

**INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO – IDP**

**LUIZ FERREIRA MARTINS**

**A DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO  
PELO ADMINISTRADOR OU ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O  
ALCANCE DO CONTROLE JURISDICIONAL**

**BRASILIA – DF  
2014**

**LUIZ FERREIRA MARTINS**

**A DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO  
PELO ADMINISTRADOR OU ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O  
ALCANCE DO CONTROLE JURISDICIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao IDP – Instituto de Direito  
Público, como pré-requisito para a  
obtenção do título de Pós-Graduado em  
Direito Administrativo, sob orientação do  
Professor \*\*\*\*\*

**BRASILIA – DF  
2014**

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus familiares, responsáveis pela minha felicidade; aos meus professores, que estiveram comigo durante o meu período de estudo; a todos aqueles que contribuíram para o meu sucesso nesta vida. A todos vocês, minha mais sincera demonstração de apreço.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus, que foi meu maior porto seguro, com ele tive forças para chegar ao final desta pequena jornada. Deus me deu toda coragem que eu precisava para ir além dos meus limites nestes anos dedicados aos estudos e não deixou faltar forças para ir até o final e quebrar todas as barreiras.

Aos meus pais, por cada sucesso obtido e cada degrau avançado para o resto de minha vida. À minha família, que sempre esteve na arquibancada da vida torcendo pelo meu sucesso.

## EPÍGRAFE

“A discricionarietà é uma faixa de liberdade concedida ao agente público a fim de que este, em face da indeterminação do conceito legal, possa fazer uma escolha ótima a teor das opções subjacentes, no campo fenomênico.”

José Carlos Abraão

## RESUMO

A Administração Pública é responsável pela tomada de decisões importantes para a vida social. Entretanto, não pode fazê-lo de forma impensada. Como os administradores públicos decidem em casos que afetam a todos, estes precisam buscar a eficiência por seguirem os princípios estabelecidos pela lei, que dita que o bem comum deve ser priorizado. Apesar de todo esse poder outorgado à Administração Pública, devem-se praticar os atos discricionários, estes que ditam até que ponto vai o poder do administrador. A partir desses comentários, o presente trabalho pretende, por meio de uma revisão bibliográfica, apresentar a importância da discricionariedade na Administração Pública. Nos aspectos metodológicos, realizou-se uma pesquisa descritiva, com base em livros e artigos que tratam dos deveres da Administração Pública e sua obrigação de seguir os princípios administrativos e a discricionariedade na tomada de decisões.

**Palavras-chave:** Administração. Poder. Princípios. Legalidade. Discricionariedade.

## **ABSTRACT**

The Public Administration is responsible for making important decisions for social life. However one can not do it in a thoughtless way. As public administrators decide on cases that affect everyone, they need to seek efficiency by following the principles laid down by the law, which dictates that the common good should be prioritized. Despite all this power granted to the Public Administration, it must be practiced the discretionary acts, which dictate how far the power of the administrator will go. From these reviews, this study aims, through a literature review, at presenting the importance of discretion in Public Administration. In the methodological aspects, it was carried out a descriptive study, based on books and articles dealing with the duties of the Public Administration and its obligation to follow the principles and administrative discretion in making decisions.

**Keywords:** Administration. Power. Principles. Legality. Discretion.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>CAPÍTULO 1. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.</b> .....	10
1.1 Requisitos do Ato Administrativo .....	12
1.2 Princípios que regem a Administração Pública.....	17
1.2.1 Princípio da legalidade.....	18
1.2.2 Princípio da impessoalidade .....	21
1.2.3 Princípio da Moralidade .....	21
1.2.4 Princípio da Subsidiariedade.....	22
1.2.5 Princípio da Fragmentariedade .....	22
1.2.6 Princípio da Culpabilidade.....	23
1.2.7. Princípio do contraditório e da ampla defesa .....	24
1.2.8 Princípio da Insignificância .....	26
<b>CAPÍTULO 2. A DISCRICIONARIEDADE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.</b> .....	31
2.1 Retirada do Ato Administrativo .....	35
2.2 Causas geradoras da discricionariedade.....	37
<b>3. LIMITES AO PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO.</b> .....	41
3.1 O princípio da boa-fé do administrador.....	42
<b>CONCLUSÃO</b> .....	46
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	47
<b>ANEXO A: JURISPRUDÊNCIA LIMITES AO PODER DISCRICIONÁRIO 1.</b> .....	51
<b>ANEXO B: JURISPRUDÊNCIA LIMITES AO PODER DISCRICIONÁRIO 2</b> .....	53



## INTRODUÇÃO

A Administração Pública serve como representante da busca pública pelos seus direitos, tendo o Administrador a responsabilidade pelos bens públicos. Pode ser dividida em sentido amplo, nesse caso referindo-se ao próprio Estado como modelo estrutural, e também em sentido estrito, que se refere à própria atividade da administração estatal, composta pela ação administrativa do Estado, voltado para os órgãos que executam tais serviços administrativos.

Este mesmo Estado, criação do Direito, não pode tomar ações de forma isolada, de seu próprio querer, porque essas são qualidades de pessoas físicas. Embora se lhes ofereçam poderes para realizar certas tarefas, as atividades desenvolvidas por este mesmo Estado tem como atribuição a própria eficiência administrativa, que será demonstrada por meio dos atos administrativos executados.

Não se lhe permite atividades sem limites, razão pela qual se separaram os poderes, permitindo-se assim a esfera de liberdade dos indivíduos. No desempenho de suas funções, o Estado deve primar pela ordem, segurança e pelo bem estar, tudo realizado dentro de normas desenvolvidas pela função normativa e legislativa.

Novamente, a função estatal deve seguir os parâmetros legais. Em adição a isso, a discricionariedade do ato deve ser levada em conta, e por discricionariedade, entende-se que o ato administrativo considera as circunstâncias do caso concreto, permitindo-se uma avaliação subjetiva para que se cumpra a finalidade estabelecida pela lei, em uma determinada esfera de liberdade que leva em conta o juízo pessoal e a subjetividade do agente para que se alcance o objetivo do caso concreto.

Entenda-se que quando se fala de liberdade, pretende-se que seja compreendido que essa liberdade é limitada pela lei, e a partir de então, a discricionariedade está atada à busca da finalidade legal, sendo que esta liberdade está sujeita a inexistência havendo um plano fático no qual se deve aplicar uma regra.

O presente Trabalho de Conclusão de Curso pretende, por meio de uma revisão bibliográfica, tratar do ato administrativo em si, como dever do administrador ou da administração pública, focalizando-se o fator discricionariedade, abrangendo-

se o controle da jurisdição. Pesquisar-se-á o conceito de ato administrativo, envolvendo-se o princípio da legalidade e o da moralidade.

Escolheu-se, como problema da pesquisa, tendo em vista a importância das atividades administrativas, saber qual a importância da discricionariedade no processo administrativo como fator de eficiência da administração pública?

Levantou-se a hipótese de que, ao se permitir a discricionariedade, permite-se que a administração pública trate do assunto jurídico com liberdade, seguindo os preceitos legais, podendo-se escolher a forma mais apropriada de ação direcionando todo processo ao elemento final. Dessa forma, com tal flexibilidade, pode-se alcançar resultados mais justos nos objetivos consagrados estabelecidos como alvos.

Este Trabalho de Conclusão de Curso está dividido em três capítulos. O primeiro abrangerá os princípios da Administração Pública, incluindo-se o papel desempenhado por esta. O segundo tratará da discricionariedade, e o terceiro dissertará sobre o limite da discricionariedade na Administração Pública.

## CAPÍTULO 1. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Antes de qualquer outra coisa, para que se possa entender sobre a discricionariedade e outros itens relacionados, precisa-se compreender o que é a administração pública, e o seu papel, mesmo que esse não seja o foco do assunto nesse trabalho. Segundo Miguel Seabra Fagundes, “o ato administrativo, como todos os atos funcionais, comporta, ao lado do conceito material, o lado formal ou orgânico.”<sup>1</sup> A função administrativa geralmente faz parte do grupo de decisões tomadas pelo Poder Executivo ou Administrativo.

Detalhando mais ainda a definição, Miguel Seabra Fagundes diz:

Administração Pública é a expressão de uso freqüente na terminologia do nosso direito significando o conjunto de órgãos do Poder Executivo. É equivalente a este, e ambos equivalem à expressão *governo*, no sentido mais corrente. Pretender distinguir é criar sutilezas inúteis, sem nenhuma utilidade prática e sem assento sólido na doutrina.<sup>2</sup>

Assim, a Administração Pública e, dessa forma, seu administrador, tem uma grande responsabilidade sobre seus ombros, que seja o de governar segundo princípios a serem observados.

À Administração Pública cabem direitos e deveres, e tais obrigações não têm caráter gratuito quando de sua atribuição, mas por detrás de tudo existe o interesse popular, que é o representado por esse poder público. E cabe aqui reforçar que as ações tomadas pela Administração Pública devem seguir princípios estabelecidos pela Constituição Federal, em seu artigo 37 *caput*, que reza: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]”.<sup>3</sup>

A esses mesmos princípios estão submetidos não apenas a Administração direta do Estado, mas todas as pessoas integrantes da Administração Pública,

---

<sup>1</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **Controle dos atos administrativos pelo Poder judiciário**. 7. ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 32.

<sup>2</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **Controle dos atos administrativos pelo Poder judiciário**. 7. ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 33.

<sup>3</sup> BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2014.

desde que estejam prestando serviço público ou explorando qualquer atividade econômica, conforme esclarece Celso Spitzcovsky<sup>4</sup>. E assim se dá, pois, não diferentemente da atividade privada, ao se lhe dar poderes infinitos sem algum tipo de submissão à regulamentos, este ato poderia ser comparado à entrega de um cheque em branco dado à Administração, o que não seria justificável pelos mesmos serem representantes dos interesses comunitários da sociedade.

A Administração Pública representa os atos administrativos as prescrições unilaterais, concretas ou abstratas, enunciadas pelas autoridades legislativas, judiciais, as emanadas das cortes de contas e as proferidas pelos concessionários e permissionários de serviços públicos, sempre que observarem o regime jurídico aplicável a essa tipologia de atos da Administração Pública, além, obviamente, dos provimentos editados pela própria Administração Pública que observarem idêntico regime jurídico.

Gasparini amplia essa definição ao dizer que:

O ato administrativo é uma prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, pelo Judiciário.<sup>5</sup>

O conceito é amplo. Abriga os atos concretos e os abstratos, mas não chega a acolher os contratos administrativos, que são atos multilaterais. Além disso, cuida de explicitar que se trata de prescrição destinada a produzir um dado efeito de direito: declarar, certificar, opinar, criar, alterar, transferir e extinguir direitos e obrigações. Nele, portanto, não estão abrigados os atos materiais, que para isso não se preordenam. Ademais, no conceito está esclarecido tratar-se de prescrições do Estado (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município) ou de quem tenha prerrogativas estatais (concessionário, autarquia).

De sorte que não alcança atos dos que não estão investidos de poder, como, em princípio, são os particulares, ficando claro que os atos abrangidos provêm ou

---

<sup>4</sup> SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 35.

<sup>5</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 112.

decorrem do uso da autoridade pública, restando, assim, rechaçados os atos da Administração praticados segundo o regime de Direito Privado.

