

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JUDICIAL
DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS**

JOSÉ CRISTIANO CARDOSO TAVARES

Rio de Janeiro

2021

JOSÉ CRISTIANO CARDOSO TAVARES

LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JUDICIAL
DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira

Rio de Janeiro

2021

CIP - Catalogação na Publicação

T2311 Tavares, José Cristiano Cardoso
Limites e possibilidades do controle judicial
dos atos administrativos discricionários / José
Cristiano Cardoso Tavares. -- Rio de Janeiro,
2020.
78 f.

Orientador: Fábio Corrêa Souza de Oliveira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Direito Administrativo. 2. atos
administrativos. 3. discricionariedade. 4. controle
judicial. I. Oliveira, Fábio Corrêa Souza de,
orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

JOSÉ CRISTIANO CARDOSO TAVARES

LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JUDICIAL
DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Data da Aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira
Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2021

RESUMO

O ato administrativo é a principal forma de manifestação da vontade administrativa e meio pelo qual a Administração Pública exerce o poder administrativo, sendo equivalente à lei para o exercício do poder legislativo e à decisão judicial para o exercício do poder judiciário. Os atos administrativos ocupam lugar de destaque no Direito Administrativo, vinculando-se a um regime jurídico próprio de direito público e observando a noção contemporânea de constitucionalismo, que exige da Administração Pública políticas públicas que materializem as previsões constitucionais, muitas vezes por meio de atos discricionários. Este trabalho busca, na primeira parte, explorar por meio de pesquisa doutrinária os atos administrativos, suas características e elementos e, em seguida, a discricionariedade administrativa e os limites gerais de possibilidades de controle judicial sobre os atos administrativos, considerando a teoria do desvio de poder ou desvio de finalidade, a teoria dos motivos determinantes e a teoria dos princípios jurídicos, além de explorar as questões da constitucionalização dos princípios da Administração. Na segunda parte é feita análise da jurisprudência sobre o controle dos atos administrativos discricionários a partir de casos identificados nos mecanismos de busca dos STF e do STJ. Por fim, são tecidas considerações finais e sugestões de pesquisas futuras.

Palavras-chave: atos administrativos; atos discricionários; discricionariedade; discricionariedade administrativa; controle judicial

ABSTRACT

The administrative act is the main form of manifestation of the administrative will and the means by which the Public Administration exercises administrative power, being equivalent to the law for the exercise of legislative power and the judicial decision for the exercise of the judiciary power. Administrative acts occupy a prominent place in Administrative Law, being linked to a legal regime of public law and observing the contemporary notion of constitutionalism, which requires public policies from the Public Administration that materialize the constitutional provisions, often through discretionary acts. This work aims, in the first part, to explore through doctrinal research the administrative acts, their characteristics and elements, and then the administrative discretion and the general limits of possibilities of judicial control over administrative acts, considering the theory of deviation of power or deviation of purpose, the theory of determining motives and the theory of legal principles, in addition to exploring the issues of constitutionalization of the principles of Administration. The second part analyzes the jurisprudence on the control of discretionary administrative acts based on cases identified in the search engines of the STF and STJ. Finally, final considerations and suggestions for future research are made.

Keywords: administrative acts; discretionary acts; discretion; administrative discretion; judicial control;

SUMÁRIO

1	Introdução	9
2	O ato administrativo.....	12
2.1	Contextualização e conceitos correlatos	12
2.2	O regime jurídico-administrativo	14
2.3	Conceito de ato administrativo	15
2.4	Características dos atos administrativos	16
2.4.1	Presunção de legitimidade	17
2.4.2	Imperatividade	18
2.4.3	Autoexecutoriedade	18
2.4.4	Tipicidade	19
2.5	Elementos dos atos administrativos	20
2.5.1	Competência	21
2.5.2	Objeto	23
2.5.3	Forma.....	24
2.5.4	Motivo	25
2.5.5	Finalidade	27
3	A discricionariedade administrativa	29
3.1	Vinculação, discricionariedade, mérito e arbitrariedade	29
3.2	Âmbito de extensão da discricionariedade	32
3.3	Localização da discricionariedade	33
3.4	Conceitos jurídicos indeterminados.....	35
4	O controle judicial dos atos administrativos.....	38
4.1	Princípio da separação de poderes	38
4.2	Limites gerais de possibilidade.....	39
4.3	Teoria do desvio de poder ou desvio de finalidade	42
4.4	Teoria dos motivos determinantes	44
4.5	Teoria dos princípios jurídicos e o controle de juridicidade.....	45

4.6	Constitucionalização dos princípios da Administração	46
5	Jurisprudência do STF e do STJ sobre controle judicial dos atos administrativos discricionários	48
5.1	STF	48
5.1.1	Metodologia de seleção dos casos	48
5.1.2	ARE 704520/SP - Leis nº 11.482/2007 e 11.945/2009 e a discricionariedade dos requisitos de relevância e urgência de edição de medidas provisórias	49
5.1.3	RE 837311/PI - Direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas prevista do edital em caso de surgimento de novas vagas durante a validade do certame	50
5.1.4	RE 1054110/SP - Exercício de atividade de transporte privado mediado por aplicativos	53
5.1.5	RE 898450/SP - Existência de tatuagem como critério de eliminação de candidato em concurso público	56
5.1.6	RE 1058333/PR - Possibilidade de remarcação de data de teste físico para candidata gestante em concurso público	60
5.2	STJ	63
5.2.1	Metodologia de escolha dos casos	63
5.2.2	REsp 1.612.931/MS - Implementação de plantão de 24 horas em delegacia de menores em Campo Grande	65
5.2.3	REsp 952.899/DF - Dispensa de licitação em contratos de gestão	67
5.2.4	REsp 443.310/RS - Impugnação de multa a empresa de transporte por recusa de acesso gratuito a linhas de ônibus seletivas por fiscais do trabalho	68
5.2.5	RMS 7.772/RJ - Inabilitação decorrente de qualificação econômico-financeira insuficiente em procedimento licitatório	70
5.2.6	RMS 1.751/PR - Invalidação de ato de remoção por ausência de pressuposto fático	71
6	Considerações finais	73
7	Referências Bibliográficas	77

1 INTRODUÇÃO

A crise global de saúde pública experimentada pela pandemia de Covid-19 gerou efeitos sociais e econômicos sem precedentes. Segundo dados da OMS, o vírus que iniciou sua propagação conhecida em dezembro de 2019 infectou 202.608.306 pessoas ao redor do mundo, levando a óbito 4.293.591 pessoas em até agosto de 2021¹, época em que este trabalho foi escrito. No Brasil, os casos confirmados chegam a 20.177.757, sendo 563.562 óbitos². Observe-se, porém, que tais números apenas representam os casos conhecidos, identificados por exames, e que na realidade podem ser maiores, tanto no mundo quanto no Brasil, em razão das dificuldades inerentes à testagem.

A boa notícia é que algumas vacinas foram desenvolvidas em tempo recorde e têm se mostrado promissoras na contenção dos novos casos, especialmente quanto ao desenvolvimento de formas graves da doença, tendo como consequência a expressiva diminuição de novos casos e de óbitos e, ao mesmo tempo, trazendo à vida, dentro do que é possível, de volta à normalidade. Ao tempo em que este trabalho é escrito, 21% da população já completou o ciclo de vacinação no Brasil e 16% já da população global está na mesma condição. No total, 52% de da população brasileira já recebeu ao menos uma dose de vacina e, no mundo, esse percentual é de cerca de 30% (OUR WORLD IN DATA, 2021).

Para além das perdas irreparáveis de vidas, fonte de dor e sofrimento e cujas palavras seriam sempre insuficientes, o fenômeno desencadeou a recessão mais profunda em décadas, levando o Banco Mundial a estimar impacto econômico no PIB de 2020 em -3,5% no agregado mundial e -4,1% no caso do Brasil. Mesmo com a recuperação em 2021, o Banco Mundial prevê crescimento de 5,6% do PIB global e 4,5% para a economia brasileira (WORLD BANK, 2021).

Nesse contexto, no âmbito político ganharam intensidade as tensões nacionais e internacionais, bem como surgiram inúmeras ameaças e oportunidades decorrentes da anormalidade dada a sua magnitude. Contrastando com a rivalidade econômica China-Estados Unidos que ganhou com a pandemia um contorno especial, a União Europeia, que passa pela necessidade

¹ WHO Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard. Disponível em <https://covid19.who.int/>. Acesso em 10/08/2021. Quando este trabalho começou a ser escrito, em setembro de 2020, o contingente de infectados era de cerca de 28 milhões de pessoas ao redor do mundo e os óbitos registrados se aproximavam de 923 mil.

² Ministério da Saúde: Painel Coronavírus. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 10/08/2021. No início desta escrita desta monografia, em 14/09/2020, o País vivia a tristeza de 131.625 óbitos e 4.330.455 casos de pessoas infectadas.

afirmação de sua índole confederativa, criou fundo de mais de € 800 bilhões para a recuperação econômica comunitária (COMISSÃO EUROPEIA, 2021). Todos fatos que já se encaminhavam, mas que foram potencializados pela pandemia.

No Brasil, a crise sanitária se assentou sobre conflitos políticos já acalorados que prejudicaram também a reação econômica, apesar do imenso esforço orçamentário dos entes federativos, especialmente do governo federal. De acordo com o Boletim de Resultado do Tesouro Nacional, divulgado pela Secretaria do Tesouro Nacional (2021) no final de janeiro de 2021, o governo central apurou déficit primário de R\$ 743,1 bilhões em 2020, tendo aplicado R\$ 520,9 bilhões em medidas de enfrentamento da crise (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2021). Apesar do montante expressivo direcionado a mitigar os efeitos da crise, é grande a controvérsia sobre a eficiência e a efetividade da aplicação desses recursos.

Por trás desse fenômeno, tem-se uma doença de comportamento incerto, cujo tratamento eficaz ainda é desconhecido e cujas vacinas desenvolvidas em tempo inédito ainda são disputadas globalmente. Promotora de sequelas potencialmente debilitantes e comprometedora da qualidade de vida de muitos os que sobrevivem, a Covid-19 gera temor e perplexidade no mundo ao contabilizar, ainda hoje, quase dois anos depois de seu conhecimento, mortes diárias na casa de milhares – volume esse que sequer somos capazes de avaliar a representação real.

Todo esse cenário dramático de saúde, social e econômico, eleva sobremaneira a pressão sobre os agentes da administração pública, especialmente do Poder Executivo, instados a dar soluções em um cenário de grandes incertezas, criticidades e imediatismos – e sob os olhares clamorosos da opinião pública, que, escandalizados pelos casos de corrupção em anos recentes e arrastados pela polarização política, são cada vez mais vigilantes e críticos.

Se essas vigilância e crítica são capazes de influenciar o Poder Executivo, diferente não é com o Poder Judiciário, que ganhou especial atenção da opinião pública nas últimas duas décadas, não só em razão dos julgamentos de casos de corrupção que mobilizaram o País, mas também por um movimento anterior de publicização e transparência, cujos exemplos mais evidentes são as transmissões de julgamentos das cortes superiores seja pela internet, seja por canais públicos de televisão.

Assim, talvez (e também, mas não somente) por todo o cenário se tem observado casos frequentes de decisões judiciais que obrigam, modificam e até proíbem ações de autoridades do Poder Executivo, em geral com mandamentos mais restritivos. Tais medidas, ocasionalmente justificadas pelo argumento de relevante interesse públicos e da efetivação da proteção a

direitos fundamentais difusos – como a saúde pública –, por vezes são criticadas pela opinião pública e por operadores do direito como populismo de mandatários políticos e/ou por ativismo judicial de magistrados engajados. Como exemplos pode-se lembrar das diversas determinações judiciais de *lockdown* em municípios de vários estados do País, além outras cujo objeto era a suspensão de reabertura de comércio em localidades onde o Prefeito entendia que as atividades poderiam ser retomadas com segurança.

Tais medidas têm suscitado disputas acerca dos limites do controle judicial sobre os atos da Administração, especialmente se isso se configuraria ou não uma intervenção ilegítima de um poder republicano sobre outro. Este trabalho, buscando contribuir para promoção do conhecimento e para a qualificação desse debate tão atual, visa conhecer quais seriam alguns dos limites e algumas das possibilidades em que o controle judicial dos atos administrativos pode ocorrer legitimamente, a partir da legislação, de fontes doutrinárias e de jurisprudência pesquisada nas bases de dados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Desse esforço de pesquisa exploratória, foi construído o trabalho, que, após este capítulo introdutório, inicia pelo estudo dos atos administrativos no segundo capítulo, apresentando o contexto em que se insere, conceitos relacionados, suas principais características e seus elementos. Em seguida, no terceiro capítulo, analisa-se a discricionariedade administrativa, conceitos relacionados, linhas gerais do âmbito de extensão e a localização da discricionariedade no ordenamento jurídico. No quarto capítulo tem-se algumas discussões doutrinárias acerca do controle judicial dos atos administrativos e as principais linhas teóricas indicadas pelos autores. No quinto capítulo são descritos o método e os resultados de pesquisa jurisprudencial sobre o controle judicial da discricionariedade administrativa, tendo como base decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. No sexto capítulo, por fim, são apresentadas algumas considerações sobre esta pesquisa e sugestões de possibilidades de pesquisas futuras.

