciam em alvará, licença,

concessão, permissão, autorização administrativa, admissão, aprovação e homologação.

Para uma melhor visualização, podemos mencionar o porte de arma de fogo, que nada mais é que uma autorização: o interessado apresenta os documentos exigidos por lei e demonstra sua necessidade para o exercício de atividade profissional de risco ou em razão de ameaça à sua integridade física.

3.4.4 Atos enunciativos

Por estes atos, a Administração Pública apenas atesta ou certifica um fato, sem se vincular a ele, ou emite uma opinião.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p, 419), os atos enunciativos, chamados de meros atos administrativos, “correspondem à simples manifestação de conhecimento ou de desejo, nos quais os efeitos jurídicos descendem diretamente da lei, de tal sorte que o ato nada mais faz que implementar uma condição legal para a deflagração deles”.

Existe, ainda, divergência no sentido de encaixá-los ou não como modalidade de ato administrativo, pois existem autores que afirmam que, por não produzirem efeitos imediatos, os atos enunciativos não possuem a mesma natureza dos atos administrativos propriamente ditos.

Dentro desse contexto, têm-se as certidões, os atestados e os pareceres e, como exemplo concreto, podem ser mencionados os pareceres emitidos pelo Tribunal de Contas da União acerca das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, nos termos do art. 71, inciso I, da Constituição Federal: após ser emitido, o parecer é encaminhado para o Congresso Nacional, que pode ou não (aí está o caráter opinativo do parecer) acolhê-lo.

3.4.5 Atos punitivos

Estes atos “contêm uma sanção imposta pela Administração àqueles que infringem disposições legais, regulamentares ou ordinatórias dos bens ou serviços públicos” (MEIRELLES, 2010, p. 197).

Para Hely Lopes Meireles, os atos punitivos podem ser de atuação interna ou externa:

Internamente, cabe à Administração punir disciplinarmente seus servidores e corrigir os serviços defeituosos através das sanções estatutárias; externamente, incumbe-lhe velar pela correta observância das normas administrativas. Em ambos os casos as infrações ensejam punição, após a sua apuração da falta em processo administrativo regular ou pelos meios sumários facultados ao Poder Público.

Assim, percebe-se que a punição externa se destina aos administrados, ao passo que a interna é endereçada aos servidores públicos, através de processo disciplinar administrativo.

Como exemplo de atos punitivos de atuação externa, podem ser citadas as multas, as interdições e as destruições de coisas.

3.5 Vinculação e Discricionariedade

A Administração Pública, na prática dos atos administrativos, em determinados momentos, atua sem qualquer margem de liberdade, enquanto em outros lhe é conferida certa margem de liberdade de atuação.

Como supramencionado, o ato será vinculado quando a lei estabelecer, “previamente, um único comportamento possível de ser adotado em situações

concretas, não existindo, pois, nenhum espaço para a realização de um juízo de conveniência e oportunidade” (SPITZCOVSKY, 2003, p. 87). O administrador será um mero aplicador da lei.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2010, p. 169), nos atos vinculados ou regradados, “as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa” e, havendo desatendimento de qualquer requisito, o ato torna-se passível de anulação pela própria Administração ou pelo Judiciário, quando provocado.

Contudo, se a lei deixar margem para certo subjetivismo, permitindo que a autoridade faça um juízo de valor da situação, segundo critérios subjetivos próprios, o ato praticado será discricionário.

Essa discricionariedade se justifica “na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente” (MEIRELLES, 2010, p. 171).

Para saber se um ato a ser praticado é um ato vinculado ou discricionário, é necessário que se verifique a própria lei: se ela utilizar expressões como ‘será’, ‘deverá’, ‘por critério vinculado’, o ato a ser praticado é vinculado; de outra parte, se a lei disser ‘poderá ser’, ‘mediante faculdade’, ‘por critério de conveniência ou oportunidade da Administração’, tem-se ato discricionário.

Desta feita, percebe-se que a até mesmo a atividade discricionária depende da lei, devendo observá-la e se sujeitar a ela, uma vez que “a discricionariedade está em permitir o legislador que a autoridade administrativa escolha, entre as várias possibilidades de solução, aquele que melhor corresponde, no caso concreto, ao desejo da lei” (MEIRELLES, 2010, p. 172).