No conceito resta indicado que as prescrições não de se conformar com a lei, tomada essa palavra em sentido lato, colhendo, assim, os atos que lhe são assemelhados (medidas provisórias) e a Constituição. Nele estão abrigados, portanto, os comandos complementares desses atos normativos legais, destinados a lhes dar cumprimento, chamados de atos concretos. Acolhe, ainda, as manifestações que não de se compatibilizar com a lei ou outro ato de igual calibre jurídico, dando início à sua execução, como são os atos abstratos, chamados de regulamentos executivos (CF, art. 84, IV).

Por se submeterem à lei, não se lei, não se preordenam a criar direito novo. Da definição restam excluídos os atos legislativos, destinados a inovar a ordem jurídica. A indicação de que podem ser submetidos ao crivo do Judiciário exclui da definição as decisões judiciais. Abriga, no entanto, aqui e lá, os atos praticados por esses poderes ao exercício de função administrativa.

### 1.1 Requisitos do Ato Administrativo

O ato administrativo deve obedecer a requisitos estabelecidos para esse fim. Tais requisitos são os componentes que o ato deve reunir para ser perfeito e válido. Embora seja assim, os autores não estão acordes acerca do número e da identificação desses requisitos, sem levar em conta que ora são chamados de elementos e ora de pressupostos. A divergência assenta-se nos critérios de seleção dos ditos requisitos e em discordâncias terminológicas.

Entre esses requisitos se encontram a existência de um agente público competente, de uma finalidade, da forma e do motivo, entre outras coisas. Gasparini afirma que:

O ato administrativo não surge *spont sua*. Deve ter um editor. Esse é o agente público. Isso, no entanto, não é tudo, pois o agente público há de competente, isto é, ser dotado de força legal para produzir esse ato. Agente público competente é o que recebe da lei o devido dever-poder para o desempenho de suas funções.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 113.

Entende-se aí que o ato administrativo há de resultar do exercício das atribuições de um agente competente, sob pena de invalidação. Hely Lopes Meirelles confirma essa afirmação apontando que "nenhum ato - discricionário ou vinculado - pode ser realizado, validamente, sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo"<sup>7</sup> ou, como se pode chamar, de competência. A competência ou o poder para praticar o ato decorre da lei e é por ela delimitado.

Além disso, Andressa Lins Fidelis destaca:

O ato administrativo pode ainda ser vinculado ou discricionário. Vinculação é a característica dos atos nos quais não há margem para avaliação subjetiva do administrador, pois todos os requisitos já estão previstos em lei. Um bom exemplo é a concessão da aposentadoria compulsória quando o servidor tenha completado 70 anos. Já nos atos discricionários o legislador confere certa autonomia para que o Administrador faça juízo valorativo de conveniência e oportunidade sobre o ato a ser realizado. Convém salientar que a discricionariedade apenas pode ser constatada no caso concreto, pois é só frente às circunstâncias do caso que poderá ser exercida a avaliação subjetiva da Administração Pública. Exemplo de caso em que a jurisprudência vem reconhecendo amplamente a discricionariedade é no provimento de cargos públicos.<sup>8</sup>

É importante que se entenda que a competência não é exercida à livre discricção do agente público. Seu exercício, portanto, é obrigatório. Não pode ser transferida por seu titular, nem pode ser objeto de permuta por competência de outro agente, sendo, como é, intransferível. Porém, pode ser delegada e avocada, desde que tais modificações competenciais estejam baseadas em lei.

De grande importância, os elementos desses atos administrativos devem ser levados em conta. Embora haja uma certa divergências sobre estes, a chamada doutrina mais clássica refere-se à Lei nº 4.717/65, ou Lei de Ação Popular, que dita que anulam-se os atos considerados lesivos nos seguintes parâmetros:

Que não possuam competência, ou que possuam vício de forma. Ainda, que tenha como base a ilegalidade do objeto, para os quais inexistam motivos, ou desvie-se a finalidade.

---

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 149.

<sup>8</sup> FIDELIS, Andressa Lins. **A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no controle da Administração Pública**: uma releitura do controle dos atos administrativos discricionários. Monografia (Graduação) Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo, 2008, p. 14.

O parágrafo único da referida Lei dita:

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.<sup>9</sup>

Dessa forma, segundo essa doutrina, considera-se os atos administrativos como:

- (i) Competência: é o poder, resultante da lei, que dá ao agente administrativo a capacidade de praticar o ato administrativo. Há que se averiguar, portanto, para saber se determinado sujeito que praticou o ato é competente, em primeiro lugar, se há previsão no ordenamento para que aquele agente pratique tal ato. Ou seja, se suas atribuições, inerentes ao cargo que ocupa, permitem que pratique tal ato. Claro que essa pressuposição implica que a pessoa jurídica a qual este agente pertence possua atribuições legais para tanto. Necessário, por fim, que o ato seja praticado no exercício das atribuições do cargo, ou seja, enquanto agente administrativo.
- (ii) Finalidade: é o objetivo, o bem jurídico tutelado pela norma, o qual se pretende alcançar com a prática do ato. Note-se que o ato administrativo praticado sempre visará a um objetivo específico – finalidade imediata. Mas, também, a prática do ato administrativo, qualquer que seja a sua finalidade imediata, sempre visará à finalidade mediata que é em última instância sempre o interesse público.
- (iii) Forma: é a maneira pela qual o ato deve ser praticado. É o revestimento externo do ato. A princípio, exige-se a forma escrita para a prática do ato. Excepcionalmente, admitem-se as ordens através de sinais ou de voz, como são feitas no trânsito.
- (iv) Motivo: o motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> BRASIL. **Lei nº 4.717/1965. Regula a ação popular.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm)>. Acesso em: 20 jun.2014.

<sup>10</sup> BRASIL. **Lei nº 4.717/1965. Regula a ação popular.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm)>. Acesso em: 20 jun.2014.

Entenda-se que quando a razão estiver expressa em Lei, a permissão para o agente apenas ocorre que houver ocorrido a situação. Existem, entretanto, casos em que a situação não foi prevista em Lei. Nesses casos, conforme destaca Camargo:

o agente tem liberdade de escolha do motivo (situação), em virtude do qual praticará o ato. Nesse último caso, é importante notar que inexistente liberdade absoluta para a motivação. Esta há de ser razoável, de acordo com os ditames da lei, adequada ao caso concreto; de outra forma o motivo enaltecido não terá validade e o ato será nulo. Há, ainda, que mencionar que o motivo enunciado como tal, a justificar a prática de determinado ato, deve existir, de modo que a validade do ato praticado dependerá da real existência do motivo enunciado. Em outras palavras, o ato está vinculado àquele motivo. O motivo do qual falamos até aqui é o motivo de fato. Por fim, há, ainda, o motivo legal (previsão abstrata) que deve sempre corresponder à realidade material (motivo de fato), pena de o ato ser inválido.<sup>11</sup>

Na questão da invalidação desses atos, entende-se que este é um ato administrativo final, que, conforme o artigo 5 da Constituição Federal, resultará em um processo de invalidar. O referido artigo dita que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”<sup>12</sup>

Assim sendo, a administração não pode, de forma imediata, invalidar o ato. Deve haver o procedimento administrativo entre o constatar do vício e o invalidar desse ato. Saiba-se que, mesmo que a Administração Pública declare o ato inválido, deve haver o processo legal devido, para que não se afronte o sistema constitucional brasileiro. A partir dessa compreensão, percebe-se a invalidação como um ato composto, não único, no qual participam todos os que forem atingidos por certa medida estabelecida.

Nesse mesmo aspecto, a convalidação do ato administrativo é outro item a ser considerado. Muitos afirmam que convalidar significa aceitar a teoria das nulidades, que surge a partir da teoria geral do Direito Civil. Destaca Camargos que:

---

<sup>11</sup> CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. **A convalidação do ato administrativo**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13815&revista\\_caderno=4](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13815&revista_caderno=4)> Acesso em: jun 2014.

<sup>12</sup> BRASIL. **Constituição Federal 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 maio. 2014.



De fato, de acordo com a teoria do direito privado, os atos são nulos ou anuláveis; de modo que os primeiros, por violarem preceitos de ordem pública, não podem ser sanados; já os atos anuláveis, por infringirem apenas interesses particulares, seriam suscetíveis de correção.<sup>13</sup>

A convalidação, então, seria incluída nesta segunda modalidade, aqueles que podem ser anulados, pois poderiam necessitar de correção mais tarde um pouco. Mas esse não é um assunto aceito com unanimidade, pelas divergências na compreensão de que a teoria das nulidades com referência ao direito civil poderia ser utilizado no direito público.

Autores como Moreira acreditam que

há tão somente uma espécie de ato administrativo inválido: o comumente chamado de nulo. Desse modo, não se têm no direito administrativo, como ocorre no direito privado, atos nulos e anuláveis, em razão do princípio da legalidade, incompatível com essa dicotomia. Ademais, os atos anuláveis ofendem direitos privados, disponíveis pelos interessados, enquanto os nulos agridem interesses públicos, indisponíveis pelas partes. Lá (no direito civil) são anuláveis, aqui (no âmbito do direito administrativo) são nulos. O ato administrativo sempre ofenderá, quando ilegal, um interesse público, sendo, portanto, nulo.<sup>14</sup>

De outra forma, há a impossibilidade da aplicação dos atos nulos do direito privado no direito administrativo, impossibilitando, também, a convalidação.

A literatura jurídica apresenta diversas jurisprudências nesse sentido, referindo-se à convalidação do ato administrativo. Em um julgado da 7ª Turma Especializada do TRF2 do Rio de Janeiro, analisado pela Desembargadora Federal Salete Maccaloz, procedeu-se com a seguinte decisão:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. VÍCIOS NA REALIZAÇÃO DO CERTAME. CONVALIDAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS.

---

<sup>13</sup> CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. **A convalidação do ato administrativo**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13815&revista\\_caderno=4](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13815&revista_caderno=4)> Acesso em: jun 2014.

<sup>14</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Atos Administrativos**. 2009. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

1. Inexiste violação ao artigo 806 do CPC, pois a ação ordinária foi ajuizada dentro do prazo de 30 dias a que se refere o dispositivo em comento, que somente se inicia com a efetivação da medida.
  2. Além de descumprida a exigência de aprovação prévia da banca examinadora pelo Conselho, em violação ao determinado no artigo 6º da Resolução nº 046/CEP, restou demonstrado que os códigos conferidos aos inscritos permitiam a identificação dos candidatos, em ofensa ao princípio da impessoalidade, e que os pontos de avaliação não guardavam relação com a área de prática forense na qual deverão atuar os aprovados nomeados.
  3. Um dos requisitos para a convalidação dos atos administrativos é a inexistência de prejuízo para terceiros, o que não ocorreu no presente caso, uma vez que as irregularidades do certame prejudicaram os demais candidatos que deveriam concorrer em igualdade de condições.
  4. Inaplicável a Súmula nº 20 do STF, uma vez que a hipótese dos autos não versa sobre demissão de servidor público, mas sobre anulação de concurso público.
  5. Agravo interno prejudicado e agravo de instrumento desprovido.
- Acórdão  
A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator.<sup>15</sup>

## 1.2 Princípios que regem a Administração Pública

Entretanto, conforme dita a Constituição Federal de 1988, a Administração Pública deve ser regida por princípios, e entre estes estão o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade, o da publicidade e o da eficiência, conforme descritos abaixo.