2 O ATO ADMINISTRATIVO

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO E CONCEITOS CORRELATOS

O ato administrativo é a forma preferencial da manifestação da autoridade administrativa. Conforme doutrina tradicional, os atos administrativos são os instrumentos de manifestação do exercício do poder administrativo, de forma equivalente à lei para o exercício do poder legislativo e decisão judicial para o exercício do poder judiciário (MARQUES NETO, 2012).

Diariamente administradores editam milhares de atos administrativos, alguns desafiam mandados de segurança, outros são invalidados, outros ainda são plenamente hígidos. É por meio dos atos administrativos que o Estado exerce o seu poder administrativo e, de igual modo, pelo qual pode ser controlado (MARQUES NETO, 2012). Dada a sua importância, Carvalho Filho (2020) afirma que a teoria dos atos administrativos representa o ponto central do estudo do Direito Administrativo.

É comum que a doutrina esclareça as diferenças de sentido entre os termos (1) *atos e fatos jurídicos*, (2) *atos e fatos administrativos* e (3) *atos e fatos da administração*. Embora essas classificações sejam objeto de alguma controvérsia para a Teoria do Direito, as distinções contribuem para a identificação aproximada das categorias juridicamente relevantes e, especialmente, submetidas ao regime jurídico administrativo.

Para o Direito Civil, os *atos* são manifestações de vontade, acontecimentos imputáveis aos seres humanos, enquanto os *fatos* decorrem de acontecimentos naturais, que não dependem da ação humana ou que dependam apenas indiretamente (DI PIETRO, 2020; NADER, 2014).

A atribuição de “jurídicos” aos atos e fatos remete à existência de previsões e efeitos jurídicos a essas ocorrências. Assim, os *atos jurídicos* em sentido amplo são as manifestações da vontade humana com repercussão no mundo jurídico (elaboração de uma obra artística, casamento, ocupação e posse de um terreno etc.), do mesmo modo que os *fatos jurídicos* são os acontecimentos do mundo natural, com previsão e produção de efeitos no mundo do direito (nascimento de uma criança, o atingimento da idade mínima para aposentadoria etc.) (NADER, 2014).

O atributo de “administrativo”, por sua vez, designa a inserção dos atos e fatos no domínio do Direito Administrativo. De tal modo, os *atos administrativos* representam a vontade da administração preordenada ao atendimento da finalidade pública, ao passo que os *fatos*

administrativos são aqueles *atos jurídicos* cujos efeitos se dão especialmente no campo do Direito Administrativo (DI PIETRO, 2020; OLIVEIRA, 2020).

Por fim, é relevante diferenciar, ainda, os *atos e fatos da administração* que não se confundem com os conceitos apresentados – em especial não se confundem com os *atos e fatos administrativos*. Estes dizem respeito a sentidos mais amplos que os anteriores, indicando situações que se originam nos inúmeros órgãos que compõem o sistema administrativo, mas sem levar em consideração os efeitos jurídicos. São exemplos de *atos de administração* os atos regidos pelo direito privado (contratos de compra e venda, locação etc.). Entre os *fatos da administração* Di Pietro (2020) cita a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato, nos termos do art. 78, XIII, da Lei nº 8.666/93³. Nestes casos, caberá ao intérprete a adequada categorização da ocorrência.

Apesar desse esforço distintivo doutrinário, Di Pietro (2020) esclarece que, em sentido amplo e a partir da ideia de tripartição de poderes, todo ato praticado no exercício da função administrativa pode ser entendido como *ato da administração*, embora a classificação como *ato administrativo* dependa da amplitude do critério conceitual adotado, que deve ser capaz de atribuir categoria própria, com característica semelhantes e sujeição a idêntico regime jurídico.

Em síntese, para o Direito é relevante a diferenciação entre *atos e fatos jurídicos*, considerando que os primeiros decorrem de manifestações volitivas, enquanto os últimos têm origem no mundo natural, ambos com consequências jurídicas. Como subconjunto têm-se os *atos e fatos administrativos*, espécies dos primeiros gêneros, denotando elementos estruturais idênticos, porém com a especialidade de estarem inseridos no regime jurídico próprio da Administração Pública. Ressalte-se que *atos e fatos administrativos* também podem ser classificados como subconjuntos dos *atos e fatos da administração*, uma vez que estes últimos representam todas as situações originadas no âmbito da Administração Pública sem, contudo, se levar em conta as suas consequências jurídicas.

³ Lei nº8.666/1993, art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XIII - a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1o do art. 65 desta Lei;

2.2 O REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Silva (2016)⁴ define a expressão *regime jurídico* como

“o conjunto de normas que incidem sobre determinado aspecto da personalidade física ou jurídica, nos diversos papéis sociais de sua atuação, compreendendo desde as normas de origem constitucional até as disposições normativas privadas que regulam determinada situação. Neste sentido, são usadas as expressões ‘regime jurídico do casamento’, ‘da magistratura’, ‘do empregado’ etc.”

No contexto específico do Direito Administrativo, Di Pietro (2020), ensina que a noção de ato administrativo é contemporânea ao constitucionalismo e à separação dos poderes estatais. É, porém, noção derivada de uma concepção ideológica só observada nos países em que se reconhece a existência de regime jurídico-administrativo específico, que sujeita a Administração Pública a regramento diverso do regime de direito privado. Dito de outro modo, a noção se insere na concepção ideológica que submete a Administração Pública ao Direito (Estado de Direito) de modo especial e que subordina cada uma das funções estatais a um regime jurídico próprio.

Explica, a autora, que onde não se adota esse regime, como nos sistemas da *common law*, a noção de ato administrativo como conhecemos não é aceita. Embora exista o Direito Administrativo, nesses sistemas não há um regime jurídico próprio da Administração e que seja diferente do qual estão submetidos os particulares, ou seja, o que há é um direito comum para ambos os sujeitos (particulares e Administração).

De acordo com Bandeira de Mello (2017), o Direito Administrativo, como ramo do direito público, reproduz, no geral, as características do regime de direito público, acrescentando aqueles traços que lhes são próprios, resultantes da caracterização normativa de determinados interesses pertencentes à sociedade e não aos particulares. Essa caracterização diferenciada consiste, segundo o autor, no regime peculiar que se desenha a partir da consagração do (1) *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado* e do (2) *princípio da indisponibilidade dos interesses públicos*.

⁴ Obra atualizada por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes

No mesmo sentido, Di Pietro (2020) indica que o termo *regime jurídico-administrativo* consiste no conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada na relação jurídico-administrativa⁵.

Também no ensinamento de Carvalho Filho (2020), as atividades administrativas desenvolvidas pelo Estado, partem dos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público, tendo por fim o benefício da coletividade. Ainda que eventualmente agindo em vista de interesse estatal imediato, a finalidade última será sempre voltada para o interesse público. Assim, os atos administrativos, originários da Administração Pública e vocacionados ao atendimento do interesse público não podem estar regulados pelo direito privado, dado o interesse predominantemente particular deste último.

Em síntese, é possível observar que a doutrina ensina que o regime jurídico-administrativo consiste em regras e princípios jurídicos específicos para os atos administrativos que não incidem sobre atos privados. A razão disso é que os atos administrativos se qualificam como atos de Poder, e, portanto, devem ser dotados de certas prerrogativas especiais com vistas ao atendimento do interesse público. É o que ocorre, por exemplo, com os atributos de autoexecutoriedade ou de presunção de legitimidade dos atos administrativos.

2.3 CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO

Em relação ao conceito de *ato administrativo*, não há uniformidade entre os autores, que variam suas definições a partir das perspectivas quanto aos seus elementos e características.

Segundo Carvalho Filho (2020), o conceito deve atender às exigências exatas do instituto, considerando três pontos fundamentais: (1) que a vontade emane de agente da Administração Pública ou de agente dotado de prerrogativas desta; (2) que o conteúdo do ato produza efeitos jurídicos com fins públicos, e (3) que o ato seja regido basicamente pelo direito público.

A partir dessa abordagem, o autor define os atos administrativos como “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”.

⁵ A expressão não deve ser confundida com *regime jurídico da Administração Pública*, que é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode se submeter a Administração Pública, esclarece a autora.

Oliveira (2020), por sua vez, ressaltando a exteriorização da vontade administrativa, indica que esta pode ocorrer de diversas formas, nomeadamente por meio de manifestações unilaterais (atos administrativos), bilaterais (contratos da Administração) ou plurilaterais (consórcios e convênios). Assim, define atos administrativos como “a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública e de seus delegatários, no exercício da função delegada, que, sob o regime de direito público, pretende produzir efeitos jurídicos com o objetivo de implementar o interesse público”.

Já para Di Pietro (2020), a definição dos atos administrativos deve considerar (1) que ele constitui manifestação de vontade do Estado ou de quem lhe faça as vezes; (2) que o ato é sujeito ao regime jurídico administrativo, uma vez que a Administração detém prerrogativas e restrições próprias do poder público (desse modo afastam-se os atos de direito privado praticados pelo Estado); (3) que o ato produz efeitos jurídicos imediatos; (4) que é sempre passível de controle judicial, e (5) que sujeita-se à lei. Com esses elementos, a doutrinadora define o ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Em conclusão, pode-se sintetizar genericamente o conceito de atos administrativos como a espécie do gênero atos jurídicos, denotando que ambos tenham idênticos elementos estruturais, ou seja, manifestação de vontade (da Administração ou de quem esteja dotado das mesmas prerrogativas e visando o interesse público), com efeitos jurídicos (imediatos), sendo especialmente submetidos ao regime jurídico administrativo e passível de controle judicial.

2.4 CARACTERÍSTICAS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Como visto, os atos administrativos são espécie do gênero atos jurídicos e, nesse sentido, convém analisar os atributos que os distinguem dos atos de direito privado, ou seja, as características que os submetem a um regime jurídico administrativo, ou a um regime jurídico de direito público.

Não há uniformidade entre os doutrinadores acerca dos atributos dos atos administrativos. Alguns falam apenas em executoriedade, outros acrescentam a presunção de legitimidade, imperatividade, revogabilidade, tipicidade, estabilidade, impugnabilidade, por exemplo. O que importa destacar é que os atributos distintivos são aqueles que manifestam as prerrogativas do

poder público no exercício da posição de supremacia sobre o particular (CARVALHO FILHO, 2020; DI PIETRO, 2020).

Segundo Di Pietro (2020), os atos administrativos se caracterizam pelos atributos de presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade, além da tipicidade. Carvalho Filho (2020) aponta que são a imperatividade, a presunção de legitimidade e a autoexecutoriedade que traduzem a singularidade dos atos administrativos. Medauar (2018) segue estes mesmos três atributos, porém ressalta que o segundo se apresenta como presunção de legalidade.

A seguir serão analisadas em maior detalhamento as quatro características identificadas por Di Pietro (2020), em razão da abrangência proposta.

2.4.1 PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE

Embora seja uma característica comumente referida ora como *presunção de legitimidade*, ora de *presunção de legalidade* ou de *presunção de veracidade*, Di Pietro (2020) esclarece que tais expressões comportam nuances distintas.

A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei e, em decorrência disso, gera uma presunção relativa (*juris tantum*), cabendo prova em contrário de que os atos foram emitidos com observância da lei. A presunção de veracidade, por outro lado, diz respeito aos fatos e, ou seja, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração – é o que ocorre com as certidões, atestados, declarações etc., que são dotados de fé pública.

Carvalho Filho (2020) indica que a presunção de legitimidade não depende de lei expressa, mas deriva da própria natureza do ato administrativo como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado, com o objetivo de alcançar o interesse público que lhe compete proteger. Nesse sentido, seria inconcebível admitir que não tivessem aura de legitimidade, permitindo-se a todo momento que sofressem entraves opostos por pessoas de interesses contrários.

Da presunção de legitimidade, ainda segundo Carvalho Filho (2020), surgem os efeitos da autoexecutoriedade e da inversão do ônus da prova, cabendo a comprovação da ilegalidade a quem sustentar que o ato não seja legítimo. Especialmente sobre a inversão do ônus probatório, Di Pietro (2020) e Oliveira (2020) esclarecem que este é derivado da *presunção de veracidade* (e não da presunção de legitimidade), uma vez que não se trata de confronto *entre o ato e a lei*, mas de um confronto *entre o ato e os fatos* nos quais estão fundados.

2.4.2 IMPERATIVIDADE

Imperatividade é o atributo dos atos administrativos pelo qual estes podem ser impostos a terceiros, independentemente de sua concordância. Assim, a imperatividade marca a distinção em relação aos atos de direito privado, que não criam qualquer obrigação para terceiros sem a sua concordância (DI PIETRO (2020). Na perspectiva da Administração, a imperatividade representa o poder de impor o ato, mesmo contra a vontade do destinatário e, sob o ângulo deste, o caráter de inevitabilidade da decisão administrativa (MEDAUAR, 2018).