A ofensa à vinculação é fácil de ser verificada. A lei descreve um único comportamento possível diante de uma determinada situação e, se o administrador não o fizer, estará descumprindo a lei. É o caso da aposentadoria compulsória, disciplinada pelo art. 40, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual os servidores públicos serão aposentados compulsoriamente aos setenta anos de

idade. Diante desta situação, não há opções de comportamento, a Administração é obrigada a aposentar o funcionário.

O ato discricionário é mais complexo, sendo três as hipóteses de ocorrência da discricionariedade.

A primeira diz respeito à escolha entre agir e não agir. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 199) cita como exemplo, o que ocorre quando é terminada uma licitação: o administrador pode escolher entre celebrar o contrato ou então revogar a licitação por razões de conveniência e oportunidade, caso ocorra um fato superveniente à abertura da licitação, que altere o interesse público.

A segunda hipótese de discricionariedade pode ocorrer na escolha do melhor momento para agir, segundo critérios de conveniência e oportunidade, pois “dificilmente o legislador tem condições de fixar um momento preciso para a prática do ato. O que ele normalmente faz é estabelecer um prazo para que a Administração adote determinadas decisões” (DI PIETRO, 2007, p. 198). Ainda com a fixação de um prazo, persiste a discricionariedade, “porque dentro do tempo delimitado, a autoridade escolhe o que lhe mais conveniente” (DI PIETRO, 2007, p. 199).

A terceira hipótese, por fim, diz respeito a cada um dos elementos do ato administrativo. Aqui, a pergunta que se faz é: o sujeito, o conteúdo, a forma, o motivo e a finalidade podem ser discricionários?

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 431), afirmando que não há ato propriamente discricionário, mas apenas “discricionariedade por ocasião da prática de certos atos”, explica que “a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público”, razão pela qual o seu fim também estaria vinculado.

Com efeito, a lei sempre define quem é a autoridade competente para a prática do ato, não havendo, portanto, que se falar em discricionariedade.

No tocante à finalidade, uma doutrina clássica entende que a finalidade é sempre vinculada. Para esta parte da doutrina, todo ato administrativo deve atender ao interesse público.

No entanto, existe uma doutrina um pouco mais moderna, que afirma que, se a finalidade for tratada na lei através de conceitos vagos, pouco objetivos, como para resguardar a ordem pública, que admitem um juízo de valores, o ato também será discricionário. É a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 199) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 431).

A forma, por sua vez, normalmente é vinculada, pois a lei costuma dizer qual é a forma que deve se revestir o ato administrativo.

O motivo pode ser vinculado ou discricionário e, aqui, aplica-se o mesmo raciocínio que aplicado à finalidade: no caso de o motivo ser vinculado, a lei usará palavras precisas, objetivas. Contudo, se a lei, ao se referir o motivo, não o identificar através de conceitos precisos, mas sim através de conceitos vagos, o motivo será discricionário.

Do mesmo modo, o objeto pode ser vinculado ou discricionário. No caso do objeto vinculado, a lei estabelece qual o conteúdo que o ato deve ter para atender ao fim almejado. Contudo, nada impede que a lei trate o objeto de forma discricionária, como ocorre “quando a lei diz que, para a mesma infração, a Administração pode punir o funcionário com as penas de suspensão ou de multa” (DI PIETRO, 2008, p. 201).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 434 e 435), de forma simplificada, afirma que a análise da discricionariedade deve levar em consideração a própria norma jurídica responsável pela existência desta liberdade e o caso concreto: a análise da norma jurídica se faz necessária porque a vinculação ou a discricionariedade são constatadas através da própria lei (as normas que disciplinam atos vinculados descrevem os acontecimentos de forma objetiva e absoluta, além de especificar e exigir um único e determinado comportamento da Administração, enquanto a norma reguladora de atos discricionários, por sua vez, não é precisa); o exame do caso concreto, a seu turno, se justifica porque “a lei, não podendo antecipar qual seria a medida excelente para cada caso, encarrega o administrador, pela outorga de discricção, de adotar o comportamento ideal: aquele que seja apto no caso concreto a atender com perfeição à finalidade da norma” (MELLO, 2010, p. 436).

Assim, percebe-se que a discricionariedade existe para “proporcionar

em cada caso a escolha da providência ótima” (MELLO, 2010, p 436), não sendo, portanto, uma mera liberdade para o Administrador decidir como bem entender.