Qualquer ramo do Direito tem como base os princípios, e estes influem não apenas na formação, mas também na aplicação. Miguel Reale aponta que “toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica na existência de *princípios*, e assim sendo, é extremamente necessário o estudo de tais princípios<sup>16</sup>.”

Concordemente a essa idéia, De Plácido e Silva destaca que “os princípios são o conjunto de regras ou preceitos que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em uma operação jurídica”<sup>17</sup>.

Expõe-se aqui também o comentário formulado por Celso Antonio Bandeira Mello sobre os princípios em geral:

<sup>15</sup> TRF-2 - **AGRAVO DE INSTRUMENTO**: AG 174491 RJ 2009.02.01.003313-0. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4958999/agravo-de-instrumento-ag-174491>>. Acesso em: 20 maio. 2014.

<sup>16</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 299.

<sup>17</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 447.

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo<sup>18</sup>.

Entende-se, então que os princípios são extremamente importantes no sistema jurídico, e qualquer norma será ferida ao se ferir um princípio. E finalmente, de acordo com os comentários de Américo Plá Rodriguez, os princípios “São linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que, podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos”.<sup>19</sup>

Os princípios desempenham um importante papel de orientar o operador jurídico nas resoluções das oposições jurídicas, tendo-se em vista que se baseiam em valores axiológicos superiores às demais espécies normativas, uma vez que todas as normas jurídicas possuem por base e devem respeitar os princípios norteadores do direito principalmente os consagrados em nossa Constituição Federal.

### 1.2.1 Princípio da legalidade

Todos os passos a serem tomados em qualquer tipo de procedimento legal, que implique em pena pesada ou leve deve supor a obediência ao Princípio da Legalidade, pois tudo deve funcionar da forma correta. Sobre esse aspecto, Celso Antonio Bandeira de Mello ensina:

O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção, esta, que, conforme foi visto, informa o caráter da relação de administração. No Brasil, o art.

---

<sup>18</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 230.

<sup>19</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993. p. 16.

5º, inciso II, da Constituição dispõe: ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’.<sup>20</sup>

Este princípio se reveste de grande importância para um Estado Democrático de Direito, porque representa uma das maiores conquistas da humanidade, e dessa forma, justifica-se a sua existência na Constituição Federal. Permite ele que as divergências, os conflitos, as tensões se resolvam não pelo primado da força, mas pelo império da lei. Sua permanência se justifica pelo que diz o art. 5º da Lei maior, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”<sup>21</sup>. Percebe-se essa regra como de grande importância, porque bloqueia decisões unilaterais por parte do Poder Público sem respaldo legal, ao mesmo tempo protegendo os direitos dos administrados.

Não apenas isso. Ainda, Hely Lopes Meirelles explica que:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, 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.<sup>22</sup>

Veja-se que o Princípio da Legalidade pode ser considerado como o ponto chave de todo ordenamento jurídico que se diga justo e racional. Tal princípio se insere no Código Penal, no artigo 1º, quando diz que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem previa cominação legal”<sup>23</sup>, e também na Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5º XXXIX, sendo desse modo uma cláusula pétrea - “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal”.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11ª ed., rev, atual. e ampl. de acordo com as Emendas Constitucionais 19 e 20, de 1998. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 35

<sup>21</sup> BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 07 mar. 2014.

<sup>22</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 82.

<sup>23</sup> BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 07 mar. 2014.

<sup>24</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 07 mar. 2014.

Segundo Adriana Mildemberger:

O Princípio da Legalidade é o principal a ser apreciado em um Estado Democrático de Direito, pois serve de alicerce para que certos atos administrativos não extrapolem as fronteiras do razoável. Portanto, o fato de que todo ato administrativo editado no exercício de prerrogativas discricionárias encontra-se, em todo caso, vinculados a norma legal. Logo, o administrador público tem seus atos sempre vinculados aos mais diversos princípios limitadores de sua atividade discricionária<sup>25</sup>.

Em outras palavras, essa regra consubstancia, simultaneamente uma salvaguarda para o direito dos administrados e uma limitação uma fronteira para a atuação do Poder Público. Com efeito, se é verdade que, por força dos interesses que representa, pode a Administração impor unilateralmente comportamentos, não é menos verdade que essa imposição só será possível se tiver respaldo em lei.

Conclui-se, com meridiana clareza, que não existe interesse público que se legitime sem que apresente apoio em lei. Dessa forma, pode-se também afirmar que a atividade administrativa está totalmente subordinada à lei, situação essa traduzida com maestria pelas lições do eminente jurista Seabra Fagundes (1979, p 45) quando explicitou: "Administrar é aplicar a lei de ofício".

Estabelecida a importância do princípio, cumpre observar, também, que, embora todos - Administração Pública e particulares - devam obediência à lei, esse princípio se apresenta com perfil diferenciado para ambos, por força dos interesses representados. Assim, enquanto aos particulares é conferida a possibilidade de fazer, na defesa dos seus interesses e do seu patrimônio, tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração, na defesa dos interesses da coletividade, só poderá fazer aquilo que a lei expressamente autoriza.

Percebe-se então que existe uma sincronia entre as leis, que tornam estes princípios como garantias, e que por sua vez, garantem a lei penal. Esta deve ser fundamentada para que seja obrigatória e imperativa. Entretanto, ao se suprimir este princípio, aniquilam-se aquelas pessoas que deveriam estar sob proteção do Estado, porque sem este, reina um espírito de insegurança, receoso de reações penais que escapem ao senso de adequação e de moral coletiva.

---

<sup>25</sup> MILDENBERGER, Adriana. **Discricionariedade administrativa e seus limites na administração pública**. Tese (Mestrado) em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná, 2007, p. 5.

Assim sendo, a norma legal é o parâmetro que deve ser levado em conta nas decisões envolvendo este princípio. Sem a liberdade irrestrita, não pode o Estado decidir o que bem entender. A Lei é o agente regulador de suas ações.

### 1.2.2 Princípio da impessoalidade

Seguindo pela ordem apresentada no art. 37, chega-se agora ao princípio da impessoalidade, que pode ser traduzido pela obrigação atribuída ao Poder Público de manter uma posição neutra em relação aos administrados, só produzindo discriminações que se justifiquem em vista do interesse público. Em razão desse princípio, não fica a Administração proibida de estabelecer discriminações, mas tão-somente aquelas que se revelarem gratuitas. Este parece ser um ponto polêmico, porque, de acordo com Di Pietro:

Este princípio não tem sido objeto de cogitação pelos doutrinadores brasileiros. Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro caso, a impessoalidade estaria relacionada com a finalidade pública, e em outro caso, o mesmo princípio estaria relacionado com os atos e provimentos administrativos<sup>26</sup>.

Além disso, Di Pietro esclarece que “na Lei 9.784/99, este princípio não aparece expressamente mencionado, mas se encontra implícito no artigo 2, parágrafo único inciso III, pelo fato de se exigir objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes e autoridades<sup>27</sup>”.

### 1.2.3 Princípio da Moralidade

A moralidade administrativa é um passo importante para a Administração e para o administrador público, embora nem todos os autores aceitem a existência desse princípio, por considerá-lo que o mesmo seja vago e impreciso. Pode-se mencionar a Lei nº 9.784/99, que em seu artigo 2 *caput* prevê a moralidade como um dos princípios a que se obriga a Administração Pública.<sup>28</sup> A grande necessidade

---

<sup>26</sup> DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo. Atlas, 2006, p. 85.

<sup>27</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op cit*, p. 85.

<sup>28</sup> BRASIL. LEI Nº 9.784/99. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

dessa moralidade é porque, para que se dirijam recursos financeiros organizacionais, é preciso que se tenha a verdade, que fatos sejam trazidos à tona, que opiniões sejam questionadas, que a essência seja encontrada, não se aceitando apenas as suposições, reconhecendo-se que o objetivo final de tudo é o ser humano.

#### 1.2.4 Princípio da Subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade supõe a aplicação do Direito Penal quando todas as formas extrapenais de controle da sociedade estiverem esgotadas. Comparado com o Princípio da Intervenção Mínima, tal princípio está de acordo com a Declaração do Homem e do Cidadão de 1789, que defende a idéia de não aplicar nenhum tipo de recurso considerado mais sério ou grave, quando o mesmo resultado pode ser conseguido por meio de penalidade menos grave.

Como afirma Nelson Gonçalves Souza Júnior,

Desta forma deve ser aplicado outro recurso mais ameno que alcance o mesmo ou até melhor resultado, ao invés de impor a pena de prisão. Tendo-se entendido que o recurso mais grave deve ser imposta em *ratio extrema* (remédio último).<sup>29</sup>

Ou ainda, o indivíduo deve ser preso apenas em uma situação subsidiária, quando todas as situações tiverem sido experimentadas, pensando-se em todas as alternativas que ofereçam mais vantagens para todos os lados.

#### 1.2.5 Princípio da Fragmentariedade

Comparando-se o Princípio da subsidiariedade com o da fragmentariedade, este primeiro, como já mencionado, ensina que só se deve aplicar o Direito Penal quando as outras tentativas pertencentes a outras áreas do Direito deixaram de ser eficazes, enquanto que o da fragmentariedade ensina que as ações punitivas só devem ser tomadas quando os danos causados forem considerados relevantes aos bens jurídicos.

---

<sup>29</sup> SOUZA JÚNIOR, Nelson Gonçalves. **Inexorabilidade do regime integralmente fechado e seus reflexos sociais e constitucionais**. Monografia Bacharel em Direito. Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2003, p. 38.

Em outras palavras, o estado só protege os bens jurídicos mais importantes, assim intervém só nos casos de maior gravidade. Segundo Fernando Capez:

O princípio da fragmentariedade, por seu turno, é decorrência do princípio da intervenção mínima, haja vista que o seu fundamento é a incidência do Direito Penal, apenas, para as condutas graves, nas quais houver uma violação efetiva e relevante do bem jurídico tutelado<sup>30</sup>.

Esclarece-se então que a situação a ser julgada não pode ser simplesmente fragmentada. Precisa ter corpo, ser considerada relevante e afetar de forma significativa os bens do Estado para ser válida a aplicação do Direito Penal.

### 1.2.6 Princípio da Culpabilidade

Seguindo-se ao Princípio da Fragmentariedade surge o da Culpabilidade. Cada indivíduo, pelo seu direito de ação, está sujeito a algum tipo de punição, e como diz Luana de Carvalho Silva:

O direito de punir é um dos maiores desafios das teorias jurídicas, pois trata do coroamento de um poder imenso, o poder de infligir o castigo, a dor ou a desesperança no homem. É difícil pensar a punição desvinculada de uma estratégia de poder. E a própria história punitiva narrada no interior dos manuais de Direito Penal descreve um tipo de discurso linear e alegórico sobre as formas como, pouco a pouco, a punição deixa a barbárie das relações pessoais e da vingança privada emergindo como um centro de poder no interior do Estado<sup>31</sup>.