A imperatividade não ocorre, porém, em todos os atos administrativos, mas somente naqueles que impõem obrigações. É um atributo que não existe, por exemplo, nos atos que conferem direitos solicitados pelo administrado (licenças, autorizações, permissões etc.) ou nos atos apenas enunciativos (certidões, atestados, pareceres).

Segundo Carvalho Filho (2020), a imperatividade decorre do princípio da supremacia do interesse público, que justifica a coercibilidade dos atos administrativos.

2.4.3 AUTOEXECUTORIEDADE

Autoexecutoriedade consiste na característica pela qual a Administração Pública pode colocar em execução seus atos, inclusive se valendo de meios coercitivos próprios, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário (DI PIETRO, 2020).

Ensina Carvalho Filho (2020) que a autoexecutoriedade indica que tão logo seja praticado, o ato poderá ser imediatamente executado e seu objeto alcançado. Esta característica tem por fundamento a necessidade de garantir com rapidez e eficiência o interesse público, o que não ocorreria se a Administração Pública, a cada momento, tivesse de submeter suas decisões ao Poder Judiciário para execução.

De acordo com Medauar (2018), a autoexecutoriedade é justificada pela necessidade do atendimento imediato e contínuo do interesse público, que não deve ser retardado por manifestações contrárias de quem quer que seja.

Assim como a imperatividade, a autoexecutoriedade não ocorre em todos os atos administrativos, sendo possível apenas quando houver previsão expressa ou quando se tratar de medida urgente que, se não adotada de imediato, possa gerar prejuízo à coletividade.

É importante destacar que o atributo de executoriedade não afasta o controle judicial posterior, que pode ser provocado por quem se sentir lesado, assim como não afasta a possibilidade de requerimento de abstenção, seja por via administrativa ou judicial, no caso de ameaça de lesão.

Carvalho Filho (2020) aponta ainda que a autoexecutoriedade é com frequência aplicada aos atos em que a Administração Pública exerce poder de polícia, como, por exemplo, na destruição de bens impróprios para consumo público ou na demolição de obra que apresente risco iminente de desabamento. Uma vez constatada a situação, pode a autoridade administrativa providenciar a execução, resguardando o interesse público.

Em certas circunstâncias, no entanto, a prerrogativa da autoexecutoriedade é afastada, exigindo que a Administração Pública recorra ao Poder Judiciário por meio de ações judiciais próprias, como é o caso da cobrança de multas ou das desapropriações. Além disso, a Constituição de 1988 instituiu linhas mais restritivas à autoexecutoriedade ao dispor que nos processos administrativos que tenha presença de litigantes, ou naqueles de natureza acusatória, devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), impedindo a atuação exclusiva do administrador (CARVALHO FILHO, 2020).

Olivera (2020) esclarece, ainda, que a doutrina distingue a *executoriedade* e a *exigibilidade*. A primeira, também referida como *privilège d'action d'office*, ou executoriedade propriamente dita, indica que o agente público pode se valer de meios *diretos* de coerção (força) para executar a vontade estatal (como ocorre nos exemplos da destruição de bens impróprios para consumo ou na demolição de obra em risco de desabamento vistos acima). Já a exigibilidade (*privilège du préalable*, ou executoriedade indireta), se caracteriza pela possibilidade de o agente público se valer de meios *indiretos* de coerção para compelir o administrado a praticar determinada conduta (como é o caso da multa, nas hipóteses de descumprimento de obrigação).

2.4.4 TIPICIDADE

A característica da tipicidade, referida expressamente por Di Pietro (2020), constitui o atributo pelo qual os atos administrativos devem corresponder a figuras previstas pela lei como aptas a produzir resultados predeterminados. Esta característica decorre do princípio da legalidade, que afasta a possibilidade de a Administração Pública praticar atos inominados, que

embora facultados aos particulares em razão da autonomia da vontade, são vedados ao Poder Público.

A tipicidade representa, segundo a autora, uma garantia para o administrado de que a Administração não pratique atos dotados de imperatividade e autoexecutoriedade sem que haja previsão legal. Igualmente, afasta a possibilidade da prática de atos arbitrários pela Administração, considerando que a lei já tenha determinado os limites de discricionariedade que poderá ser exercido.

Por fim, esclarece Di Pietro (2020), que a tipicidade somente se manifesta nos atos unilaterais, uma vez que nos contratos não há imposição de vontade da Administração, mas dependência da aceitação do particular.

2.5 ELEMENTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Os atos administrativos, sendo atos jurídicos, se formam pela conjugação de alguns elementos, que devem atender preceitos legais para a produção de efeitos jurídicos válidos (MEDAUAR, 2018).

Como ocorre frequentemente nas questões atinentes à análise dos institutos jurídicos, a doutrina é divergente também quanto aos elementos dos atos administrativos, a começar pelo próprio termo *elementos*, que, conforme indica Di Pietro (2020), alguns preferem chamar de *requisitos*. Para além da nomenclatura, a própria identificação também é diversa. Segundo a autora, a diferença residiria na percepção de que os *elementos* estariam relacionados com a *existência* do ato, de modo a serem indispensáveis para a sua validade, enquanto *requisitos* seriam estes mesmos elementos acrescidos de caracteres que conferissem ao ato condições de produzir *efeitos jurídicos*. Em síntese, os elementos seriam, portanto, *agente, forma e objeto*, ao passo que os requisitos seriam *agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei*.

Para Carvalho Filho (2020) os elementos constituem os pressupostos necessários para a validade dos atos administrativos, de maneira que os atos praticados sem a observância de qualquer desses pressupostos contamina o ato pelo vício de ilegalidade, sujeitando-o à anulação.

Apesar de alguns autores se remeterem a um rol diferente de elementos (que podem incluir *publicação* ou *causa* (MEDAUAR, 2018), há certa preferência didática pela relação

positivada no art. 2º da Lei nº 4.717/1965, que regula a ação popular⁶, cuja ausência provoca a invalidação do ato: competência, objeto, forma, motivo e finalidade (CARVALHO FILHO, 2020; DI PIETRO, 2020).

2.5.1 COMPETÊNCIA

Alguns doutrinadores se referem a este requisito como *agente competente* (MEDAUAR, 2018), *sujeito* (DI PIETRO, 2020) ou simplesmente *competência* (CARVALHO FILHO, 2020), todos descrevendo conteúdo semelhante.

Pode-se entender por competência o círculo definido pela lei dentro do qual os agentes exercem legitimamente sua atividade, no caso, a competência administrativa (CARVALHO FILHO, 2020) ou, em outras palavras, o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas no direito positivo (DI PIETRO, 2020).

O instituto da competência se funda na divisão das atividades, ou seja, da necessidade de distribuir as tarefas decorrentes de cada uma das funções básicas (legislativa, administrativa ou jurisdicional) entre os agentes estatais, razão pela qual o instituto é estudado dentre dos três Poderes de Estado (CARVALHO FILHO, 2020).

Carvalho Filho (2020) indica ainda que o elemento de competência administrativa equivaleria ao da *capacidade* no direito privado, porém acrescido de um atributo especial exigido pelo direito público: que o agente atue dentro dos limites que a lei traçou. A competência decorre de norma expressa, podendo ser da Constituição, de lei em sentido estrito (que é a regra geral) ou mesmo de normas administrativas, não havendo presunção de competência. É na norma expressa que se encontram os limites e a dimensão das atribuições confiadas às pessoas administrativas, órgãos e agentes públicos.

A competência, uma vez que constitui um instituto de direito público, mantém estreita relação com o princípio constitucional das garantias individuais. Nesse sentido, ensina ainda Carvalho Filho (2020) que a competência possui como características a *inderrogabilidade* e a *improrrogabilidade*. Di Pietro (2020) acrescenta, também, como terceira característica, a *irrenunciabilidade*, amplamente aceita na doutrina e que consta como norma expressa no art. 11 da

⁶ Lei nº 4.717/1965, art. 2º - São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.

Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal⁷.

A *inderrogabilidade* significa que a competência de um órgão não se transfere a outro por acordo entre si, ou por assentimento do agente da Administração. Uma vez fixada a norma expressa, a competência deve ser rigidamente observada como prevista.

Por *improrrogabilidade* deve-se entender que a incompetência não se converte em competência, de modo que se um órgão não tem competência para certa função, não poderá vir a tê-la de modo superveniente, salvo se a norma definidora for alterada.

Em algumas circunstâncias, porém, a norma pode autorizar que um agente transfira a outro, geralmente de hierarquia inferior, funções que originalmente eram atribuídas a si. Trata-se do fenômeno da *delegação de competência*, que requer norma expressa autorizadora e que não retira da autoridade delegante a competência, mas sim atribui cumulativamente à autoridade delegada. Se, por outro lado, a autoridade hierarquicamente superior atrair a prática de ato cuja competência era normativamente prevista para agente de menor hierarquia, tem-se o fenômeno da *avocação* (CARVALHO FILHO, 2020).

Importa esclarecer que a delegação e a avocação são figuras excepcionais, justificáveis apenas ante os pressupostos estabelecidos em lei, sendo inválidas quando, de alguma forma, por via oblíqua, tenha por finalidade a supressão das atribuições dos administradores públicos. Também são inválidas, evidentemente, as delegações e avocações contrárias à previsão legal de competência exclusiva de determinado órgão ou agente (DI PIETRO, 2020).

Por fim, deve-se mencionar sobre a possibilidade de omissão do legislador sobre a fixação de competência para a prática de determinados atos. Nesses casos, não havendo lei, racionalmente a competência será atribuída ao Chefe do Poder Executivo, sendo este a autoridade máxima da organização administrativa. Apesar disso, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 17, determina que, diante da inexistência de competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico⁸.

⁷ Lei nº 9.784/1999, art. 11 - A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos (BRASIL, 1999).

⁸ Lei nº 9.784/1999, art. 17 - Inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir (BRASIL, 1999).

2.5.2 OBJETO

Segundo Di Pietro (2020), por *objeto* (ou *conteúdo*, como se referem outros doutrinadores) devemos entender o efeito jurídico imediato que o ato busca produzir, ou seja, o objetivo da vontade exteriorizada por meio do ato. A identificação do objeto exige apenas que se verifique o que o ato enuncia, prescreve, dispõe.

Em definição semelhante, Carvalho Filho (2020) indica que o objeto é a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo visa processar, podendo consistir na aquisição, no resguardo, na transferência, na extinção ou na declaração de direitos, de acordo com o fim que a vontade preordenar. É o que ocorre, por exemplo, na concessão de uma licença para construção, que tem por objeto permitir que o interessado possa edificar de forma legítima, enquanto o objeto da nomeação é admitir o indivíduo no serviço público.

De modo geral, a doutrina considera sinônimos os termos *objeto* ou *conteúdo* (MEDAUAR, 2018), porém Di Pietro (2020) diferencia os conceitos, esclarecendo que o objeto é a *coisa*, a *atividade*, a *relação* de que o ato se ocupa e sobre a qual vai recair o conteúdo do ato. Em que pese tal distinção conceitual, explica a autora, o que interessa considerar é o efeito jurídico produzido.

Nesse sentido, o objeto tem como requisito de validade ser *lícito* e o resultado pretendido ser *aceito pelo ordenamento* – requisito fundamental, sob pena de ilegalidade. Deve ainda ser *moral*, em observação aos princípios éticos e às regras de conduta que disciplinam a Administração Pública e, por fim, *certo*, definido quanto aos destinatários, aos efeitos, ao tempo e ao lugar (DI PIETRO, 2020; MEDAUAR, 2018).

A vontade do agente que se manifesta pelo ato administrativo deve representar a própria vontade do legislador. Quando a lei determina previamente o objeto de forma limitada, o que se tem é um *objeto vinculado*, como é o caso das licenças para exercício profissional, que, uma vez o interessado tendo preenchido os requisitos legais para obtenção, ela deverá ser concedida. Ocorre, porém, em outras hipóteses, que o legislador permite ao agente agir de forma um pouco mais livre, a partir de parâmetros que também limitam o conteúdo do ato, mas que se baseiam em critérios administrativos. Nesses casos está-se diante de *objeto discricionário*, como ocorre, por exemplo, na concessão de autorização para funcionamento de um circo em praça pública, podendo a Administração fixar os limites de horário de operação em julgamento de conveniência e oportunidade (CARVALHO FILHO, 2020).

Os aspectos que envolvem a vinculação e discricionariedade dos atos administrativos serão analisados em maior profundidade em tópico próprio neste trabalho.

2.5.3 FORMA

De modo geral, forma representa a exteriorização da vontade ou da decisão, com a finalidade de produzir efeitos no âmbito do direito. Diferente do direito privado, onde a manifestação da vontade é relevante, no ato administrativo a maneira de exteriorizar se reveste de importância especial, em razão do interesse público, da necessidade de ser conhecido pelos cidadãos e por outros órgãos da Administração Pública – o que inclui a possibilidade de controle (MEDAUAR, 2018).