4 CONTROLE DE LEGALIDADE E CONTROLE DE MÉRITO

Segundo Hely Lopes Meirelles (2010, p. 201), o controle dos atos administrativos que se mostrarem ilegítimos, inoportunos e inconvenientes é tema de alto interesse tanto para a Administração quanto para o Poder Judiciário, pois, respeitados alguns limites, ambos exercem este papel de controlador.

Conforme já afirmado, nos atos vinculados, todos os seus elementos estão previamente elencados em lei; nos atos discricionários, no entanto, alguns elementos estão definidos precisamente em lei e outros foram deixados à decisão da Administração.

Em razão dessa estrutura, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 216) afirma que o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e o ato discricionário, sob o aspecto da legalidade e do mérito. Para a autora, “o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir”.

O controle de legalidade do ato administrativo é feito pela Administração Pública, que pode, inclusive, agir de ofício, ou pelo Poder Judiciário, quando provocado. Se for verificado que o ato foi praticado contrariamente ao que estabelece a lei, o ato pode ser anulado, invalidado.

O controle de mérito, a seu turno, é feito apenas pela Administração Pública. Através deste, a Administração pode revogar um ato expedido. Assim, se entender que o ato não deve produzir ou não deve continuar produzindo seus efeitos, porque ele já não é interessante do ponto de vista do interesse público, por não ser conveniente ou oportuno, a Administração revoga o ato por ela praticado.

Assim, percebe-se que o controle de legalidade se dá através da anulação do ato, enquanto o controle de mérito se dá através da revogação.

4.1 Anulação

A anulação constitui uma “declaração de invalidação de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciária” (MEIRELLES, 2010, p. 205).

Seus efeitos são ex tunc, ou seja, retroagem até a origem do ato, já que o vício de ilegalidade se apresenta desde o momento em que o ato foi editado, razão pela os efeitos gerados por ele, até então, devem ser eliminados.

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalva, contudo, que devem ser analisados os efeitos produzidos pelo ato, se restritivos ou ampliativos:

Se ao ato fulminado era restritivo de direitos, a eliminação é retroativa; se o ato fulminado era ampliativo de direitos, a eliminação produz efeitos ex nuc, isto é, desde agora, salvo se demonstrável a má-fé do beneficiário do ato ilegal, com ou sem conluio com o agente público que o praticou.

Assim, de acordo com o doutrinador, no caso de um ato que cessa o pagamento de um benefício a um servidor, sendo este anulado, a Administração deverá pagar por todo o período que o servidor ficou impedido de receber o benefício, pois a nulidade se fazia presente desde o início. Isto porque o ato gerava efeitos restritivos. No caso de um ato que concedia uma determinada vantagem econômica ao servidor, sendo este anulado, os efeitos da anulação serão apenas ex nunc, pois o servidor vai deixar de receber a vantagem, mas não devolverá o que já recebeu. Trata-se, neste caso, de ato com efeitos ampliativos.

Com efeito, ao contrário do que acontece com o Poder Judiciário, que precisa ser provocado, a Administração, para anular um ato por ela praticado pode agir de ofício, nos termos das Súmulas 346 e 473, ambas do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, a Administração deve respeitar o limite temporal de 05 anos previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/99. Decorrido este prazo, o ato somente poderá ser anulado judicialmente, já que ato nulo não se convalida.

Insta consignar, por fim, que existem divergências no sentido de a anulação ser obrigatória ou facultativa: “os que defendem o dever de anular apegam-se ao princípio da legalidade; os que defendem a faculdade de anular invocam o princípio da predominância do interesse público sobre o particular” (DI PIETRO, 2010, p. 236).

Via de regra, o correto seria o ato ser anulado. No entanto, “no caso concreto, se a anulação do ato ilegal causar mais prejuízos que sua manutenção, é melhor mantê-lo, o que hoje se denomina estabilização dos efeitos do ato” (MARINELA, 2010, p. 288)

Como exemplos de ilegalidades que acarretam a anulação do ato, podemos citar: incapacidade e incompetência, que são vícios que atingem o sujeito; objeto proibido pela lei, impossível, imoral ou certo; inexistência ou falsidade dos motivos; vícios de forma; desvio de poder ou desvio de finalidade.