Percebe-se então, a existência de um vínculo entre o Estado e a punição, em uma relação de poder considerada tão forte, que fica escondido o personagem principal dessa história, que seja o indivíduo, aquele que será punido, como objeto do poder que lhe irá tirar o direito à vida.

Outro ponto considerado importante por Luana de Carvalho Silva é:

Um dos lugares privilegiados para o aparecimento do drama do indivíduo e seu corpo no interior do Direito Penal é a culpabilidade. No plano da culpabilidade, o substrato teórico do Direito Penal

---

<sup>30</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 8. Ed. São Paulo: Impetus, 2005, p. 22

<sup>31</sup> SILVA, Luana de Carvalho. **O Princípio da Culpabilidade e a Produção de Sujeitos**. Dissertação Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná, 2008, p. 11.



rompe a abstração da lei e ata uma forte relação entre o indivíduo, o Estado e a punição. Daí a importância da culpa e seu poder na mecânica punitiva. O poder de dizer, definir “o pagamento”, “o valor da dívida” pela transgressão da lei ou seu limite intransponível.<sup>32</sup>

Discute-se muito acerca desse princípio da culpabilidade, existindo controvérsias dentro do campo jurídico - penal. Como afirma Edmundo Manuel Santana:

sua definição, estrutura e fundamento caminham desde as contribuições do naturalismo psicológico, passam pela sua pretensa normatização com a inclusão em seu juízo de elementos éticos sobre a conduta humana, pelo fundamento no livre arbítrio e chegam até um contexto de “crise” contemporânea em que o homem livre é substituído por uma abstração da lei, e a culpa se torna um instrumento político de desqualificação jurídica do indivíduo.<sup>33</sup>

Reconhece-se que a culpabilidade exhibe sua importância no Direito Penal, permanecendo incontornável. Este é apenas um conceito, mas dependendo do discurso, este pode ser preenchido, seja este discurso um apelo democrático, ou ainda uma tentativa de aniquilamento da vida humana.

Uma necessidade surge a partir desse princípio que é a de conhecer, explorar os conteúdos políticos, práticas do saber e do poder e as exigências de sujeição e controle das condutas que a apropriam e a utilizam para fins além do discurso oficial do Direito Penal. A legitimação estatal do *ius puniendi* exige que a aplicação da pena seja balizada na proporcionalidade da culpabilidade do sujeito, como forma de impedir a imposição de sanções desumanas, no sentido de serem mais gravosas que a conduta ou acima do próprio limite da culpabilidade.

### 1.2.7. Princípio do contraditório e da ampla defesa

Entretanto, no que diz respeito à existência do processo legal, pressupõe-se aqui a existência do contraditório e da ampla defesa. Este está exposto no art 5º da CF/1988, onde reza, “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

---

<sup>32</sup> Idem, p. 12.

<sup>33</sup> SANTANA, Edmundo Manuel. O princípio da culpabilidade como limite constitucional e a aplicação da responsabilidade penal. **Rev. Disc. Jur. Campo Mourão**, v. 1, n. 1, p.24-35, jul./dez. 2005,p. 3.

acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”<sup>34</sup>.

Sobre a ampla defesa, Rômulo de Andrade Moreira afirma:

A ampla defesa compõe-se da defesa técnica e da autodefesa. O defensor exerce a defesa técnica, específica, profissional ou processual, que exige a capacidade postulatória e o conhecimento técnico. O acusado, por sua vez, exercita ao longo do processo (quando, por exemplo, é interrogado) a denominada autodefesa ou defesa material ou genérica. Ambas, juntas, compõem a ampla defesa<sup>35</sup>.

Outra definição importante é apresentada por Miguel Fenech, que aponta:

Se entiende por defensa genérica aquella que lleva a cabo la propia parte por sí mediante actos constituídos por acciones u omisiones, encaminados a hacer prosperar o a impedir que prospere la actuación de la pretensión.. No se halla regulada por el derecho con normas cogentes, sino con la concesión de determinados derechos inspirados en el conocimiento de la naturaleza humana, mediante la prohibición del empleo de medios coactivos, tales como el juramento – cuando se trata de la parte acusada – y cualquier otro género de coacciones destinadas a obtener por fuerza y contra la voluntad del sujeto una declaración de conocimiento que ha de repercutir en contra suya<sup>36</sup>.

Note-se que junto ao princípio da ampla defesa se encontra o princípio do contraditório. Este, segundo Galvão, “representa, então, o complemento e o corretivo da ação da parte, uma vez que cada uma delas agirá de modo parcimonioso, visando seu próprio interesse<sup>37</sup>”.

Vários doutrinadores entendem estes princípios de formas diferentes. Por exemplo, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, falando sobre o contraditório, o resume como sendo "a ciência bilateral dos atos e termos processuais e

---

<sup>34</sup> BRASIL. **Constituição Federal** 1988, art. 5, inciso LV. Disponível em:

<[http://www.dji.com.br/constituicao\\_federal/cf005.htm](http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf005.htm)>. Acesso em 10 maio. 2014.

<sup>35</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. Direito ao devido processo legal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3504>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>36</sup> FENECH, Miguel. **Derecho Procesal Penal**, Vol. I, 2ª. ed., Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1952, p. 457.

<sup>37</sup> GALVÃO, Edna Luiza Nobre. Princípio do contraditório. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=819>>. Acesso em: 10 maio. 2014.

possibilidade de contrariá-los<sup>38</sup>." Esse conceito é nacionalmente citado por inúmeros outros tratadistas que estudam o assunto.

Além dele, Angélica Arruda Alvim aponta que:

O contraditório significa que toda pessoa física ou jurídica que tiver de manifestar-se no processo tem o direito de invocá-lo a seu favor. Deve ser dado conhecimento da ação e de todos os atos do processo às partes, bem como a possibilidade de responderem, de produzirem provas próprias e adequadas à demonstração do direito que alegam ter<sup>39</sup>.

Todos estes princípios são importantes no processo, pois estes permitem que os sistemas processuais tenham forma características. E nesta aplicação, o contraditório se apresenta como um princípio da Constituição que surge a partir do direito de defesa.

O Juiz, ao ouvir as partes no decorrer do processo, deve agir com imparcialidade, se apresentando de forma equidistante perante as mesmas. Ao ouvir uma das partes, o juiz necessariamente deve ouvir a parte contrária, sendo assim, ambas terá a possibilidade de expor as suas razões, de apresentar as suas provas, que serão utilizadas pelo juiz em seu convencimento, juízo de valoração.

Decorre desse princípio a necessidade de que os atos praticados, pelo juiz e pela parte autora, informados no processo sejam apresentados ao réu através de uma citação válida, para que o mesmo tomando ciência de todos os atos presente no processo possa impugná-los, gerando assim seu direito do contraditório e da ampla defesa.

### 1.2.8 Princípio da Insignificância

Também as ações da Administração Pública precisam considerar a insignificância do ato em si. O princípio da insignificância está, de certa forma, relacionado com o princípio da tipicidade. Entende-se que este último princípio representa uma forma de garantia para que o cidadão esteja ciente do que lhe é permitido ou não, e das sanções devidas por não cumprir a lei. Existe outra utilidade

---

<sup>38</sup> MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo. Saraiva. 1997. p. 104.

<sup>39</sup> ALVIM, Angélica Arruda. **Princípios Constitucionais do Processo**. São Paulo: Revista de Processo nº 74. abril/junho/1994.

oferecida pelo princípio da tipicidade. Com base neste, evita-se que atitudes arbitrárias sejam tomadas pela Administração Pública, pois pelo cumprimento desse princípio, apenas o que é dito pela norma como sendo infração gerará algum tipo de punição. Conforme dita Rafael Munhoz Mello, “Cabe ainda revelar, que a tipicidade é também corolário do princípio da segurança jurídica, que exige estar a conduta proibida apontada de forma precisa e unívoca na lei, não devendo a ação estatal trazer qualquer surpresa para os particulares”.<sup>40</sup>

É imperativo que se compreenda que por detrás das sanções administrativas está a proteção do interesse público pela administração, e por isso, pode-se afirmar que ao administrador não cabe a fuga de sua aplicação. O agente público possui poder de apurar o que não está certo administrativamente, por este estar responsável pela manutenção do direito público. Rafael Munhoz Mello esclarece:

Para tanto, é o ponto nuclear aqui pretendido, faz-se necessário que os administrados compreendam exata e previamente o quê está proibido, e bem assim a correspondente sanção a ser aplicada, na hipótese de vir a realizar a conduta desabonadora.<sup>41</sup>

Explica mais Luiz Flávio Gomes,

Em regra os atos processuais possuem uma determinada forma. A sentença tem sua forma, a denúncia tem sua forma, os recursos possuem formas etc. O ato que não observa a forma prevista em lei está viciado (defeituoso), ou seja, gera uma nulidade. Em decorrência disso, pode ou não produzir efeitos. A sanção decorrente da nulidade é a declaração da ineficácia do ato (ou do processo). O ato declarado nulo perde sua eficácia (no mundo jurídico), ou seja, deixa de produzir efeitos. O ato processual ou o processo viciado (com mácula) é nulo. Declarada essa nulidade o ato perde a sua eficácia<sup>42</sup>.

Quando se estabelece a importância da tipicidade não se pretende negar ao Direito Penal a sua autonomia, mas o que se quer destacar aqui é que em determinadas situações, não existem elementos suficientes para a penalização de determinadas condutas ilícitas, e dentre essas condutas, cabe ao Direito Penal

---

<sup>40</sup> MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador** - As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70.

<sup>41</sup> *Ib idem*, p, 70.

<sup>42</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da tipicidade das formas**. Inquirição de testemunhas. Ordem. Inversão. Nulidade. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 20 de jun. 2014, p. 2.

apenas os mais graves, para que tudo se situe de forma harmônica no contexto jurídico.

Princípio da insignificância: tanto no direito brasileiro como no comparado, a via dogmática mais apropriada para se alcançar o reconhecimento da irresponsabilidade penal do fato ofensivo ínfimo ou da conduta banal e sem relevância penal é constituída pelo chamado princípio da insignificância ou de bagatela.

Atribui-se a Claus Roxin a primeira menção ao princípio da insignificância como princípio. Para ele, tal princípio permite na maioria dos tipos fazer-se a exclusão, desde o início, dos danos de pouca importância. Dita Adriana Silva Mota que “em 1964, Roxin propôs uma solução mediante um recurso à interpretação restritiva dos tipos penais, formulando o princípio da insignificância como princípio da validade geral para determinação do injusto”.<sup>43</sup>

O princípio da insignificância é o que permite não processar condutas socialmente irrelevantes, assegurando não só que a Justiça esteja mais desafogada, ou bem menos assoberbada, senão permitindo também que fatos nímios não se transformem em uma sorte de estigma para seus autores. Do mesmo modo, abre a porta para uma revalorização do direito constitucional e contribui para que se imponham penas a fatos que merecem ser castigados por seu alto conteúdo criminal, facilitando a redução dos níveis de impunidade. Aplicando-se este princípio a fatos nímios se fortalece a função da Administração da Justiça, porquanto deixa de atender fatos mínimos para cumprir seu verdadeiro papel. Não é um princípio de direito processual, senão de Direito penal.