O aspecto formal é de muito maior interesse no direito administrativo que no direito privado, uma vez que a obediência à forma (no sentido estrito) e ao procedimento constituem garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração (DI PIETRO, 2020).

Enquanto no direito privado a regra é a liberdade de forma, no direito público impera o formalismo moderado. Ainda que não seja necessário que o ato se revista de formas rígidas ou solenes sempre, exceto se a lei assim o determinar, na maioria dos casos o ato deve ser escrito. Apesar disso, excepcionalmente, ou dada a sua natureza, alguns atos podem ser manifestados por outros meios, como é o caso das emanções de agentes trânsito, que os manifestam por silvos e gestos (ALEXANDRE; DEUS, 2018). É o que se determina a art. 22, da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal⁹.

Apontam Di Pietro (2020) e Oliveira (2020) que a forma pode ser analisada em duas concepções: *forma em sentido estrito* e *forma em sentido amplo*. Em sentido estrito, compreende o meio pelo qual o ato administrativo é instrumentalizado, ou seja, forma verbal, forma escrita etc. Em sentido amplo, por outro lado, inclui no conceito de forma o meio instrumental e também todas as formalidades a serem observadas no processo de formação da vontade da Administração, bem como os requisitos concernentes à sua publicidade.

Segundo Carvalho Filho (2020), a forma integra a própria formação do ato e sua falta impede de completar o seu ciclo de existência. Na concepção jurídica, a forma implica a

⁹ Lei nº 9.784/99, art. 22 - Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir. § 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável. (BRASIL, 1999)

compatibilidade com o que é expressamente definido pela lei, sob pena de padecimento de vício de ilegalidade suficiente para sua invalidação. Assim, o aspecto relativo à forma válida está estreitamente relacionado com os procedimentos administrativos e a inobservância gera a ilicitude do ato.

Nesse sentido de adequação da forma à previsão legal, Di Pietro (2020) exemplifica que se a lei exigir a forma escrita e o ato for praticado verbalmente, ele será nulo; se a lei exigir processo disciplinar para demissão de um funcionário, a falta ou o vício naquele procedimento invalida a demissão, ainda se a demissão pudesse ser a consequência adequada da conduta, se considerada isoladamente.

2.5.4 MOTIVO

As manifestações emanadas dos agentes públicos resultam de componentes fáticos e jurídicos que determinam a ação estatal, sendo estes os *motivos* dos atos jurídicos. Assim, os motivos correspondem aos pressupostos de direito e de fato que determinam ou autorizam a edição do ato administrativo (ALEXANDRE; DEUS, 2018; DI PIETRO, 2020). No mesmo sentido, Carvalho Filho (2020) define *motivo* como a situação de fato ou de direito que gera a vontade do agente quando pratica o ato administrativo.

Pressupostos de direito são os dispositivos legais em que se baseiam os atos, a previsão abstrata de uma situação que, se verificada no caso concreto, autoriza ou determina a prática de certo ato. Os *pressupostos de fato*, por outro lado, são a manifestação no mundo da situação prevista em lei, ou seja, correspondem ao conjunto de acontecimentos, de circunstâncias, de situações que levam a Administração a praticar o ato. Por exemplo, quando a lei de trânsito prevê a aplicação de uma multa para aqueles que realizam uma ultrapassagem em local proibido, ela estabelece o motivo de direito, devendo a autoridade, se observada tal situação, praticar o ato administrativo de aplicação da multa (ALEXANDRE; DEUS, 2018).

O motivo, enquanto elemento dos atos administrativos, se relaciona com as propriedades de vinculação e discricionariedade da ação estatal, como será visto em tópico próprio. Cabe, no entanto, sintetizar, que quando a lei prevê determinada situação fática e sua consequência, não cabe ao agente público outra conduta que não seja a prática do ato. É o que acontece no exemplo acima, quanto à aplicação da multa, em que o motivo do ato é a previsão legal (de multa) e a existência do fato (ultrapassagem em local proibido). O ato administrativo é, nesse

caso, vinculado, não tendo o agente público margem para decidir sobre conveniência e oportunidade de praticá-lo.

Pode ocorrer, no entanto, que a previsão normativa possibilite que o agente público realize juízo de conveniência e oportunidade e, neste caso de discricionariedade, a presença do motivo apenas autoriza a prática do ato, como no exemplo anterior sobre a concessão de autorização para montagem de um circo em praça pública. Aqui, o requerimento do interessado consubstancia o pressuposto fático e, por sua vez, as normas de utilização do espaço público constituem os pressupostos jurídicos.

Considerando a relação entre os pressupostos fáticos e jurídicos, os vícios relacionados aos motivos também maculam os atos administrativos, tornando-os inválidos. Os vícios podem ocorrer nas situações em que (1) o motivo é inexistente, (2) o motivo é falso ou ainda quando (3) o motivo é inadequado, havendo incongruência entre o motivo e resultado do ato (ALEXANDRE; DEUS, 2018).

Ainda que por vezes as expressões *motivo* e *motivação* sejam tomadas por sinônimas, Carvalho Filho (2020) esclarece eventual diferença entre ambas. O primeiro termo significa, como visto, a situação de fato que deflagra a manifestação da vontade da administração. Motivação, por sua vez, seria a justificativa da manifestação, que ocorre mais usualmente nos atos em que uma decisão é precedida dos fundamentos que conduziram àquele ato praticado. Em outras palavras, a motivação seria a explicação, expressa e textual, de todas as situações de fato que levaram o agente àquela manifestação de vontade. A motivação representaria, quando existente, o elemento inspirador da manifestação da vontade administrativa.

A obrigatoriedade ou não da motivação dos atos administrativos é objeto de discussão doutrinária. Segundo Carvalho Filho (2020), alguns estudiosos entendem que é obrigatória, outros indicam que a obrigatoriedade se daria apenas quanto aos atos vinculados. Aqueles que sustentam a obrigatoriedade em relação aos atos vinculados, indicam que a Administração deve demonstrar que o ato está em conformidade com os motivos exigidos pela lei. O autor, em divergência a tais posicionamentos, defende que como a lei já determina todos os elementos dos atos vinculados, o exame de legalidade consistiria apenas no confronto do fato com a previsão legal. Já nos atos discricionários, ao contrário e considerando que sempre poderá haver algum subjetivismo, a motivação seria necessária de modo a permitir a transparência e o controle por meio da verificação de aderência entre a justificativa e a realidade fática.

Dada a importância da motivação dos atos da administração, Medauar (2018) relata que durante os trabalhos elaboração da Constituição de 1988, houve tentativa de introduzir a regra da motivação como princípio da Administração, iniciativa que acabou por sair do texto definitivo, permanecendo apenas a exigência de motivação das decisões administrativas dos tribunais (art. 93, X). Apesar de ausência de previsão constitucional expressa, a exigência de motivação não deixa de existir, uma vez que encontra fundamento na característica democrática do Estado brasileiro (art. 1º), no princípio da publicidade (art. 37, caput) e, especialmente nos contextos processuais, na garantia ao contraditório (inc. LV, do art. 5º).

Segundo Oliveira (2020), a motivação dos atos administrativos representa importante instrumento para ampliação e efetividade do controle externo, especialmente pelo Poder Judiciário, à luz da *teoria dos motivos determinantes*, que será aprofundada em tópico específico neste trabalho. De acordo com a teoria, os atos administrativos são válidos conforme a congruência entre os motivos nele apresentados e a existência concreta dos fatos que deram causa à sua edição. De igual modo, naqueles casos em que a exposição de motivos for incompatível com a realidade, mesmo que pela natureza o ato não exigisse motivação, a existência indicando motivo conflitante com a realidade inquina o ato de ilegalidade. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese de exoneração de ocupante de cargo em comissão, onde não é exigida explicitação de motivos. Se, porém, o ato de exoneração de ocupante de cargo em comissão apresentar motivação, ela deve corresponder aos efetivamente praticados.

2.5.5 FINALIDADE

De acordo com Di Pietro (2020), finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato. A finalidade é um elemento típico do ato administrativo, e sempre será direcionada a atender o interesse público, vinculando a atuação do agente, impedindo a intenção pessoal. Por isso, a afirmação do fim como elemento do ato administrativo representa uma das grandes conquistas do direito público moderno, segundo a autora.

Carvalho Filho (2020), indica que a finalidade é o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público. Nessa perspectiva, o resultado da conduta pressupõe o motivo do ato, de modo que se observa grande relação entre os elementos – “o motivo caminha em direção à finalidade”.

Pode-se falar em fim ou finalidade em dois sentidos diferentes: *sentido amplo* e *sentido estrito*. Em sentido amplo, a finalidade corresponde à consecução de um resultado de interesse público, ou seja, o ato administrativo tem que ter finalidade pública. Nos dizeres de Medauar (2018), o interesse público é a meta a ser atingida pelo ato administrativo. Em sentido estrito, a finalidade é o resultado específico que cada ato visa produzir conforme previsão legal, de sorte que a finalidade do ato administrativo é a decorrente da lei, explícita ou implicitamente determinada. É o legislador que determina a finalidade que o ato deve alcançar, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa (DI PIETRO, 2020).

Se a finalidade legal do ato (em sentido estrito) for viciada ou se não se destinar à finalidade de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal por desvio de poder. São exemplos desses vícios o ato da Administração que remove o funcionário a título de punição, ou quando a Administração desapropria imóvel para perseguir um inimigo político do governante. No primeiro exemplo o ato foi praticado com finalidade diversa da previsão legal, que não tem a transferência como uma modalidade punitiva, enquanto no segundo caso o ato foi praticado no interesse particular da autoridade (DI PIETRO, 2020). Em ambas as situações, tem-se também que as condutas exemplificadas ofendem princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

3 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

3.1 VINCULAÇÃO, DISCRICIONARIEDADE, MÉRITO E ARBITRARIEDADE

No desempenho das funções estatais, visando realizar o interesse público, a Administração dispõe de poderes que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Esses poderes, no Estado de Direito, encontram fundamentos e limites no princípio da legalidade. O limite legal da atuação do Estado é uma forma de impedir abusos e arbitrariedades que poderiam ser perpetradas pelas autoridades, dada a assimetria de poderes em relação aos indivíduos. Apesar disso, não é possível ao legislador prever, antecipadamente, todas as possibilidades do mundo prático e, com isso, as leis não alcançariam todos os aspectos da atuação administrativa. Desse modo, muitas vezes a lei deixa certa margem de liberdade de decisão ao agente público diante do caso concreto. A autoridade, em casos assim, passa a poder optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito, exercendo seu *poder discricionário* (DI PIETRO, 2020).

A compreensão adequada sobre a discricionariedade administrativa exige a delimitação, ainda que aproximada, dos os conceitos de *vinculação*, *discricionariedade*, *mérito* e *arbitrariedade*. Trata-se de uma delimitação importante para este estudo porque, no mundo real, nos desafios da vida prática, em determinadas circunstâncias há dificuldade de identificar balizas objetivas com a mesma precisão com que o mundo das ideias determina seus contornos.

O termo *vínculo*, no contexto jurídico, expressa o nexo, a subordinação, o liame existente entre duas ou mais coisas ou entre duas ou mais pessoas, em razão do que se mostram unidas, ligadas, relacionadas, dependentes, conexas. Juridicamente, para que se distingam as várias espécies de vínculos, estas recebem qualificações apropriadas: vínculos de parentesco, vínculos obrigacionais, vínculos administrativos etc., todos indicando a relação jurídica pela qual se encontram unidas ou ligadas, acerca de determinado direito ou obrigação. Nessa perspectiva, para o Direito Administrativo o *ato vinculado* é, genericamente, aquele realizado pela Administração Pública em rigorosa observância aos previsto na lei. (SIDOU, 2016; SILVA, 2016).

De acordo com Alexandrino e Paulo (2017), *atos vinculados* são os que a Administração Pública pratica sem margem de liberdade de decisão pelo agente público, tendo em vista que a lei determinou antecipadamente o único comportamento possível a ser obrigatoriamente seguido sempre que ocorrer a situação objetiva descrita na lei. Ao agente público não cabe

apreciar conveniência administrativa ou oportunidade para a edição do ato ou para seu conteúdo. Uma vez presente a situação descrita na norma, o ato deve ser praticado. Exemplo de ato vinculado é a concessão de licença paternidade, regulada na Lei nº 8.112/1990, em que atendidas as condições da lei, qual seja, o nascimento do filho do servidor público, não cabe ao administrador, sob nenhuma circunstância, alegar que o servidor é essencial ao serviço público e que não seria conveniente o seu afastamento¹⁰.

Os parâmetros traçados pela lei estabelecem um elo de vinculação entre a norma e o ato administrativo, não permitindo ao agente se desviar ou extrapolar esses limites, aponta Carvalho Filho (2020). O motivo e o objeto do ato constituirão elementos que o legislador quis expressar, de modo que, em casos assim, o agente estará limitado a reproduzi-los no próprio ato e não disporá de nenhum poder de valoração relativamente a eles. A conclusão, ressalta o autor, é que não se pode falar em *mérito administrativo* em se tratando de ato vinculado.