4.2 Revogação

“Revogação é a supressão de um ato discricionário legítimo e eficaz, realizada pela Administração – e somente por ela – por não mais lhe convir sua existência” (MEIRELES, 2010, p. 203). O ato revogado, portanto, é um ato legítimo, mas inconveniente ou inoportuno, que só pode ser revogado pela Administração por envolver um juízo de valores que é vedado ao Poder Judiciário.

Justamente por o ato revogado ser válido, a revogação opera efeitos apenas ex nunc.

Em que pese não haja limite temporal para o exercício do poder de revogar, este não é absoluto, existindo limites materiais. Como exemplo de atos irrevogáveis, podemos citar: os atos vinculados, que não podem ser revogados porque o legislador não deixou margem para juízo de valores quanto à sua conveniência ou oportunidade; os atos cujos efeitos já se exauriram, uma vez que a

revogação opera efeitos apenas ex nunc; os atos enunciativos, já que seus efeitos decorrem de lei.

4.3 Limites da discricionariedade e controle pelo Poder Judiciário

O Poder Judiciário, em regra, não pode controlar a discricionariedade porque o legislador, de maneira intencional, deixou ao administrador opções de escolha e qualquer uma delas é legítima, ou seja, legal.

Os aspectos da legalidade, como já afirmado, ainda que o ato seja discricionário, podem ser controlados pelo Poder Judiciário. Em razão disso, se os limites da discricionariedade forem ultrapassados pelo administrador, o controle judicial se torna legítimo.

Atualmente, existem algumas teorias que limitam o poder discricionário e ampliam a possibilidade do controle judicial.

A teoria do desvio de poder se refere ao vício que atinge a finalidade do ato administrativo. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 218), a finalidade será discricionária quando a lei utilizar conceitos vagos para defini-la. O desvio de poder, por sua vez, “ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade”.

Isto pode ocorrer, por exemplo, na hipótese de uma desapropriação, quando o administrador desapropria um bem para construir um hospital e na verdade o faz para atender uma finalidade privada. Neste caso, o controle judicial é possível e, via de regra, ocorrerá a retrocessão do bem para o antigo proprietário.

A teoria dos motivos determinantes, a seu turno, se refere aos vícios que atingem o motivo do ato, que pode ser discricionário. Segundo esta teoria, “quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este

somente será válido se os motivos forem verdadeiros” (DI PIETRO, 2010, p. 218).

Assim, se o administrador exonera um servidor alegando excesso de despesas, essa exoneração pode ser anulada se for constatado que, no dia seguinte, foi contratado um mesmo servidor para exercer aquela função. Outrossim, não poderá o administrador, após a publicação do ato, argüir outro motivo para a exoneração.

Outra maneira de se limitar o poder discricionário da Administração Pública é através das expressões imprecisas utilizadas pelo legislador para estabelecer o motivo ou a finalidade do ato, como interesse público, moralidade, ordem pública, conveniência administrativa, entre outras.

Alega-se que, quando o legislador faz uso de conceitos vagos, deve-se distinguir quando estes conceitos requerem apenas uma interpretação e quando eles requerem uma apreciação subjetiva.

No primeiro caso, não haverá discricionariedade, pois a interpretação leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete. Assim, o Poder Judiciário pode exercer um controle sobre a atuação da Administração Pública. Como exemplo de mera interpretação legal, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 218) afirma que, “se a lei prevê o afastamento ex officio do funcionário incapacitado para o exercício de função pública, a autoridade tem que procurar o auxílio de peritos que esclareçam se determinada função de fato caracteriza incapacidade”, não podendo ela própria decidir com base em critérios subjetivos.

Quando for necessária uma apreciação subjetiva para se conseguir determinar se a situação concreta se subsume ao fato descrito em lei, o Poder Judiciário não pode controlar os critérios utilizados pelo administrador, como regra. No entanto, a autoridade não pode se desvencilhar do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade: “a valoração subjetiva tem que ser feita em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei” (DI PIETRO, 2010, p. 219).

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, pode-se concluir que:

1. Na Administração Pública, o administrador deve agir de acordo com aquilo que foi previamente disciplinado pela lei, pois esta representa a vontade do povo, sendo irrelevante a sua própria vontade.

2. Para o Direito Administrativo, interessa tão somente a expressão Administração Pública em sentido estrito, pois, em sentido amplo, referida expressão, além da função administrativa, abarca também a chamada função política, regulada pelo Direito Constitucional.