Também a teoria da insignificância é chamada de princípio de bagatela, fundado no princípio da proporcionalidade que deve vigorar entre o delito e a gravidade da intervenção estatal pelo delito. Trata-se de um princípio que somente é aplicável nos casos concretos e que existe a possibilidade de considerá-lo como uma questão da antijuridicidade material e, por fim, excludente da tipicidade, ou melhor, como um caso em que, ainda que haja delito, se prescinde de pena.

---

<sup>43</sup> MOTA, Adriana Silva. **Os maus antecedentes na aplicação do princípio da insignificância: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.** Monografia (Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais). Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Brasília-DF, 2008, p. 11.

Seu significado central, portanto, consiste no seguinte: não podem ser penalmente típicas ações que, ainda que no princípio se encaixem formalmente em uma descrição típica e contenham algum desvalor jurídico, ou seja, que não estejam justificadas e não sejam plenamente lícitas, no entanto no caso concreto seu grau de injusto seja mínimo, insignificante: pois conforme seu caráter fragmentário, as condutas penalmente típicas só devem estar constituídas por ações gravemente antijurídicas, não por fatos cuja gravidade seja insignificante. O critério de insignificância significa, pois, uma restrição dos tipos penais.

A consequência natural da aplicação do critério da insignificância (como critério de interpretação restritiva dos tipos penais ou mesmo como causa de exclusão da tipicidade material) consiste na exclusão da responsabilidade penal dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade. São fatos materialmente atípicos (afasta-se a tipicidade material). Na lesão ou na conduta insignificante, o fato é formalmente típico, mas não materialmente. Se tipicidade penal é (de acordo com nossa teoria constitucionalista do delito) tipicidade formal + tipicidade normativa ou material não há dúvida que, por força do princípio da insignificância, o fato de ínfimo valor é atípico.

Toda referência que é feita (na esfera do princípio da insignificância) ao desvalor da culpabilidade (réu com bons antecedentes, motivação do crime, personalidade do agente etc.) está confundindo o injusto penal com sua reprovação, leia-se, está confundindo a teoria do delito com a teoria da pena. Não se pode utilizar um critério típico do princípio da irrelevância penal do fato (teoria da pena) dentro do princípio da insignificância (que reside na teoria do delito). Essa é a confusão que precisa ser desfeita o mais pronto possível, para que o Direito penal não seja aplicado incorretamente (ou mesmo arbitrariamente).

Os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, a propósito, não ocupam a mesma posição topográfica dentro do Direito penal: o primeiro é causa de exclusão da tipicidade material do fato (ou porque não há resultado jurídico grave ou relevante ou porque não há imputação objetiva da conduta); o princípio da irrelevância penal do fato é causa excludente da punição concreta do fato, ou seja, de dispensa da pena (em razão da sua desnecessidade no caso concreto).

Daiane Pimenta *et al* completam sobre esses dois princípios:

Um afeta a tipicidade penal (mais precisamente, a tipicidade material); o outro diz respeito à (desnecessidade de) punição concreta do fato. O princípio da insignificância tem incidência na teoria do delito (aliás, afasta a tipicidade material e, em consequência, o próprio crime). O outro pertence à teoria da pena (tem pertinência no momento da aplicação concreta da pena). O primeiro tem como critério fundante o desvalor do resultado ou da conduta (ou seja: circunstâncias do próprio fato); o segundo exige, sobretudo desvalor ínfimo da culpabilidade (da reprovação: primário, bons antecedentes etc.), assim como o concurso de uma série de requisitos post factum que conduzem ao reconhecimento da desnecessidade da pena no caso concreto<sup>44</sup>

Apesar da importância de todos esses princípios e outros mais na Administração Pública, o foco desse trabalho é a Discricionariedade, que será destacado a seguir.

---

<sup>44</sup> PIMENTA, Daiane et al. **A Aplicabilidade do Princípio da Insignificância**. 2008. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/5912/1/A-Aplicabilidade-Do-Principio-Da-Insignificancia/pagina1.html>>. Acesso em: 12 jun. 2014, p. 3.

## CAPÍTULO 2. A DISCRICIONARIEDADE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Buscando-se maior compreensão sobre o termo, a palavra discricionariedade vem da expressão da vontade de um soberano no Estado Absolutista. Tendo chegado as revoluções, a discricionariedade passou a atuar na falta da Lei, pois não caberia a aplicação de leis sem a existência de um princípio que estabelecesse a legalidade. A partir daí, como afirma Binembojm:

Com fundamento na eficiência da atuação estatal, formou-se a ideia de que, quando não existisse regramento legal, a Administração poderia agir com discricionariedade, que na noção clássica era tida como intocada. O sentido da discricionariedade era tido como o poder conferido à Administração para agir nos espaços livres da regulamentação da lei.<sup>45</sup>

Era necessário, então, que a Administração se sujeitasse à Lei, o que permitia apenas uma pequena faixa de atividade, pois a maior parte das decisões tomadas deveria seguir o princípio da legalidade. Nesse mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, define discricionariedade como:

[...] uma técnica jurídica que se destina a sintonizar a ação administrativa concreta à ideia de legitimidade contida na lei, o que a assemelha, de certo modo, ao instrumento da delegação, outorgado pelo legislador ao administrador público, na própria lei, para que este possa fazer a necessária integração casuística, na ocasião e no modo mais adequado, para satisfazer a finalidade pública legalmente imposta.<sup>46</sup>

Sendo que a Administração apenas pode se ater ao que diz a Lei, pergunta-se então como é satisfazer o cumprimento da lei havendo um espaço para o exercício da liberdade devida ao administrador, que lhe permita usar certos critérios quando houver necessidade.

Quando a Lei regula as possibilidades de ocorrências do dia a dia, aponta para o agente público o que ele pode ou não fazer, mostrando-lhe em que ponto a este é permitida a tomada de decisão e de que forma essa decisão pode ser

---

<sup>45</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 197.

<sup>46</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 107.



tomada, embora, devido à diversidade de situações possíveis, algumas decisões sejam mais difíceis de se achar um ponto favorável a ser seguido. Como afirma Celso Antonio bandeira de Mello:

Assim, casos há, embora excepcionais, em que a regra de Direito se omite em mencionar a situação de fato. O normal, sem dúvida, é que a lei a refira, entretanto, ao fazê-lo, frequentemente descreve-a mediante expressões que recobrem conceitos algo fluidos, algo imprecisos, também chamados de vagos ou indeterminados ou elásticos, tais como "situação urgente", "notável saber", "estado de pobreza", "ordem pública" (portanto, suscetíveis de interpretações ou intelecções variadas) ou, então, ainda quando a descreve em termos estritamente objetivos, defere, no comando da norma, certa margem de liberdade ao administrador.<sup>47</sup>

Essa liberdade ao agente atribuída, considerada como relativa, com base naquilo que a Lei diz que pode, mas não que deve, passando-lhe o poder de decidir no momento preciso, por uma opção como este reveste o ato discricionário, autorizando-o a ter em suas mãos a forma mais acertada entre duas possíveis alternativas abertas. Exatamente nesse ponto cabe a discricionariedade, porque aqui permite-se que um juízo subjetivo por parte do administrador seja aplicado, podendo este deferir ou indeferir algo.

Já se mencionou antes que o ato discricionário não faz uso da liberdade total, mas como tudo o que existe na Administração Pública, este é relativo, e está atrelado ao interesse público, com a exigência interposta pela necessidade do bem comum, da moralidade e de outros princípios envolvidos.

Diógenes Gasparini define atos discricionários como:

São os atos administrativos praticados pela Administração Pública, conforme um dos comportamentos que a Lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento, escolha que se faz por critério de conveniência e oportunidade, ou seja, de mérito<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 22.

<sup>48</sup> GASPARINI, Diógenes, **Direito Administrativo**. 11 ed, revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 98.

Existe uma forma de conveniência sempre que o ato for interessante a alguém, ou satisfaz o interesse do público. A oportunidade aparece quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. Afirma Di Pietro:

A discricionariedade tem inserida em seu bojo a idéia de prerrogativa, uma vez que a lei, ao atribuir determinada competência, deixa alguns aspectos do ato para serem apreciadas pela Administração diante do caso concreto; ela implica em liberdade a ser exercida nos limites fixados pela lei<sup>49</sup>.

Ainda sobre o referido tópico, Adriana Mildenberger destaca:

A liberdade da atuação discricionária ainda pode ser considerada restritiva, na medida em que a norma atribui ao agente público a faculdade de decidir qual a melhor alternativa para solucionar dada situação, porém o próprio caso concreto poderá não possibilitar essa escolha. Ou seja, mesmo a norma atribuindo certa margem de Discricionariedade à autoridade pública, possivelmente nenhuma conduta irá atingir a finalidade contida na lei. Assim sendo, é possível que exista um determinado comportamento discricionário no plano da norma, todavia, haverá casos em que tal conduta não poderá ser empregada, sob pena de burla ao princípio da segurança jurídica.<sup>50</sup>

Celso de Mello destaca que existem algumas situações em que a discricionariedade pode ocorrer, destacando a hipótese da norma, o comando da norma e a finalidade da norma, e explica:

A discricção administrativa pode residir na hipótese da norma, no caso da ausência de indicação explícita do pressuposto de fato, ou no caso de o pressuposto de fato ter sido descrito através de palavras que recobrem conceitos vagos. Também no comando da norma, quando nele se inculca ao administrador certa margem de liberdade para decidir se se pratica ou não se pratica dado ato, e também pode residir na finalidade da norma, pois ela serve de diretriz para a inteligência dos demais elementos da estrutura lógica da norma.<sup>51</sup>

Entretanto, questiona-se a verdadeira discricionariedade no jurídico brasileiro. Existe uma certa deficiência na formação de juizes nos cursos jurídicos brasileiros, e

---

<sup>49</sup> DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo. Atlas, 2006, p. 101.

<sup>50</sup> MILDENBERGER, Adriana. **Discricionariedade administrativa e seus limites na administração pública**. Tese (Mestrado) em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná, 2007, p. 6.

<sup>51</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 20.

estes mesmos juizes apenas se preocupam em informar os ternos da lei, não sendo isso suficiente para que motivos sejam reunidos e as razões dos conflitos e das tensões sociais sejam captadas. Conforme salienta José Eduardo Faria:

De que ao lado da crise de identidade hoje enfrentada pelo Poder Judiciário, crescentemente desafiado pela disposição dos movimentos sociais de substituir o “sujeito de direito” autônomo e atomizado pelos “sujeitos coletivos” empenhados em maximizar sua cidadania, em ampliar sua participação para fora dos mecanismos representativos tradicionais, em auto-realizar seus interesses e em construir seus próprios direitos, também, não se pode desconsiderar o problema da formação técnico-profissional e político-social dos magistrados. Por quê? Porque nos moldes atuais dessa formação nos cursos hoje existentes, encarados como um lugar para a linguagem da autoridade instituída, impedindo o aluno de hoje e o intérprete de amanhã de refletir sobre a produção, função e condições sociais, econômicas, políticas e culturais de aplicação alternativa do direito positivo.<sup>52</sup>

Deve-se saber, então, que com os devidos cuidados para que se evitem desbordamentos ou abusos pela falta de uma cultura que privilegie a ética, a discricionariedade foi criada de forma consciente para cuidar dos interesses da sociedade, provendo formas apropriadas de gerir a Administração de forma saudável. Celso de Mello deixa claro que, ao fim de tudo que foi dito, pode-se ter a impressão de que as declarações feitas desembocam, seja de forma consciente ou inconsciente, na tese de que, na verdade não existe discricionariedade, mas apenas a vinculação, já que em qualquer hipótese, só haveria real obediência à norma quando se adotasse a única providência adequada perante o caso concreto.<sup>53</sup>

Abusos são uma realidade na jurisprudência. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sobre o processo REsp 1062390 RS 2008/0116413-6, cujo relator foi o Ministro Benedito Gonçalves, processo datado de 26/11/2008 relata um caso de abuso de poder discricionário na Administração Pública, como segue:

EMENTA  
ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE  
SEGURANÇA. AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO DE

<sup>52</sup>FARIA, José Eduardo. Democracia e Governabilidade: **Os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica**. In: Pinheiro, José Ernane (org.). Ética, Justiça e Direito. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 18.