Por outro lado, *discricionário*, de acordo com Silva (2016), se diz sobre o ato praticado com discricção, ou seja, com certa liberdade, no âmbito e em razão de determinados fins. Ato discricionário indica uma expressão genérica, que compreende várias modalidades de atos e pela qual se entende todo aquele praticado pelo poder público, que não se subordine à apreciação de outro poder e se que funda mais em uma razão de ordem política que jurídica. Compreendem, por isso, atos políticos, atos de governo, atos de polícia e de todos quanto se pratiquem tendo o arbítrio da autoridade como elemento característico. Os atos discricionários se justificam na conveniência ou oportunidade das medidas e das circunstâncias, nos limites legais, e não se sujeitam à apreciação por um poder estranho ao que praticou, conforme o princípio da independência e da harmonia entre os Poderes.

Nos atos discricionários é permitido ao agente analisar a conveniência e a oportunidade da conduta a partir da valoração dos fatores constitutivos do motivo e do objeto, implicando no *mérito administrativo*, que, nesse sentido, somente estará presente nesta categoria de atos. Assim, *mérito administrativo* é a ponderação dos aspectos de conveniência e oportunidade relacionadas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário. Os demais elementos do ato (a competência, a finalidade e a forma) são, em geral, vinculados e o agente não pode proceder a qualquer avaliação quanto eles. No entanto, é lícito ao agente valorar os fatores que

¹⁰ Lei nº 8.112/1990, art. 208 - Pelo nascimento ou adoção de filhos, o servidor terá direito à licença-paternidade de 5 (cinco) dias consecutivos.. (BRASIL, 1990)

integram o motivo e que constituem o objeto, com a condição de preordenar o ato ao interesse público.

Acrescenta Carvalho Filho (2020) que a valoração de conveniência e oportunidade está presente também no que se chama modernamente de *reserva do possível*, no conjunto de elementos que tornam possíveis as diversas alternativas de ação governamental dentro de seus limites materiais e excluindo aquilo que se mostra inviável de se realizar pela Administração em certo momento ou em determinadas circunstâncias.

O *mérito administrativo* corresponde, portanto, à margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade e consiste no juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, que faz a autoridade à qual se conferiu o poder discricionário (MEDAUAR, 2018). Segundo Oliveira (2020), o mérito administrativo consiste na liberdade conferida pelo legislador ao agente público para exercer o juízo de ponderação dos motivos e escolher os objetos dos atos administrativos discricionários. O mérito, portanto, é o núcleo dos atos administrativos discricionários e não integra a formação dos atos vinculados.

No mesmo sentido, Di Pietro (2020) ensina que o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo ao julgamento de conveniência e oportunidade, que só existe nos atos discricionários. Trata-se de competência reservada da Administração Pública, sendo esta a razão de se afirmar que ao Judiciário não é dado examinar o mérito dos atos administrativos.

O tema do controle jurisdicional da Administração Pública e, em especial, ao seu alcance, aparece nas discussões sobre os aspectos de legalidade e mérito administrativo. Classicamente se defendeu que não caberia ao Poder Judiciário o exame de mérito dos atos administrativos. Contemporaneamente, no entanto, se percebe uma tendência de considerar que o contraponto legalidade-mérito deve ser atenuado pela amplitude do exercício do poder discricionário e pela consideração de concepções mais amplas de legalidade (MEDAUAR, 2018).

O conceito de *discricionariedade* não deve ser confundido com o de *arbitrariedade*. Nos dizeres de Silva (2016), genericamente, *arbitrariedade* designa a característica daquilo o que se determinar conforme a própria vontade do agente, isto é, aquilo o que foge a outras imposições. A arbitrariedade está presente no ato ou procedimento caprichoso, que se executa ou se formula sem observar o que está instituído e limitado pela lei. Os *atos arbitrários* são manifestamente ilegais, mesmo quando se originem de autoridade competente.

De acordo com Sidou (2016) os *atos arbitrários* são atos de autoridade tomados com excesso, desvio ou abuso de poder, representando gesto de quem age segundo sua vontade, sem

respeito à vontade alheia, e sobretudo em desrespeito aos direitos humanos, conduta típica dos déspotas.

Segundo Medauar (2018), é comum que na linguagem popular, inclusive na imprensa, ocorra confusão entre *discricionariiedade* e *arbitrio*, e a utilização do termo *discricionário* no sentido de *arbitrário*, *abusivo*. Trata-se de um equívoco terminológico grave, pois a Administração tem suas atividades balizadas pelo princípio da legalidade, sendo o poder discricionário caracterizado essencialmente como escolha de uma entre várias soluções conferidas por normas legais, devendo atender a parâmetros no seu exercício.

3.2 ÂMBITO DE EXTENSÃO DA DISCRICIONARIEDADE

A caracterização da discricionariiedade é influenciada por muitos fatores de base filosófica. Um desses fatores se apresenta especialmente em relação a certas matérias diante de uma *constituição dirigente*, como afirma Oliveira (2018), em razão do menor espaço discricionário comparativamente, por exemplo, às constituições sintéticas, formais ou negativas. Constituições dirigentes têm a função de direcionar e consagrar permanentemente a atuação estatal e adquirem a força normativa apontada por Konrad Hesse na medida em que conseguem realizar suas pretensões com eficácia (BERCOVICI, 1999).

Medauar (2018) ensina que o direcionamento ao atendimento dos interesses coletivos (a à prevenção de abusos) vem evoluindo no sentido de circunscrever o poder discricionário a determinado tratamento doutrinário e jurisprudencial. Com isso, passa-se a impor um elenco de *limites e parâmetros* à edição de atos administrativos discricionários – e que também se aplicam a outras atuações estatais. A autora enuncia entre os principais limites e parâmetros, de modo exemplificativo:

“a) parâmetros decorrentes da observância da Constituição, da lei, dos princípios constitucionais da Administração, outros princípios do direito administrativo e princípios gerais do direito;

b) tipo de interesse público a atender, estabelecido diretamente pela norma atribuidora de competência, ou indiretamente, pela norma de regulamentação do órgão;

c) normas de competência, que atribuem o poder legal de tomar as medidas atinentes à situação; necessária se torna a correspondência da decisão à função exercida pela autoridade;

d) consideração dos fatos tal como a realidade os exterioriza. A autoridade administrativa não há de inventar fatos ou apreciá-los com erro manifesto, levando a consequências absurdas e sem razoabilidade. Relaciona-se esse aspecto à qualificação jurídica dos fatos e ao requisito do motivo do ato administrativo;

e) associada ao parâmetro anterior, encontra-se também a motivação das decisões. Tradicionalmente predominou a regra da não obrigatoriedade de explicitar as razões da decisão, sobretudo no exercício do poder discricionário. Hoje a linha se inverteu, para prevalecer a exigência de motivação, salvo exceções;

f) o poder discricionário deve observar as normas processuais e procedimentais, quando pertinentes à atuação, tais como: contraditório, ampla defesa, adequada instrução, inclusive com informações técnicas e atos probatórios;

g) garantias organizacionais também se incluem entre os parâmetros do poder discricionário; por exemplo: a composição e o modo de funcionamento interno dos órgãos, em especial dos colegiados que decidem ou atuam no processo de decisão; as regras de abstenção ou relativas a impedimentos, ligadas ao princípio constitucional da impessoalidade;

h) preceitos referentes à forma, ou seja, ao modo de exteriorização das decisões administrativas.” (MEDAUAR, 2018)

Outro aspecto ressaltado por Oliveira (2018) se refere ao núcleo da discricionariedade, ou seja, à deliberação sobre opções *igualmente razoáveis* para o agir administrativo. Ensina o autor sobre a extensão da alternatividade em que se ampara poder discricionário:

“Até que ponto ou grandeza, sob quais critérios, é possível ou escorreito asseverar que duas ou mais decisões ou medidas são *igualmente razoáveis*? Essa *igualdade razoável* não precisa traduzir uma igualdade perfeita, milimétrica, mesmo porque, na maioria das vezes, não existe uma tal igualização. (...) Não é indispensável que um ato seja, fielmente, em todas as minúcias, idêntico ao outro para que se forme entre eles uma igualdade razoável. (...) As distinções, todavia, não podem chegar ao estágio de apartar uma como a melhor. Admite-se uma simetria ou uma paridade relativa, uma similaridade, equivalência. Por outros termos: há discricionariedade quando existe dúvida razoável acerca de qual é o posicionamento correto, quando se tem a certeza de que existem dois ou mais posicionamentos igualmente acertados.” (OLIVEIRA, 2018)

Desse modo, explica, se há mais de uma medida possível, seja diante dos bens jurídicos ou das situações fáticas, considerada igualmente razoável, há uma deliberação discricionária. Se, ao contrário, se pode afirmar que uma medida é melhor para o interesse público, esta alternativa se impõe diante das demais, sendo um agir vinculado, ou, citando Ronald Dworkin, “a melhor medida é a *única resposta certa*” (OLIVEIRA, 2018).

3.3 LOCALIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

Como visto, a fonte da discricionariedade é a própria lei, somente existindo nos espaços e possibilidades permitidas na legislação, sendo o campo de atuação livre para a Administração previamente definido pelo legislador. Segundo Di Pietro (2020), normalmente essa discricionariedade existe (1) quando a lei expressamente confere à administração, (2) quando a lei é omissa e a autoridade deverá decidir conforme os princípios jurídicos ou (3) quando a lei prevê

determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada. Assim, em razão de alguns aspectos serem vinculados à lei, a discricionariedade nunca é total.

Nesse sentido, a autora identifica onde é possível localizar a discricionariedade: (1) no momento da prática do ato, (2) na finalidade, (3) na forma, quando a lei não prevê ou prevê mais de uma possibilidade, (4) no motivo, quando a lei não define ou define utilizando conceitos jurídicos indeterminados e, (5) no conteúdo ou objeto, hipótese em que a lei prevê várias possibilidades para se alcançar o resultado.

Se a lei nada estabelecer a respeito, fica a critério da Administração a escolha pelo *momento* conveniente e oportuno para praticar o ato, considerando determinada finalidade. É comum que o legislador não defina o momento exato para a prática do ato e, com isso, ficará a cargo da Administração a escolha adequada. Este aspecto diz respeito também à decisão da Administração entre agir ou não agir. Se a sua atuação é obrigada, o contexto é de vinculação e, ao contrário, será discricionário se a ela for dada a possibilidade entre atuar ou não.

Ainda de acordo com Di Pietro (2020), a discricionariedade pode estar localizada nos elementos do ato administrativo, com exceção do sujeito, caso em que sempre será vinculado em razão da competência conferida pela lei. Desse modo, é possível que o poder discricionário se apresente na finalidade, na forma, no motivo ou no objeto, sendo mais frequente nos dois últimos.

A *finalidade* dos atos administrativos pode ser abordada em dois sentidos: *amplo*, correspondendo sempre ao interesse público e *restrito*, identificando o resultado específico almejado pela lei. Assim, em sentido amplo a finalidade poderia ser discricionária, situação em que a lei se vale de conceitos indeterminados como *ordem pública*, *bem-estar* etc., ao passo que, em sentido restrito, a finalidade específica há de ser obrigatoriamente observada. Logo, por exemplo, a finalidade do ato de demissão sempre será a de punir o infrator, sendo ilegal aquela com o fim de atender a conveniência do serviço, ensina a autora. A questão envolvendo a relação entre a discricionariedade e a indeterminação de conceitos jurídicos será detalhada no próximo tópico.

Carvalho Filho (2020) acrescenta que a finalidade tem relação direta com o motivo do ato administrativo, ou de outro modo, “o motivo caminha em direção à finalidade”. Se a finalidade do ato for desrespeitada, tem-se o vício do *desvio de finalidade*, que é modalidade de *abuso de poder*, consistente no ato administrativo que, embora formalmente dentro da lei nos demais aspectos, busca finalidade diversa daquela prevista, tornando-se ilegal.

Em relação à *forma*, Di Pietro (2020) aponta que em geral a lei determina previamente como os atos devem ser praticados e, nesses casos, existe vinculação. A lei, contudo, pode indicar mais de uma forma possível, como ocorre quando permite que o contrato possa ser celebrado, em determinadas hipóteses, por meio de ordem de serviço, nota de empenho ou carta de autorização, assim existindo discricionariedade.

O *motivo*, sendo o pressuposto de fato do ato administrativo, pode ser vinculado ou discricionário. Se a lei se vale de noções precisas, que não dão margem a apreciação subjetiva, tem-se vinculação, como se observa no caso da concessão de licença-prêmio ao servidor público que completa cinco anos de serviço e atende os demais requisitos. Por outro lado, o motivo será discricionário quando (1) a lei deixar de definir ou deixa a critério da administração, a exemplo da exoneração *ex officio* do funcionário nomeado para cargo em comissão ou (2) a lei utiliza conceitos jurídicos indeterminados na definição do motivo, como quando a lei prevê o tombamento de bem que tenha valor artístico ou cultural sem o estabelecimento de critérios objetivos para essa valoração (DI PIETRO, 2020).