3. Em que pese a expressão Administração Pública Direta seja sinônimo de Administração Pública Centralizada, o mesmo não se pode afirmar sobre Administração Pública Indireta e Administração Pública Descentralizada, uma vez que esta engloba até mesmos os particulares que prestam serviço público (concessionários e permissionários), enquanto aquela se limita as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas. No entanto, a Administração Pública Direta exerce um poder de controle sobre toda a Administração Pública Descentralizada.

4. A função administrativa se revela tão somente através do fomento, da polícia administrativa e dos serviços públicos. Quando intervém na economia de forma direta, a Administrativa atua sob regras do direito privado, pois pratica atos em igualdade com os demais particulares do ramo. Quando intervém de forma indireta, a Administração está apenas exercendo seu poder de polícia, o que é englobado pela expressão polícia administrativa. Portanto, intervenção não é uma modalidade distinta de função administrativa.

5. O regime jurídico administrativo confere prerrogativas à Administração Pública para que seja possível o bom atendimento ao interesse público. No entanto, impõe algumas limitações para evitar abusos por parte dos administradores.

6. O princípio da legalidade que rege a atuação da Administração Pública impõe que esta apenas pratique atos quando expressamente autorizados em lei, sendo 'lei' em sentido amplo. Assim, o controle de legalidade se dá não apenas em face de lei, mas também em face dos princípios, que também são normas. Em razão disso, os atos discricionários que violarem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade podem ser controlados pelo Poder Judiciário.

7. O poder normativo permite ao chefe do Poder Executivo Federal a edição de decretos autônomos apenas sobre determinadas matérias: organização e funcionamento da própria administração, desde que não implique aumento de despesas, e extinção de funções ou cargos públicos vagos. Sobre outros assuntos, permitem-se apenas os decretos regulamentares, por meio dos quais somente se explica uma lei já existente.

8. Quando a Administração Pública estiver atendendo interesses privados dela própria, praticará atos de regime privado, colocando-se no mesmo plano de direitos e obrigações que os particulares, devendo atender a três requisitos: objeto lícito, agente capaz e forma exigida ou não defesa em lei. Quando agir para atender interesses públicos, através de regime de direito público, deverá atender a cinco pressupostos específicos: sujeito competente e capaz; objeto permitido ou imposto pela lei; forma prescrita ou não defesa em lei; motivo, tanto nos atos vinculados quanto nos atos discricionários; finalidade genérica e específica.

9. Nos atos vinculados, os cinco elementos do ato administrativo já foram estabelecidos pela lei, não havendo qualquer margem de deliberação por parte do administrador, que será um mero cumpridor de leis.

Como todos os elementos estão fixados em lei, o descumprimento de um deles implicará em ilegalidade, podendo ser decretada tanto pelo Poder Judiciário, quando provocado, quanto pela própria Administração Pública, no seu exercício de autotutela.

10. Nos atos discricionários, a lei estabelece apenas o sujeito, a finalidade e a forma do ato. O motivo e o objeto não estão definidos pela lei, que apenas define os limites a respeito destes dois elementos. Assim, para o administrador praticar um ato discricionário, deverá, motivadamente, preencher estes dois requisitos, conforme critérios de oportunidade e conveniência. É essa

motivação que é chamada de mérito discricionário.

Como o sujeito, a finalidade e a forma são fixados em lei, o descumprimento destes implicará em ilegalidade, conforme as mesmas regras dos atos vinculados.

O mérito dos atos discricionários, composto pelo motivo e pelo objeto, pode ser controlado, via de regra, apenas pela Administração Pública, que poderá revogá-lo quando ele não mais se mostrar conveniente ou oportuno, em razão de um ato superviente.

No entanto, caso o mérito viole os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, será um mérito ilegal, permitindo que o Poder Judiciário exerça um controle sobre o mesmo. Do mesmo modo, este controle será possível quando o motivo determinante para a sua prática se mostrar inverídico ou inexistente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo : Atlas, 2007.

_____. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo : Atlas, 2008.

_____. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo : Atlas, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2006.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 3. ed. Salvador : Edições Podivm, 2007.

_____. **Direito administrativo**. 4. ed. Niterói : Impetus, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo : Malheiros, 2008.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo : Malheiros, 2009.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo : Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2010.

_____. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**. Rio de Janeiro : Forense, 1989.

PESTANA, Márcio. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro : Campus, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo**. São Paulo : Damásio de Jesus, 2003.