<sup>53</sup>MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 41.

RÁDIO COMUNITÁRIA. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ABUSO DO PODER DISCRICIONÁRIO. RECURSO ESPECIAL NAO-PROVIDO.

1. É entendimento pacífico nesta Corte que a autorização do Poder Executivo é indispensável para o regular funcionamento de emissora de radiodifusão, consoante o disposto nas Leis 4.117/62 e 9.612/98 e no Decreto 2.615/98.

2. Entretanto, em obediência aos princípios da eficiência e razoabilidade, merece confirmação o acórdão que julga procedente pedido para que a Anatel se abstenha de impedir o funcionamento provisório dos serviços de radiodifusão, até que seja decidido o pleito administrativo da recorrida que, tendo cumprido as formalidades legais exigidas, espera há mais de dois anos e meio, sem que tenha obtido uma simples resposta da Administração.

3. Recurso especial não-provido.

ACÓRDAO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux e Denise Arruda (Presidenta) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2008 (Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES - Relator<sup>54</sup>

Dessa forma, segundo a discricionariedade, ao Administrador cabe a obrigação de gerir os interesses da coletividade com os poderes a ele atribuídos. Logo, os poderes que lhe são dados servem para que este cumpra e supra os fins legais.

## 2.1 Retirada do Ato Administrativo

Apesar da decisão que cabe a um determinado agente sobre o caso, o ato administrativo pode ser retirado do mundo jurídico. Conforme menciona Bandeira de Mello:

Sobremodo no Estado de Direito, repugnaria ao senso normal dos homens que a existência de discricção administrativa fosse um salvo conduto para a administração agir de modo incoerente, ilógico, desarrazoado e o fizesse precisamente a título de cumprir uma finalidade legal, quando - conforme se viu - a discricção representa, justamente, margem de liberdade para eleger a conduta mais clarividente, mais percuciente ante as circunstâncias concretas, de

---

<sup>54</sup> JUS BRASIL. RECURSO ESPECIAL MANDADO DE SEGURANÇA. 2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2044871/recurso-especial-resp-1062390/inteiro-teor-12225923>>. Acesso em: 25 abril 2014.

modo a satisfazer com a máxima precisão o escopo da norma que outorgou esta liberdade. Também não se poderiam admitir medidas desproporcionadas em relação às circunstâncias que suscitaram o ato - e, portanto, assintônicas com o fim legal - não apenas porque conduta desproporcional é, assim mesma, comportamento desarrazoado, mas também porque representaria um extravazamento de competência.

Entende-se, então, que a retirada do ato administrativo deve seguir passos específicos. A literatura aponta para as diversas formas em que isso pode ser feito, mencionando a caducidade, por causa de uma norma jurídica que não permite determinada situação, por exemplo, quando um prefeito determina a coleta de lixo por uma empresa terceirizada, o que pode ser desfeito por outro ato que obriga a prefeitura a fazer a coleta.

A Lei nº 8987, de 2005, em seu artigo 38, dita em *in verbis*:

A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração da caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.<sup>55</sup>

Não apenas isso. Existe também a cassação, que entra em vigor pela falta de cumprimento de condições que haviam sido pré-estabelecidas, quando, por exemplo, uma determinada empresa de prestação de serviços públicos falta com o cumprimento de seus deveres.

Em adição a essas existe a revogação, que acontece por questões de oportunidade e conveniência tidas pela parte administrativa governamental, como por exemplo, quando se concede um título honorário a uma pessoa, mas que pode ser revogado pelo cometimento posterior dessa pessoa, de um delito grave. E finalmente, a anulação, que acontece quando da ilegalidade do ato, como por exemplo, quando se contrata um servidor público fora do princípio da legalidade, tal ato vindo a ser anulado posteriormente.

A jurisprudência apresenta casos de retirada do ato administrativo em uma de suas muitas possibilidades, conforme apresentado pela 8ª turma do TST, cujo relator foi Sebastião Geraldo de Oliveira, entitulado 'Agravo de instrumento, recurso de

---

<sup>55</sup> BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Lei das Concessões de Serviços Públicos. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-8987-13-fevereiro-1995-349810-norma-pl.html>>. Acesso em: 20 abr.2014.

revista, função gratificada incorporada de forma ilegal. Ato administrativo nulo com devolução de valores, como segue *in verbis*.

A Lei n.º 9.784/99, introduzida no ordenamento jurídico pátrio para regular o processo administrativo na esfera da Administração Pública Federal direta e indireta, é aplicável à Administração Estadual na ausência de lei local específica, como na presente hipótese. Em seu art. 54, prevê que - o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé-. Nesse sentido, não há que se falar em decadência, visto que o ato administrativo em questão não decorreu de boa-fé, conforme se extrai da decisão Regional. Tampouco se há de falar em prescrição com limitação quinquenal. Se o ato administrativo foi tido por ilegal, o correto seria, ante o defeito da legalidade detectado, a declaração de nulidade do ato com efeitos *ex tunc*, o que poderia inclusive ser determinada pela própria Administração, tendo em vista o princípio da autotutela que rege a Administração Pública. Entretanto, como não houve interposição de Recurso de Revista pela COHAB nesse sentido, ou seja, ante a ausência de provocação do interessado, mantenho a decisão Regional em que se pronunciou a prescrição quinquenal em relação ao pedido de devolução de valores. Agravo de Instrumento não provido.<sup>56</sup>

A lei dita que os atos administrativos devem seguir princípios legais, tais como o da legalidade, e caso não o façam, devem ser retirados, como o caso mencionado acima.

## **2.2 Causas geradoras da discricionariedade**

A discricionariedade é parte importante do ato administrativo, conforme tem sido descrito nesse trabalho de conclusão de curso. Porém, a mesma não acontece simplesmente acontecendo. Existem causas que geram a discricionariedade, uma delas sendo as causas normativas. Entre estas se encontram a hipótese da norma, que Celso Antonio Bandeira de Mello descreve como “o modo impreciso com que a

---

<sup>56</sup> JUS BRASIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. FUNÇÃO GRATIFICADA INCORPORADA DE FORMA ILEGAL. ATO ADMINISTRATIVO NULO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20814570/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-8333003720075120026-833300-3720075120026-tst>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

lei haja descrito a situação fática (motivo), isto é, o acontecimento do mundo empírico que fará deflagrar o comando da norma, ou da omissão em descrevê-lo.<sup>57</sup>

Além disso, existe também o comando da norma, que ainda de acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello:

quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta, seja (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja (b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja (c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias.<sup>58</sup>

Também, outra coisa que gera a discricionariedade é a finalidade da norma jurídica a ser implementada, que acontece no caso de expressão da norma jurídica com palavras de conteúdo impreciso ou vago. Afirma Aldemir Berwig que:

É a previsão através de conceitos jurídicos indeterminados, fluídos ou elásticos, que admitem uma interpretação plurissignificativa. É o caso das palavras “segurança pública”, “moralidade pública”, “interesse público” e “urgência”, dentre outras, que são conceitos plurissignificativos, passíveis de interpretações diversas e em graus e medidas variadas, de acordo com o juízo subjetivo do agente público competente. Sendo a finalidade da norma expressa mediante uma palavra cujo conceito seja valorativo e, portanto, plurissignificativo, sua fluidez transporta-se para o pressuposto de fato, de modo que este ganha fluidez em razão da finalidade expressa em conceitos indeterminados.<sup>59</sup>

Descreveram-se, então, os três fatores dos quais decorre a discricionariedade, que sejam, a hipótese, o comando ou a finalidade da norma. Mas é importante que se entenda que a discricionariedade não é manifesta na lei, mas no ato que foi consumado. A jurisprudência apresenta alguns exemplos de fatos geradores da discricionariedade, como se segue:

A 16ª Câmara de Direito Público, em 28/02/2013, sob o relator João Negrini Filho, em um caso de acidente do trabalho, com execução, astreintes, aplicação de

<sup>57</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 19.

<sup>58</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 20.

<sup>59</sup> BERWIG, Aldemir. O controle judicial da discricionariedade administrativa. **Revista Ambiente Jurídico**. 2014, p. 2. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=artigos\\_leitura\\_pdf&artigo\\_id=2641](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=2641)>. Acesso em: 20 abr. 2014.

multa diária, em um cabimento contra o poder público, em caso de revogação e revisão com ampla discricionariedade do juiz relata o seguinte desfecho:

É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer. Porém, revelando-se excessivas as "astreintes", geradora de enriquecimento sem causa, incumbe ao juiz, inclusive de ofício, modificar seu valor e periodicidade. Interpretação dos arts. 461 e 461-A do CPC. Recurso provido parcialmente.<sup>60</sup>

Outro caso em que estava envolvido um fator gerador da discricionariedade foi relatado em um Tribunal de Pernambuco, datado de 2011, na 7ª Câmara Cível, tendo como relator, Fernando Cerqueira, que trouxe a seguinte decisão:

**Ementa:** CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CERTIDÃO DE DÉBITO (MULTAS) EXPEDIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. TÍTULO IDÔNEO. LEGITIMIDADE DA FAZENDA ESTADUAL. MULTA PROPORCIONAL AO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. A matéria ora debatida não é de competência exclusiva da União e pode ser abordada pelos Estados-membros em seus respectivos ordenamentos jurídicos. A Constituição Estadual de Pernambuco, em necessária consonância com o art. 75, da Carta Republicana de 1988, dá eficácia de título executivo as decisões do Tribunal de Contas do Estado que resulte em imputação de débito ou multa. O Código de Processo de Processo Civil, em seu art. 585, VIII, concebe como título executivo extrajudicial, todos os títulos que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. No caso em apreço, é a própria Constituição Estadual que confere às Certidões de Débito do Tribunal de Contas de Pernambuco plena executividade. É entendimento pacífico dos tribunais superiores que a legitimidade para a cobrança é do próprio ente beneficiário da imputação, bem como que, em caso de o ente credor ser detentor de personalidade jurídica própria, é legítimo a propor a ação de execução, ainda que integre a administração indireta de determinado ente estatal. O STF, no RE 223037-1/SE, reafirmou a ilegitimidade das Cortes de contas para executar seus próprios julgados, tendo em vista que os órgãos de controle externos não detêm capacidade jurídica e tampouco o ordenamento jurídico lhes conferiu excepcional capacidade processual. Não há desproporcionalidade da multa aplicada no percentual de 30% (trinta por cento) de seus vencimentos. O § 1º do art. 5º da Lei nº 10.028/2000, estipula o quantum sobre o vencimento do agente que lhe deu causa, afastando, assim, qualquer arbitrariedade ou demasia na