Por fim, o objeto será vinculado quando a lei estabelecer apenas uma possibilidade de atingir determinado fim – é o caso da previsão de uma única penalidade indicada para uma determinada infração. Será discricionário, ao contrário, quando forem várias as possibilidades de objeto para aquela finalidade, sendo todos igualmente válidos, como acontece quando para uma mesma infração a Administração pode aplicar as penalidades de suspensão ou de multa (DI PIETRO, 2020).

3.4 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Conceito jurídicos indeterminados, também chamados de *conceito jurídicos vagos* ou *abertos*, são termos que definem elementos normativos que admitem maior campo de atuação do aplicador do Direito. Não têm uma definição típica e dependem da análise da autoridade competente para sua adequada interpretação no caso concreto. São exemplos de conceitos jurídicos indeterminados expressões como *interesse público*, *boa-fé*, *conduta ilibada* etc. (SILVA, 2016).

Segundo Medauar (2018) os conceitos jurídicos indeterminados têm ganhado atenção especialmente a partir do direito alemão e designam formulas amplas utilizadas tanto no direito

público como no direito privado. Os conceitos jurídicos indeterminados compreendem, assim, expressões legislativas que apresentam incertezas linguísticas.

No entanto, ainda que admitam mais de um sentido, não são legítimos todos e quaisquer significados que venham a ser atribuídos pelo intérprete, de modo que é possível extrair determinadas certezas, mesmo que os conceitos sejam vagos. Oliveira (2020) aponta que essas determinadas certezas podem ser classificadas como (1) *zona de certeza positiva*, em que as hipóteses se inserem no conceito e (2) *zona de certeza negativa*, onde as situações não são englobadas pela expressão. Entre os extremos das zonas de certeza positiva e negativa há um gradiente denominado *zona de penumbra*, ou *zona de incerteza*, representando as situações que geram dúvidas ao intérprete quanto à adequação do conceito.

Em outra perspectiva, Oliveira (2018) explica que os *conceitos indeterminados* se determinam perante o caso concreto, sendo, portanto, *conceitos determináveis* e que levam à vinculação ou à discricionariedade. A densificação dos conceitos elásticos, que comportam duas ou mais interpretações, se encaminha a partir do princípio da razoabilidade, que reduz ou encerra a indeterminação. De sorte, conclui, que é possível controlar, aferir, os juízos tomados com base em conceitos indeterminados.

Em sentido semelhante, Medauar (2018) indica que não se trata exatamente de indeterminação, mas de impossibilidade de identificar, antecipadamente, todas as situações que se enquadram na fórmula dos conceitos jurídicos indeterminados. Uma vez apreciado o caso concreto, é possível determinar os efeitos ou as consequências jurídicas da situação.

Segundo a autora, alguns doutrinadores, ao analisar a relação entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade sustentam não haver discricionariedade mesmo quando o legislador utilize uma fórmula ampla. Se essa fórmula levar a uma única solução, seria o caso de vinculação, dada a ausência de margem decisória. Em entendimento contrário, outros doutrinadores apontariam que a simples presença de um conceito indeterminado necessariamente conduz ao exercício do poder discricionário. Medauar, considera, porém, que o direito sempre se valeu de fórmulas amplas, mesmo no direito privado, sem que isso se associasse a poder discricionário e que se pode afirmar que ambos os posicionamentos doutrinários são possíveis, de acordo com as circunstâncias reais do caso.

Sobre os limites de determinação, Oliveira (2018) ensina também que no juízo discricionário não se pode exigir qualquer atitude específica dentre aquelas discricionárias, porque a *zona de discricionariedade* é *zona livre*, sendo indiferente a decisão que se tome em meio às

fronteiras que se situam. É, pois, *juízo de empate*, porque todas as ações são equivalentes, não se conseguindo, com segurança, indicar qual é a melhor. Se, em sentido contrário, for possível, seria caso de *juízo vinculado*.

“... *juízo vinculado* é sinônimo de *única resposta certa* (Dworkin); *juízo discricionário* é sinônimo de *mais de uma resposta certa*, ou seja, *juízo de empate* (Dworkin). Todo *juízo discricionário* é lícito porque se dá *entre as respostas certas*, a opção discricionária é *uma resposta certa* (não a única, não a melhor, pois não se sabe qual é a melhor; se é possível saber, a melhor é a única resposta certa e, portanto, o *juízo* é vinculado).” (OLIVEIRA, 2018)

Di Pietro (2020) aponta que a corrente que sustenta a discricionariedade diante dos conceitos indeterminados é a mais aceita no direito brasileiro, embora seja grande a dificuldade de se definir aprioristicamente que todas as hipóteses de uso de conceitos indeterminados implicam na existência de discricionariedade.

Segundo a autora, algumas hipóteses de conceitos indeterminados não geram dúvidas, como ocorre quando a lei utiliza de *conceitos técnicos*, que podem ser supridos pela manifestação de órgãos técnicos, não deixando a Administração diante de mais de uma solução juridicamente válida. É o caso, por exemplo, da concessão de aposentadoria por invalidez, em que a decisão da Administração fica vinculada a laudo técnico da entidade competente que conclua ou não pela invalidez para o trabalho.

Situação semelhante é o que ocorre nos casos de *conceitos de experiência* ou *conceitos empíricos*, em que a os critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum permitem concluir pela melhor solução (*única resposta certa*), afastando a discricionariedade. É o que acontece, por exemplo, no texto legal ao usar expressões como *caso fortuito* ou *força maior*, *bons antecedentes* ou *jogos de azar*.

Diferente do que acontece nos tipos anteriores, nos *conceitos de valor*, a exemplo da *moralidade*, do *interesse público*, da *utilidade pública*, embora não signifique liberdade total, “zona livre”, é possível a existência de discricionariedade. Um conceito que, na lei, aparece como indeterminado, torna-se determinado diante da matéria de fato, ou do caso concreto. A expressão *notório saber jurídico*, por exemplo, expressa conceito indeterminado que se determina diante do exame do currículo da pessoa a que se possa atribuir essa qualidade (DI PIETRO, 2020).

4 O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

4.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A expressão “separação de poderes” é utilizada no mesmo sentido de divisão de poderes, exprimindo o princípio constitucional que impõe o regime de independência e harmonia entre os Poderes do Estado. Em razão dessa separação, ou divisão, cada Poder Público exerce suas finalidades sem sobreposição às atribuições dos demais. Desse modo, as funções públicas (legislativas, executivas e judiciárias) são exercidas por meio de órgãos próprios e distintos, de maneira independente, porém harmoniosa (SILVA, 2016).

O princípio da separação de poderes, formulado originalmente no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi reproduzido na Constituição Federal de 1988 com status de cláusula pétreia e se apresenta em três vertentes principais: (1) decomposição do poder político em diversos órgãos estatais (democracia); (2) salvaguarda dos direitos fundamentais (constitucionalismo) e (3) especialização das funções de cada instituição conforme suas expertises técnicas (racionalização e eficiência) (ABRAHAM; CASTRO; SIMAS FARIAS, 2016).

De acordo com Barroso (2020), a separação de poderes é um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem na liberdade individual e dos demais direitos fundamentais. O conteúdo nuclear e histórico se manifesta na divisão das funções estatais e atribuição a órgãos diversos, com mecanismos de controle recíproco entre eles, visando proteger os indivíduos contra potenciais abusos de um poder absoluto.

Segundo o autor, na experiência brasileira destacam-se dois elementos principais: a *especialização funcional* e a necessidade de *independência orgânica* de cada um dos Poderes. A especialização inclui a titularidade de determinadas competências privativas aos titulares de cada Poder. A independência orgânica demanda três requisitos: (1) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo; (2) um Poder não pode destituir integrantes de outro por força de uma decisão exclusivamente política, e (3) a cada Poder são atribuídas, além das suas funções típicas (privativas) outras, chamadas normalmente atípicas (como elaboração de seus regimentos, orçamento próprio etc.), que viabilizam a sua independência frente aos demais poderes.

Sarlet (2019) ensina que do princípio da divisão de poderes decorre o dever de conformidade funcional, que significa, em termos gerais, que a interpretação do direito não pode

subverter ou perturbar o esquema organizatório-funcional estabelecido pela Constituição. Desse modo, o respeito pela esfera de competência dos demais órgãos estatais se configura um imperativo constitucional quanto aos limites e alcances da atuação dos Poderes constituídos – em especial do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, cabendo até mesmo uma espécie de autorrestrição, na linha do que chamado *judicial self restraint*, indica o autor.

No mesmo sentido, ensina Barroso (2020) que:

“Em um Estado constitucional de direito, os três Poderes interpretam a Constituição. De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, por sua vez, tanto normativa como concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Constituição, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes.” (BARROSO, 2020)

Sarlet (2019) acrescenta que o dever de conformidade funcional assume relevo especial diante da teoria (doutrina) das capacidade institucionais que busca cobrar do Poder Judiciário, de modo particular em áreas sensíveis como a do controle de políticas públicas e que envolvem grande exigência de conhecimentos técnicos estranhos ao mundo jurídico, maior grau de deferência em relação às decisões legislativas e executivas, bem como valorizando as capacidades institucionais de cada Poder estatal, em verdadeiro diálogo institucional.

Chama atenção, o autor, ainda, para o fenômeno do “ativismo judicial” ou “judicialização da política”, em aparente frequência à desconsideração do princípio da conformidade funcional, manifestada em intervenções do Poder Judiciário na esfera da atividade legislativa e em relação a atos (e omissões) do Poder Executivo, em aparente fluidez e relativização dos limites funcionais, com ênfase particular no período pós-1988.

4.2 LIMITES GERAIS DE POSSIBILIDADE

Em sentido geral, as atividades de controle se manifestam pela revisão decorrente de uma relação de vinculação ao poder de chancela, correção, substituição, anulação ou determinação de providências sobre atos estatais passíveis de alteração ou confirmação, ensina França (2017). Segundo o autor, o controle das atividades estatais se estabelece em razão do grau de vinculação à legalidade que fundamenta a produção, validade e eficácia dos atos e decorre do

dever de proteção ao cidadão. Assim, controla-se o Estado em nome do cidadão, para a proteção deste e em nome do interesse público. Especialmente quanto aos atos administrativos, objeto deste trabalho, eles devem ser controlados a partir da verificação de adequação entre os meios empregados e os fins esperados, com a expectativa de concretização de um determinado interesse público e, nesse sentido, inseparável de amplo controle pelo Estado-juiz.

Ainda segundo França (FRANÇA, 2017), a capacidade de controle dos atos administrativos é um dever estatal, estruturado na ideia de tutela da própria ordem jurídica, especialmente a partir do modelo de Estado delineado pelo constitucionalismo moderno. Sustenta o autor que

“Aquele que administra tem o dever jurídico de dar conta de sua administração e de responder por seus atos, conforme essa noção de controle. Significa, então, pedir conta (controlar) por uma parte e responder (ser controlado) por outra. Estes princípios, fundadores de todo ordenamento jurídico, são aplicáveis ao administrar a coisa pública e constituem o princípio da juridicidade da atuação da Administração. (...) A máquina estatal, por determinação constitucional, está sujeita a um efetivo controle externo do Poder Legislativo – com auxílio do Tribunal de Contas –, do Ministério Público, da sociedade e do Judiciário, além do mister essencial de zelar pela excelência de sua própria atuação, conforme o obrigatório exercício do autocontrole.” (FRANÇA, 2017).

Segundo Oliveira (2020), tradicionalmente o controle geral sobre os atos administrativos pode ser dividido em duas espécies: (1) controle de legalidade, que se relaciona com a adequação formal do ato administrativo às previsões normativas e (2) controle de mérito, onde é feita a verificação quanto à conveniência e à oportunidade relativas ao motivo e ao objeto do ato administrativo.

Ensina o autor que o controle pelo Poder Judiciário, sobre atos dos Poderes Executivo e Legislativo, deve restringir-se os aspectos de legalidade (juridicidade), sendo vedado ao primeiro substituir o administrador ou o legislador. Dentro da moldura normativa, não cabe ao juiz decidir sobre o que é mais conveniente ou oportuno para o atendimento do interesse público, em afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. Assim, deve o juiz invalidar os atos ilegais, contudo não pode revogá-los por razões de conveniência e oportunidade – o que somente pode ser feito pela própria Administração, a partir da autotutela, observados os limites normativos e garantias dos cidadãos.