---

<sup>60</sup> JUSBRASIL. **Acidente de trabalho com execução. Causa geradora da discricionariedade.** 2013. Tribunal da Justiça de São Paulo. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113816051/apelacao-apl-33827620098260554-sp-0003382-7620098260554>> Acesso em: 25 abril. 2014.



estipulação da multa. Comprovada a existência do fato gerador, consistente nas irregularidades apuradas na ordenação da despesa, é dever do Tribunal de Contas aplicar a referida lei, aplicando a proporcionalidade entre a sanção e o grau de reprovabilidade da conduta do agente, não podendo se falar em discricionariedade, mas sim em um ato estritamente vinculado. Recurso de Agravo a que se nega provimento. Decisão unânime.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> JUSBRASIL. **TJ-PE - Agravo : AGV 2419543 PE 0013183-10.2011.8.17.0000**. 2011. Disponível em: < <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20263521/agravo-agv-2419543-pe-0013183-1020118170000>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

### 3. LIMITES AO PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO.

Conforme já foi estudado até esse ponto, a Administração Pública detém poderes que lhe permite tomar decisões sobre assuntos de natureza pública. Porém, deve ser lembrado que seu poder não é total, tendo que seguir princípios que regem a sua autonomia. Sobre os limites atribuídos à Administração, Flávia Martins André da Silva dita:

A discricionariedade é sempre parcial e relativa, ou seja, não é totalmente livre, pois sob os aspectos de competência, forma e finalidade a lei impõe limitações, portanto, o correto é dizer que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos subordinado aos limites da lei. O administrador para praticar um ato discricionário deverá ter competência legal para praticá-lo, deverá obedecer à forma legal para realizá-la e deverá atender a finalidade que é o interesse público. O ato tornará nulo se nenhum destes requisitos for respeitado.<sup>62</sup>

As limitações aqui estipuladas são a própria competência, a obediência ao princípio da legalidade e atender às necessidades do público, não podendo as decisões ser tomadas por simples vontade do administrador público. Deve haver um motivo justificado e suficiente para a prática do ato administrativo, devendo estar dentro da realidade e da razoabilidade, ser lícito e dentro da lei, que é a base da tomada de ações administrativas. Ainda falando sobre a importância da razoabilidade e da realidade no ato administrativo, Flávia Martins André da Silva menciona:

Os princípios da realidade e razoabilidade estão vinculados com os atos discricionários. O princípio da realidade disciplina a convivência real entre os homens e seus atos devem ser sustentados por uma norma. E a Administração deve apresentar condições mínimas para cumprir a finalidade de satisfação do interesse público. O princípio da razoabilidade confere que, a Administração deve atuar de modo racional e afeiçoar ao senso comum das pessoas, tendo em vista a competência recebida para tal prática. Aplica-se a todas as situações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas e com avaliação adequada da relação custo-benefício.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> SILVA, Flávia Martins André. **Poder discricionário da Administração Pública**. 2006. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2635/Poder-discricionario-da-Administracao-Publica>>. Acesso em: 25 abr.2014, p.1.

<sup>63</sup> SILVA, Flávia Martins André. **Poder discricionário da Administração Pública**. 2006. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2635/Poder-discricionario-da-Administracao-Publica>>. Acesso em: 25 abr.2014, p.2.

É importante o comentário da autora sobre o assunto, quando esta diz que o princípio da razoabilidade serve como auxílio dos atos do Estado, contendo estes atos no espaço limítrofe do serviço oferecido ao público, e dessa forma, a ação administrativa se torna legítima.

Comentário complementar de Adriana Mildemberger reforça o que foi dito, apontando que:

A liberdade da atuação discricionária ainda pode ser considerada restritiva, na medida em que a norma atribui ao agente público a faculdade de decidir qual a melhor alternativa para solucionar dada situação, porém o próprio caso concreto poderá não possibilitar essa escolha. Ou seja, mesmo a norma atribuindo certa margem de Discricionariedade à autoridade pública, possivelmente nenhuma conduta irá atingir a finalidade contida na lei. Assim sendo, é possível que exista um determinado comportamento discricionário no plano da norma, todavia, haverá casos em que tal conduta não poderá ser empregada, sob pena de burla ao princípio da segurança jurídica.<sup>64</sup>

Compreende-se, então, que a legitimidade do ato deve ser primordial nas decisões administrativas tomadas, sendo que mesmo a liberdade existente deve ser restrita.

### 3.1 O princípio da boa-fé do administrador

A própria boa-fé como princípio pode servir como agente de restrição ao ato administrativo, estimulando a sua discricionariedade. Ela encontra larga aplicação no Direito em geral, mas em particular se destaca a sua vasta utilização no direito privado. Se questionado sobre a mesma, qualquer profissional da área jurídica, com certeza, dirá que conhece o princípio da boa-fé. Instado a transformar esse conhecimento em um conceito, no entanto, poucos serão os que ousarão fazê-lo, e entre os que o fizerem, certamente não haverá dois conceitos idênticos.

A boa-fé esculpida no Código Civil impõe certos deveres às partes contratantes, possuindo a função de fonte de novos deveres de conduta durante o vínculo contratual. De acordo com Carlos Gonçalves:

---

<sup>64</sup> MILDENBERGER, Adriana. **Discricionariedade administrativa e seus limites na administração pública**. Tese (Mestrado) em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná, 2007, p. 5.

o princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, deve ser provada por quem a alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar<sup>65</sup>.

O grande entrave que sempre se apresentou à abordagem adequada da questão, sem sombra de dúvida, foi o fato de que a boa-fé, na realidade, é uma criação do direito, mas tratando-se de uma criação que, na sua própria gênese, por definição, sempre terá que se mostrar inacabada, por isso que estará sempre a requerer um complemento que depende dos valores vigentes em cada época. Dito em outras palavras, a boa-fé está sempre e indissolavelmente ligada aos fatores socioculturais de um determinado lugar e momento.

A obra de Luiz Guilherme Loureiro trata da reciprocidade entre os contratantes na relação de lealdade:

A boa-fé agrega uma exigência ético-social que é, ao mesmo tempo de respeito a personalidade alheia e a colaboração com os demais. Portanto a boa-fé esta na ordem do dia. Pode ser invocada em diversas situações, por se tratar de um conceito leve e amplo. Vincula a toda regra destinada a sancionar comportamento repreensível ou anormal. Assim a regulamentação das cláusulas abusivas pode ser considerada como oriundas da idéia de boa-fé, uma vez que aquele que impõe tais normas não age com boa-fé. Pode ainda sustentar, de forma convincente, que a anulação do contrato por dolo, vício de consentimento, é a sanção de um dever de lealdade<sup>66</sup>.

Diante do posicionamento dos respeitáveis doutrinadores citados acima na abordagem da regra da boa-fé, a doutrina reconhece o papel fundamental como cláusula geral para a aplicação no direito obrigacional, sendo aplicável a toda e qualquer relação contratual impondo ao contratante um padrão de conduta, ou seja,

---

<sup>65</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V. iii. Contratos e atos. 5. Ed. revisada e atualizada, 2008, p. 33

<sup>66</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme **Teoria Geral dos Contratos em espécie**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Método, 2008, p. 78.

lealdade, probidade, e ainda, requer honestidade nos procedimentos dos contratantes no cumprimento da obrigação contratual.

Para Miguel Reale, citado na obra de Diniz, “a boa-fé é condição essencial à atividade ético-jurídica, caracterizando-se pela probidade dos participantes. É forma de conduta e norma de comportamento”.<sup>67</sup> Todos esses fatores, como facilmente se pode imaginar, têm-se constituído, ao longo da evolução da análise da boa-fé pela Ciência do Direito (e até hoje se constituem), em obstáculo quase intransponível à obtenção de um conceito abstrato e teórico que se mostre satisfatório. Muito pelo contrário, embora algumas linhas mestras abstratas possam ser traçadas, sempre haverá de se mostrar indispensável a análise minuciosa do caso concreto onde tais linhas devam ser aplicadas, sendo inviável que se atinja solução adequada apenas em função das normas e valores que informam o sistema.

O sistema jurídico, como se sabe, está em incessante interação com o meio social onde encontra sua aplicação, em uma troca recíproca de conceitos e de soluções, e por isso as inovações sociais repercutem quase que de imediato no ordenamento jurídico, e com frequência surgem situações que são alheias às normas legais ou em relação às quais é quase nenhum o tratamento dispensado pelo direito posto. E é exatamente nessas situações, pouco ou nada reguladas pela lei, que com mais intensidade se mostra aplicável a boa-fé, exatamente por ser um conceito estranho à lei, não podendo ser por esta aprisionado.

O fato da inserção expressa da boa-fé em Códigos, cujo caráter normativo vinculante não se discute, torna o tema ainda mais interessante, pois a formação jurídica brasileira ensina que não há palavras inúteis na lei, recomendando a pesquisa sobre o significado e extensão do conceito aberto. Além disso, a boa-fé está intimamente ligada à confiança, à lealdade e à transparência, necessárias para a construção de relações jurídicas livres, justas e solidárias, o que corresponde a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencado no art. 3º, I, da Constituição.

Constatada a insuficiência da norma moral para garantir a coerência e a verdade - e diante de suas imprescindibilidades para o convívio entre os homens -, o

---

<sup>67</sup> REALE, Miguel *apud* DINIZ, Maria Helena. **Curso Direito Civil Brasileiro**: Teoria das obrigações e Contratos e Extra contrato, 24. Ed, 2008, p. 35.

Direito incorporou o elemento moral, positivando a boa-fé e garantindo sua observância graças a sua coercibilidade. Assim, reconhece-se o aspecto moral da boa-fé enquanto algo a que se atribui valor positivo, orientando a verdade consigo mesmo e nas relações com os outros. E também como conduta certa e virtuosa, independente do Direito Positivo, mas por ele normalizado. O elemento moral não é o fundamento para a aplicação da boa-fé no Direito, dada a distinção entre a moral e o Direito, mas integra o conteúdo da boa-fé e, nessa medida, facilita a sua compreensão.

## CONCLUSÃO

À Administração Pública cabe a tomada de decisões. Seguindo os princípios estabelecidos pela Lei, todo administrador público deve basear seus atos na moral comum, cuidando do interesse do público. Deve poder fazer a separação entre o bem e o mal, daquilo que é legal ou não, do que apresenta conveniência e inconveniência e do que a sociedade e a justiça consideram justo e injusto.

Isso quer dizer que a administração deve utilizar os meios legais disponíveis sem se afastar dos seus objetivos, buscando sempre atingir e satisfazer as necessidades da sociedade. Para que isso aconteça, todo administrador deve estar atento aos seus objetivos, aos princípios envolvidos, sob pena de incorrer em atos arbitrários.

Acredita-se então que, apesar da razoabilidade estar relacionada com a eficiência da administração pública, deve-se também aproveitar os recursos colocados à disposição dos agentes administrativos, por meio, também da adequação lógica desses meios utilizados e dos esforços às necessidades públicas.

Assim, a Administração Pública pode e deve ser eficiente na busca de soluções para os problemas, em todos os seus atos administrativos. O estudo realizado mostrou que os princípios da moralidade, da eficiência, da legalidade e da impessoalidade, entre outros, devem ser seguidos, para que não haja arbitrariedade.

A discricionariedade é uma ferramenta que pode ser usada pela administração pública na solução dos problemas administrativos, para uma melhor aplicação dos atos administrativos, mas os limites estabelecidos apontam para o seguimento da lei, para a observância dos princípios, sempre colocando os interesses da sociedade à frente dos interesses administrativos.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERWIG, Aldemir. O controle judicial da discricionariedade administrativa. **Revista Ambiente Jurídico**. 2014,p.2. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=artigos\\_leitura\\_pdf&artigo\\_id=2641](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=2641)>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Lei nº 4.717/1965**. Regula a ação popular. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm)>. Acesso em: 20 jun.2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 set 2013.

\_\_\_\_\_. **Código Penal Brasileiro**. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 8 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.784/99**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 15 set. 2013.

\_\_\_\_\_.**Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Lei das Concessões de Serviços Públicos. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-8987-13-fevereiro-1995-349810-norma-pl.html>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. **A convalidação do ato administrativo**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13815&revista\\_caderno=4](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13815&revista_caderno=4)> Acesso em: jun 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. 8. Ed. São Paulo: Impetus, 2005.

DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo. Atlas, 2006.



FAGUNDES, Miguel Seabra. **Controle dos atos administrativos pelo Poder judiciário**. 7. ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FARIA, José Eduardo. Democracia e Governabilidade: Os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica. In: Pinheiro, José Ernane (org.). **Ética, Justiça e Direito**. Petrópolis: Vozes, 1996.

FIDELIS, Andressa Lins. **A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no controle da Administração Pública**: uma releitura do controle dos atos administrativos discricionários. Monografia (Graduação) Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da tipicidade das formas**. Inquirição de testemunhas. Ordem. Inversão. Nulidade. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 20 de jun. 2014, p. 2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V. iii. Contratos e atos. 5. Ed. revisada e atualizada, 2008.

JUSBRASIL. **Recurso especial mandado de segurança**. 2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2044871/recurso-especial-resp-1062390/inteiro-teor-12225923>>. Acesso em: 25 abril 2014.

JUS BRASIL. **Agravo de Instrumento. Recurso de revista. Função gratificada incorporada de forma ilegal. Ato administrativo nulo. Devolução de valores**. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20814570/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-8333003720075120026-833300-3720075120026-tst>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

JUSBRASIL. **Acidente de trabalho com execução. Causa geradora da discricionariedade**. 2013. Tribunal da Justiça de São Paulo. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113816051/apelacao-apl-33827620098260554-sp-0003382-7620098260554>> Acesso em: 25 abril. 2014.

JUSBRASIL. TJ-PE - **Agravo : AGV 2419543 PE 0013183-10.2011.8.17.0000**. 2011. Disponível em:< <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20263521/agravo-agv-2419543-pe-0013183-1020118170000>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria Geral dos Contratos em espécie**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Método, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador** - As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70.

MILDENBERGER, Adriana. **Discricionariedade administrativa e seus limites na administração pública**. Tese (Mestrado) em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Atos Administrativos**. 2009. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

MOTA, Adriana Silva. **Os maus antecedentes na aplicação do princípio da insignificância**: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Monografia (Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais). Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Brasília-DF, 2008, p. 11.

PIMENTA, Daiane *et al.* **A Aplicabilidade do Princípio da Insignificância**. 2008. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/5912/1/A-Applicabilidade-Do-Principio-Da-Insignificancia/pagina1.html>>. Acesso em: 12 jun. 2014, p. 3.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.  
REALE, Miguel apud DINIZ, Maria Helena. **Curso Direito Civil Brasileiro: Teoria das obrigações e Contratos e Extra contrato**, 24. Ed, 2008, p. 35.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.

SANTANA, Edmundo Manuel. O princípio da culpabilidade como limite constitucional e a aplicação da responsabilidade penal. **Rev. Disc. Jur. Campo Mourão**, v. 1, n. 1, p.24-35, jul./dez. 2005, p. 3.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, Flávia Martins André. **Poder discricionário da Administração Pública**. 2006. Disponível em:< <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2635/Poder-discricionario-da-Administracao-Publica>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

SILVA, Luana de Carvalho. O Princípio da Culpabilidade e a Produção de Sujeitos. Dissertação Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná, 2008.

SOUZA JÚNIOR, Nelson Gonçalves. **Inexorabilidade do regime integralmente fechado e seus reflexos sociais e constitucionais**. Monografia Bacharel em Direito. Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2003.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TRF-2 - **Agravo de Instrumento**: AG 174491 RJ 2009.02.01.003313-0. Disponível em:  
<<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4958999/agravo-de-instrumento-ag-174491>>. Acesso em: 20 maio. 2014.

## **ANEXO A: JURISPRUDÊNCIA LIMITES AO PODER DISCRICIONÁRIO 1.**

TJ-BA - Mandado de Segurança MS 00156858120138050000 BA 0015685-81.2013.8.05.0000 (TJ-BA)<sup>68</sup>

Data de publicação: 29/11/2013

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA SELEÇÃO DE CANDIDATOS AO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DA BAHIA. CANDIDATA REPROVADA NA PROVA DISCURSIVA DE REDAÇÃO. PRETENSÃO DE RECORREÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO OU DE DESCONSIDERAÇÃO DESTA ETAPA DO CONCURSO. ALEGAÇÃO DE QUE A NOTA FORA ATRIBUÍDA SEM JUSTIFICATIVA OU FUNDAMENTAÇÃO OBJETIVA. AVALIAÇÃO E REVISÃO DA PROVA. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. CONTROLE PELO JUDICIÁRIO. LIMITES. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE OS CANDIDATOS. AGRAVO REGIMENTAL. JULGAMENTO PREJUDICADO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. O Poder Público deve obedecer aos princípios que norteiam a Administração pública, em especial, ao da Legalidade.
2. O princípio da Legalidade é, incontestemente, o norte que deve conduzir os atos dos agentes da Administração. Este princípio determina que o Administrador deve agir em total consonância com a lei, só sendo legítimo aquele ato que estiver de acordo com o estabelecido na norma; caso seja verificada qualquer discordância com a norma legal, o ato Administrativo será viciado e, portando, passível de anulação pela própria Administração no exercício da autotutela ou pelo Poder Judiciário.
3. Afigura-se defeso ao Judiciário analisar o mérito do ato administrativo no âmbito de sua conveniência e oportunidade, podendo, apenas e excepcionalmente, examiná-lo no que tange a sua legalidade.
4. No que se refere a concurso público, a jurisprudência pátria sedimentou o entendimento no sentido de ser vedado ao Poder Judiciário efetuar nova correção

---

<sup>68</sup> FONTE: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=LIMITES+AO+PODER+DISCRICION%C3%81RIO+DA+ADMINISTRA%C3%87%C3%83O>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

de prova, reapreciando as notas concedidas pela Banca Examinadora, porquanto, trata-se de matérias atinentes ao mérito administrativo, podendo o Poder Judiciário tão somente, verificar a legalidade do edital e o cumprimento de suas normas pela Administração.

5. A Impetrante pretende a correção da prova discursiva de redação pelo Poder Judiciário, ou a desconsideração desta etapa do concurso, em que fora reprovada, para determinar que realize as demais fases do certame, sob a alegação de que a sua nota fora atribuída pela Banca Examinadora sem justificativa ou fundamentação objetiva, entretanto, referidos vícios não se revestem de ilegalidade ou desvirtuamento das regras insertas no edital.

6. O fato do Impetrante considerar que a resposta ao seu recurso administrativo teria sido genérica não autoriza ao Judiciário a desconsideração desta etapa do concurso, em que fora reprovado, para determinar que realize as demais fases do certame, sob pena de violar o princípio da isonomia entre os concorrentes.

7 . Com o julgamento do Mandado de Segurança, o agravo regimental interposto em face de decisão liminar proferida no presente writ perde o seu objeto 8. Denega-se a segurança pleiteada, declarando-se prejudicado o julgamento do Agravo Regimental de fls. 84/92...

## **ANEXO B: JURISPRUDÊNCIA LIMITES AO PODER DISCRICIONÁRIO 2**

TJ-SC - Agravo Regimental em Mandado de Segurança MS 506 SC 2010.000050-6 (TJ-SC)

Data de publicação: 15/03/2010

Ementa: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRANTES APROVADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO. ESCRIVÃES DE POLÍCIA. PREVISÃO EDITALÍCIA DE NOMEAÇÃO DE NOVENTA CANDIDATOS POR ANO. REGRA QUE NÃO É ABSOLUTA. RESSALVA, NO EDITAL, DE QUE O ATO DEVE SEGUIR OS CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. LIMITAÇÕES FÍSICAS DAS INSTALAÇÕES DA ACADEMIA DE POLÍCIA CIVIL QUE NÃO PERMITEM A CHAMADA IMEDIATA DE TODOS OS CONCURSADOS NO MESMO MOMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE LESÃO OU AMEAÇA AO DIREITO DOS RECORRENTES À NOMEAÇÃO. PRAZO DO CERTAME PRORROGADO COM O FITO DE GARANTIR A SUA EFETIVAÇÃO. SUPOSTA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA NORMA QUE INSTITUIU O PLANO DE CARREIRA DO GRUPO SEGURANÇA PÚBLICA. LEI COMPLR ESTADUAL N. 453/2009. INSUBSISTÊNCIA. REENQUADRAMENTO QUE NÃO GERA PREJUÍZO AOS IMPETRANTES. MANUTENÇÃO DO JULGADO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE LIMINAR. RECURSO DESPROVIDO.

1. O candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital de concurso público tem direito subjetivo à nomeação para o cargo escolhido no prazo da validade do concurso, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE n. 227.480-7/RJ, rela. Mina. Cármen Lúcia, DJ de 20-8-2009) e deste Sodalício (ACMS n. , deste Relator, de Anita Garibaldi).

2. Na hipótese, porém, não há ameaça ou lesão a esse direito, pois não se está próximo do término da validade do certame, sobretudo porque houve a sua prorrogação pela autoridade competente com o fito de garantir a nomeação dos aprovados que se classificaram dentro do número de vagas previstas.

3. Sua irresignação é quanto a não observância da regra editalícia que previa a convocação de 90 (noventa) dos candidatos aprovados para o cargo de escrivão de polícia por ano. Todavia, tal item estabelecia a ressalva de que deveria ser observada a limitação física da Academia da Polícia Civil e é justamente esse o óbice à sua nomeação, o que não constitui de forma alguma lesão ao seu direito, porquanto tal ato deve seguir os critérios de conveniência e oportunidade da autoridade competente.

4. Destarte, por ser vedado ao Poder Judiciário interferir no poder discricionário da Administração em decorrência da separação dos poderes (Ap. Cív. n. , rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz), não há deferir o pedido de liminar para determinar a nomeação dos agravantes aos cargos escolhidos.

5. Por fim, a Lei Complr Estadual n. 453/2009, que instituiu o plano de carreira do grupo segurança pública, é de todo aplicável ao caso, haja vista que em nada prejudicou os agravantes.