Os atos administrativos, podem ser, portanto, objeto de apreciação judicial, na perspectiva de controle, para apuração da existência de vício de legalidade. O pressuposto, então, da invalidação é a presença do vício de legalidade, aponta Carvalho Filho (2020), podendo ocorrer nos elementos de competência, finalidade, forma, motivo ou objeto:

- a. No elemento competência, o vício de legalidade decorre da inadequação entre a conduta e as atribuições do agente, que acaba atuando com excesso de poder, como é o caso do agente que pratica um ato sendo a matéria de competência do superior hierárquico.
- b. No elemento finalidade, a prática de ato direcionado a interesses privados – e não ao interesse público – constitui o vício, que se caracteriza pelo desvio de finalidade. A exemplo, ocorre quando o agente confere autorização àquele que pretende beneficiar, em detrimento de outros solicitantes, violando também o princípio da impessoalidade.
- c. No elemento forma, o vício pode se manifestar quando o meio de exteriorização do ato não observa a exigência legal, ou não atende a procedimento previsto em lei. É o que ocorre, por exemplo, quando a norma prevê etapa de defesa prévia à aplicação de multa e não é dada oportunidade de defesa ao interessado.
- d. No elemento motivo, o vício pode ocorrer de três modos, indica o autor: (1) inexistência de fundamento para o ato; (2) fundamento falso ou incompatível com a realidade ou (3) fundamento desconexo com o objeto pretendido pela Administração.
- e. No elemento objeto, o vício se constata na prática de ato dotado de conteúdo diverso da previsão normativa.

Acrescenta, ainda, Carvalho Filho (2020), que a alteração promovida pela Lei 13.655/2018 na LINDB criou nova exigência para a invalidação de atos administrativos. Segundo a inovação legislativa presente no parágrafo único do art. 20, a motivação demonstrará a necessidade da invalidação de ato, inclusive em face das possíveis alternativas, sendo que através dela se demonstrará a necessidade e a adequação do ato¹¹. De acordo com o autor, o objetivo é evitar o desfazimento de situações consolidadas, com efeitos indesejáveis.

Quanto ao controle de mérito, o autor explica que cabe apenas à própria Administração. A valoração da conduta que constitui o mérito administração pode variar se houver mudança nos fatores de conveniência e oportunidade. Nesse sentido, o agente pode mudar sua concepção quanto à conveniência e oportunidade da conduta, cabendo a ele exercer o controle que é de

¹¹ Dec 4.657/1942, art. 20 - Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018). Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

caráter eminentemente administrativo. É o que ocorre, por exemplo, diante de uma solicitação de autorização para fechamento de rua para realização de uma festa. Ainda que a autorização tenha sido concedida semanas antes, se até a realização do evento mudarem as condições e a Administração julgar conveniente e oportuno, poderá ser revisto o ato e cancelada a autorização. Ao judiciário, porém, não cabe a essa apreciação, sendo vedado exercer o controle judicial sobre o mérito administrativo nessa hipótese.

Ressalva, porém, Carvalho Filho (2020), que não é raro a tentativa de disfarce de ilegalidade com o manto da legalidade, requerendo que sejam analisadas a causa, o motivo e a finalidade do ato. Se houver conclusão de que esses elementos estão ausentes, pode-se estar diante de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, justificando, em consequência, a invalidação do ato, por vício de abuso de poder.

Em conclusão, Oliveira (2020) aduz que, ao longo do tempo, o controle da discricionariedade administrativa evoluiu e, superando a noção de imunidade judicial da discricionariedade, várias teorias procuraram explicar e legitimar o controle judicial da atuação estatal discricionária, com destaque para:

- a. Teoria do desvio de poder (*détournement de pouvoir*) ou desvio de finalidade;
- b. Teoria dos motivos determinantes
- c. Teoria dos princípios jurídicos (juridicidade)

As teorias apresentadas serão analisadas mais detalhadamente nos próximos tópicos.

4.3 TEORIA DO DESVIO DE PODER OU DESVIO DE FINALIDADE

Conforme Di Pietro (2020), com a Constituição de 1988, a intangibilidade do controle de mérito pelo Poder Judiciário passou a ser negada pela doutrina e pela jurisprudência, com evolução no controle judicial dos atos administrativos. A análise dos fatos (motivos do ato), a valoração, a razoabilidade e a proporcionalidade em relação aos fins e a moralidade deixaram de ser vistas como matéria apenas de mérito e passaram a ser apreciadas judicialmente. Dentre as teorias que fundamentam essa evolução está a do desvio de poder, que defende o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do interesse público.

De acordo com Sidou (2016), desvio de poder é a modalidade de abuso de poder em que o agente, embora dentro da lei, age em desconformidade aos intuitos da lei, ou seja,

desviando da finalidade prevista na norma. A expressão *desvio de poder* não deve ser confundida com *excesso de poder*, embora ambas sejam espécies do gênero *abuso de poder*. Como visto anteriormente, os vícios relacionados à situação de excesso de poder são ilegalidades relativas ao elemento de competência.

De acordo com Oliveira (2020), a teoria do desvio de poder (*détournement de pouvoir*) ou desvio de finalidade, com origem no Conselho de Estado francês, admite que o Poder Judiciário invalide ato administrativo que desborde da finalidade da norma. É o caso, por exemplo, da remoção, de ofício, de um servidor público por perseguição pessoal do chefe. A remoção, de ofício, é prevista na norma, para atendimento ao interesse da administração. Se, porém, se dá em caráter punitivo, há desvio da finalidade pública. Igualmente haveria desvio de finalidade na cessão de imóvel desapropriado para uma empresa privada exploradora de atividade econômica, uma vez que a desapropriação tem por finalidade a utilidade pública, a necessidade pública ou o interesse social, ilustra o autor.

Carvalho Filho (2020), ensina que o desvio de finalidade não se configura apenas com o fato de a conduta estar dissociada da finalidade legal, porque o agente pode cometer ilegalidade por erro ou por ineficiência. O desvio de finalidade pressupõe o *animus*, a intenção deliberada de ofender o objetivo do interesse público que deve nortear o ato. É o elemento subjetivo que manifestará o desvio de finalidade, sem o qual haverá outro modo de ilegalidade.

Ainda conforme o autor, o desrespeito ao interesse público, além de constituir abuso de poder sob a forma de desvio de finalidade, também ofende aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. No primeiro caso, em razão do tratamento diferenciado a administrados na mesma situação jurídica e, no segundo, pela inobservância dos preceitos éticos norteadores da Administração e que estão expressos no art. 37 da Carta da República.

De acordo com Medauar (2018), a teoria do desvio de poder representou importante passo no direcionamento do exercício do poder discricionário aos fins de interesse público, explícitos ou implícitos – fundamento pelo qual o poder discricionário foi concedido ao agente público. Tais poderes visam ao atendimento do interesse público relativo às matérias em que atuam, não sendo destinados a satisfação de interesses pessoais ou de grupos, nem a favorecimento próprio ou alheio.

Destaca a autora que a existência do desvio de poder (ou desvio de finalidade) por vezes é de difícil comprovação, sendo um verdadeiro desafio, levando a doutrina e a jurisprudência a mencionar os chamados *indícios denunciadores do desvio de poder*, referindo-se aos dados

pelos quais se permitiriam concluir pela ocorrência de ilegalidade – contradição entre fatos motivadores invocados e o conteúdo do ato, por exemplo, ou a desproporção entre meios e fins, a ocultação de fatos etc.

4.4 TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

A teoria dos motivos determinantes se desenvolveu no direito francês e, de acordo com Carvalho Filho (2020), está baseada na observância de compatibilidade entre a situação de fato que gerou o ato expedido (manifestação da vontade da Administração) e o motivo que gerou sua expedição.

Conforme explica o autor, se o motivo se conceitua como a situação de fato que deu ensejo à vontade do administrador, a inexistência da situação provoca a invalidação do ato. Desse modo, deve haver perfeita correspondência entre os motivos do ato administrativo e a realidade. Em sentido contrário, a falta de correspondência do motivo com a realidade fática ou jurídica inquina de vício o ato administrativo, tornando-o ilegal, porque os motivos alegados não existiram, na realidade, ou não têm o caráter jurídico que o autor lhes emprestou. Trata-se, pois, de ilegalidade por inexistência material ou jurídica dos motivos.

Acrescenta Medauar (2018), que, os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente. Em termos práticos, a inexistência dos fatos, o enquadramento errado aos preceitos legais ou a inexistência de hipótese legal fundamentadora, por exemplo, afetam a validade do ato, mesmo que não haja obrigatoriedade de motivação.

No mesmo sentido, Carvalho Filho (2020) explica que a principal aplicação da teoria dos motivos determinantes está na fiscalização dos atos administrativos. Embora seja especialmente aplicável aos atos discricionários, onde se permite ao agente maior liberdade de ação e se constitui de elemento de aferição da conduta, a teoria dos motivos determinantes é aplicável mesmo que os atos não exijam a expressa motivação, contudo, se esta existir, passa a vincular o agente nos termos em que foi manifestada. Caso o interessado comprove a inexistência da realidade fática explicitada como a razão da vontade, o ato estará irremediavelmente viciado pela ilegalidade. É o que ocorre, por exemplo, quando um servidor requer suas férias para certo período. O chefe de repartição pode indeferi-las sem apresentar o motivo; se, porém, alega como falta de pessoal o motivo do indeferimento e o interessado prova que, ao contrário, há

excesso de pessoas, o ato apresenta vício quanto ao motivo, ou seja, incompatibilidade entre o motivo expresso e a realidade que não se coaduna com o motivo determinante.

Por fim, Oliveira (2020) ressalva que, na hipótese de pluralidade de motivos justificadores, a eventual apresentação de motivo ilícito, que não contamine a substância do ato, não é capaz de gerar, por si só, a sua nulidade, considerando a inexistência de prejuízo (*pas de nullité sans grief*), que subsistirá diante dos demais motivos exteriorizados.

4.5 TEORIA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E O CONTROLE DE JURIDICIDADE

Com o reconhecimento da centralidade da Constituição no ordenamento jurídico e da força normativa dos princípios, a partir do pós-positivismo, a legalidade deixa de ser o único parâmetro de verificação da atuação administrativa. Assim, especialmente em razão da constitucionalização do direito administrativo, a concepção de juridicidade supera a ideia de legalidade, vinculando a Administração não apenas à regras prefixadas nas leis, mas de modo mais amplo, aos princípios constitucionais (explícitos e implícitos) e ao próprio Direito, aponta Oliveira (2020).

“...a legalidade não é o único parâmetro da ação estatal que deve se conformar às demais normas consagradas no ordenamento jurídico. A legalidade encontra-se inserida no denominado princípio da juridicidade que exige a submissão da atuação administrativa à lei e ao Direito (art. 2.º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/1999). Em vez de simples adequação da atuação administrativa a uma lei específica, exige-se a compatibilidade dessa atuação com o chamado ‘bloco de legalidade’.” (OLIVEIRA, 2020)

O princípio da juridicidade destaca a importância da observância do Direito de modo amplo, determinando ainda a obrigação de respeito à noção de legitimidade do Direito. Conforme o princípio da juridicidade, a atuação da Administração Pública deve ser norteada pela efetividade da Constituição e baseada em parâmetros de legalidade e de legitimidade, próprios do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, a juridicidade amplia o controle dos atos discricionários pelo Poder Judiciário, não para permitir a apreciação de mérito, que implicaria em desrespeito à separação de poderes, mas para assegurar que o mérito da atuação administrativa não seja um artifício para a violação da ordem jurídica. Nesse aspecto, destaca Oliveira (2020), se torna indispensável a justificação das decisões judiciais – elemento essencial à sua legitimidade e à possibilidade de controle final pela sociedade – de modo que não seja a simples substituição da vontade do administrador pela vontade do juiz.

O autor destaca, ainda, que o reconhecimento ao princípio da juridicidade apresenta um duplo aspecto: se por um lado incrementa o prestígio da atividade da Administração Pública na concretização das normas constitucionais, por outro a demanda restrições mais sensíveis à atuação do administrador e acarreta maior possibilidade de controle judicial dos atos administrativos, porque, para ser considerada válida, a ação deve ser compatível com os princípios consagrados na Constituição Federal (impessoalidade, moralidade, eficiência etc.). Justamente a partir dos princípios impessoalidade, moralidade e eficiência que, exemplificando o autor, o STF editou a Súmula Vinculante nº 13, vedando o nepotismo na Administração Pública¹² e, de igual modo, o STJ com frequência considera os princípios da razoabilidade e da isonomia (impessoalidade) ao analisar a validade de exigências contidas em editais de concursos públicos.

4.6 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO

Genericamente, a constitucionalização pode ser observada como um fenômeno expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Desse modo, os valores e finalidades públicas passam a condicionar a validade e o sentido das normas de direito infraconstitucional, com repercussão na atuação estatal e nas relações do Estado com os particulares, ensina Barroso (2020).

Especialmente quanto à Administração Pública, ressalta o autor, a constitucionalização do direito limita a discricionariedade, impõe maior dever de atuação para a efetividade dos valores constitucionais e, ainda, fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da mediação do legislador ordinário.

Contudo, o mais decisivo aspecto da constitucionalização para o direito administrativo foi a sua incidência nos princípios constitucionais (não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, com irradiação sobre todo o sistema jurídico). Segundo Barroso (2020), a qualidade da relação entre a Administração se reconfigurou a partir da centralidade da dignidade

¹² STF, SV nº 13 - A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, ou ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

da pessoa humana e da preservação dos direitos fundamentais, com a superação de alguns paradigmas, entre eles:

- a. redefinição da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, com distinção entre os interesses primários e os secundários e observação dos valores de justiça, segurança e bem-estar social;
- b. vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária, em superação ao modelo de legalidade e prestígio ao princípio da juridicidade;
- c. possibilidade de controle judicial do mérito administrativo, resguardando-se a contenção e a prudência da não substituição da vontade do administrador pela do juiz, mas também a manifestação dos princípios específicos da moralidade, da eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade.

No mesmo sentido, Oliveira (2020) aponta que o novo constitucionalismo (“neoconstitucionalismo” ou “constitucionalismo contemporâneo”) se caracteriza pela busca de maior efetividade dos direitos fundamentais, especialmente a partir dos crescentes instrumentos de controle da atuação do Poder Público, a exemplo da intromissão do Poder Judiciário na análise de legalidade de ações e omissões administrativas necessárias à efetivação de políticas públicas, assim como a previsão de instrumentos jurídicos de tutela de interesses difusos, como a ação civil pública, ação popular etc.

Por fim, Oliveira (2020) destaca que o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo influenciou em alguns dogmas tradicionais, como é o caso da:

- a. redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado e a ascensão do princípio da ponderação de direitos fundamentais;
- b. superação da concepção do princípio da legalidade como vinculação positiva do administrador à lei e a consagração da vinculação direta à Constituição;
- c. possibilidade de controle judicial da discricionariedade a partir dos princípios constitucionais, deixando-se de lado o paradigma da insindicabilidade do mérito administrativo;
- d. releitura da legitimidade democrática da Administração, com a previsão de instrumentos de participação dos cidadãos na tomada de decisões administrativas (consensualidade na Administração).

5 JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ SOBRE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

5.1 STF

5.1.1 METODOLOGIA DE SELEÇÃO DOS CASOS

A partir da página de pesquisa jurisprudencial do Portal do Supremo Tribunal Federal¹³, procedeu-se a busca pelo termo “discricionariedade”, onde foram localizados 771 acórdãos e 7.256 decisões monocráticas. Dentre os acórdãos localizados, em 22 foram fixadas teses de repercussão geral.

Em razão das limitações deste trabalho, elegeu-se para análise 5 dos 22 acórdãos com teses de repercussão geral, tendo-se como critério o uso do termo “discricionariedade” ou variações na ementa da decisão. Pesquisas futuras podem se valer de outros critérios para a eleição da amostra, sendo certo que em uma análise preliminar, outras decisões excluídas da seleção final são de relevante interesse acadêmico, como, por exemplo, a que fixou a tese de inexigência de lei formal para coibir a prática de nepotismo¹⁴, ou a que versa sobre o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro no número de vagas previsto no edital de concurso público¹⁵.

Os casos selecionados no âmbito do STF foram:

- a. ARE 704520/SP, sobre as Leis nº 11.482/2007 e 11.945/2009 e a discricionariedade dos requisitos de relevância e urgência de edição de medidas provisórias;
- b. RE 837311/PI, que analisou o direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas prevista do edital em caso de surgimento de novas vagas durante a validade do certame;
- c. RE 1054110/SP, que tratou do exercício de atividade de transporte privado mediado por aplicativos;
- d. RE 898450/SP, quanto à existência de tatuagem como critério de eliminação de candidato em concurso público, e

¹³ <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>

¹⁴ RE 579951, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, Repercussão Geral - mérito DJE-202, Divulg 23-10-2008, Public 24-10-2008 Ement Vol-02338-10 PP-01876

¹⁵ RE 598099, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, Repercussão Geral - Mérito DJe-189 Divulg 30-09-2011 Public 03-10-2011 Ement Vol-02599-03 PP-00314 RTJ Vol-00222-01 PP-00521

- e. RE 1058333/PR acerca da possibilidade de remarcação de data de teste físico para candidata gestante em concurso público

5.1.2 ARE 704520/SP - LEIS Nº 11.482/2007 E 11.945/2009 E A DISCRICIONARIEDADE DOS REQUISITOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA DE EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

Recurso extraordinário com agravo. Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre (DPVAT). 2. Redução dos valores de indenização do seguro DPVAT pela Medida Provisória 340/2006, convertida na Lei 11.482/2007. 3. Constitucionalidade da modificação empreendida pelo art. 8º da Lei 11.482/007 no art. 3º da Lei 6.194/74. 4. Medida provisória. Pressupostos constitucionais de relevância e urgência. Discricionariedade. Precedentes. 5. Princípio da dignidade da pessoa humana. Ausência de violação. 6. Repercussão geral. 7. Recurso extraordinário não provido. (ARE 704520, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2014, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-236 Divulg 01-12-2014 Public 02-12-2014)

As Leis nº 11.482/2007 e 11.945/2009 foram objeto de ações diretas de inconstitucionalidade, dentre outros, sob o argumento de existência de vício formal, em razão de alegado descumprimento do requisito expresso de relevância e urgência previstos no art. 62 da Constituição Federal¹⁶. As referidas leis visavam alterar o regulamento do DPVAT, que consiste em um seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre ou por suas cargas transportadas.

A Lei nº 11.482/2007 nasceu da conversão da Medida Provisória nº 340/2006, prevendo a fixação do valor de indenização em caso de morte ou invalidez permanente em até R\$ 13.500,00 e de até R\$ 2.700,00 como reembolso de assistência médica. Anteriormente os valores eram de até 40 vezes o maior salários mínimos vigente no País nos primeiros casos e até 8 vezes o maior salários mínimos vigente no País na hipótese de reembolso de assistência médica.

A Lei nº 11.945/2009, por sua vez, por conversão da Medida Provisória nº 451/2008, vedou a cessão dos direitos de reembolso das despesas médicas, bem como o reembolso quando o atendimento for realizado pelo SUS ou pela a rede credenciada do SUS em caráter privado (art. 3º, §§ 2º e 3º).

¹⁶ CRFB/88, art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) (BRASIL, 1988)

O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no ARE 704520, considerou constitucionais as alterações que ensejaram a redução dos valores das indenizações pagas a título de seguro obrigatório por danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre (DPVAT), não aceitando a tese de que não haveria relevância e urgência para edição da Medida Provisória. De acordo com a decisão, conforme a orientação assentada pela jurisprudência da Corte, a análise dos requisitos de relevância e urgência são, em regra, de juízo político a cargo do Poder Executivo e do Congresso Nacional, no qual, salvo nas hipóteses excepcionais em razão de abuso, não deve se imiscuir o Poder Judiciário.

Desse modo, a Corte, por maioria, julgou improcedentes o pedido formulado nas ações diretas de inconstitucionalidade e negou provimento ao Recurso Extraordinário com Agravo para assentar a constitucionalidade da modificação produzida pelo art. 8º da Lei 11.482/007 no art. 3º da Lei 6.194/74.

5.1.3 RE 837311/PI - DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTA DO EDITAL EM CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE A VALIDADE DO CERTAME

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do *merit system*, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011. 3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública

que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. 4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Conseqüentemente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como *verbi gratia*, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. 6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame. 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. 8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.

(RE 837311, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-072 Divulg 15-04-2016 Public 18-04-2016)

Em 2015, decidindo o RE 837311, o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao Recurso Extraordinário que buscava reconhecer a existência de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital de concurso público, diante do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame.

Segundo o entendimento da Corte, a Administração, ao realizar um processo seletivo, manifestaria uma evidente intenção e necessidade de suprir determinados cargos públicos para bem atender o interesse público e fica, assim, vinculada aos editais que publica, de modo que este deve representar adequação entre o quantitativo de pessoal necessário e o número de vagas a serem providas, conforme correto planejamento da Administração. Apesar disso, por vezes o administrador diante da situação real, não consegue estimar com precisão, durante a validade do concurso, quantos cargos ficarão vagos. Assim, o chamado “cadastro de excedentes” se constitui como instrumento apropriado para permitir o aproveitamento célere e eficiente daqueles já aprovados, sem a necessidade de abertura de novo concurso em caso de necessidade superior ao previsto no edital.

Em relação aos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas em edital, a jurisprudência do STF, se consolidou no sentido de que, dentro do prazo de validade do processo seletivo, a Administração pode escolher o momento de realizar a nomeação, mas não poderia dispor sobre a própria nomeação, que se constituiria em direito subjetivo do concursando aprovado.

Os candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, porém, possuiriam mera expectativa de direito à nomeação. O Plenário destacou que incumbiria à Administração, no âmbito de seu espaço de discricionariedade, avaliar, de forma racional e eficiente, a conveniência e oportunidade de novas convocações durante a validade do certame. Essa discricionariedade, conforme o Direito Administrativo contemporâneo, não seria livre e irrestrita, mas vinculada aos deveres de boa-fé da Administração e observadora do respeito aos direitos fundamentais e aos princípios da eficiência, da impessoalidade, da moralidade e da proteção da confiança – todos próprios ao Estado de Direito, que requerem o exercício legítimo da discricionariedade. Se, porém, a Administração decidisse pelo preenchimento imediato das vagas por meio de novo concurso público, existindo candidatos aprovados dentro do cadastro de reserva de concurso válido, as vagas deveriam ser preenchidas prioritariamente pelos aprovados no concurso anterior.

Em resumo, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público surge nas seguintes hipóteses:

- a. Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;
- b. Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação

- c. Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

5.1.4 RE 1054110/SP - EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DE TRANSPORTE PRIVADO MEDIADO POR APLICATIVOS

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TRANSPORTE INDIVIDUAL REMUNERADO DE PASSAGEIROS POR APLICATIVO. LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA. 1. Recurso Extraordinário com repercussão geral interposto contra acórdão que declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que proibiu o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas cadastrados em aplicativos como Uber, Cabify e 99. 2. A questão constitucional suscitada no recurso diz respeito à licitude da atuação de motoristas privados cadastrados em plataformas de transporte compartilhado em mercado até então explorado por taxistas. 3. As normas que proibam ou restrinjam de forma desproporcional o transporte privado individual de passageiros são inconstitucionais porque: (i) não há regra nem princípio constitucional que prescreva a exclusividade do modelo de táxi no mercado de transporte individual de passageiros; (ii) é contrário ao regime de livre iniciativa e de livre concorrência a criação de reservas de mercado em favor de atores econômicos já estabelecidos, com o propósito de afastar o impacto gerado pela inovação no setor; (iii) a possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica para preservar o mercado concorrencial e proteger o consumidor não pode contrariar ou esvaziar a livre iniciativa, a ponto de afetar seus elementos essenciais. Em um regime constitucional fundado na livre iniciativa, o legislador ordinário não tem ampla discricionariedade para suprimir espaços relevantes da iniciativa privada. 4. A admissão de uma modalidade de transporte individual submetida a uma menor intensidade de regulação, mas complementar ao serviço de táxi afirma-se como uma estratégia constitucionalmente adequada para acomodação da atividade inovadora no setor. Trata-se, afinal, de uma opção que: (i) privilegia a livre iniciativa e a livre concorrência; (ii) incentiva a inovação; (iii) tem impacto positivo sobre a mobilidade urbana e o meio ambiente; (iv) protege o consumidor; e (v) é apta a corrigir as ineficiências de um setor submetido historicamente a um monopólio “de fato”. 5. A União Federal, no exercício de competência legislativa privativa para dispor sobre trânsito e transporte (CF/1988, art. 22, XI), estabeleceu diretrizes regulatórias para o transporte privado individual por aplicativo, cujas normas não incluem o controle de entrada e de preço. Em razão disso, a regulamentação e a fiscalização atribuídas aos municípios e ao Distrito Federal não podem contrariar o padrão regulatório estabelecido pelo legislador federal. 6. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação das seguintes teses de julgamento: “1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e 2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)”.

(RE 1054110, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-194 Divulg 05-09-2019 Public 06-09-2019)

Em 2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de recurso extraordinário, com repercussão geral, a controvérsia sobre o exercício da atividade de transporte privado individual

por motorista cadastrado em aplicativos (“transporte por aplicativos”, Uber etc.), bem como os limites da regulamentação e da fiscalização pelos entes municipais.

O recurso extraordinário chegou à Corte por interposição pela Câmara Municipal de São Paulo, em insurgência contra acórdão do TJSP que declarou inconstitucionalidade de lei municipal que proibia o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas. O acórdão da justiça estadual afirmou a competência municipal para disciplinar o transporte urbano local e, ainda, nos limites dos princípios e regras constitucionais, entendendo que a lei municipal padecia de vício formal pela proibição da atividade privada em oposição aos princípios da livre iniciativa e da razoabilidade.

Superando as questões processuais, a Câmara Municipal de São Paulo sustentava que o serviço de transporte individual de passageiros teria natureza pública e, assim, exigiria autorização do Poder Público e, uma vez sendo exercida sem a chancela municipal, equivaleria a um “taxi clandestino”, ensejando injusta competição no setor e colocando em risco o usuário/consumidor. A Procuradoria Geral da República, por sua vez, quanto às questões de direito material, argumentou que a lei municipal, ao proibir a atividade de transporte individual de passageiros, usurpara competência legislativa privativa da União para matérias relacionadas a trânsito e transporte, previstas no inciso XI, do art. 22, da Constituição Federal.

Em seu voto, o Min. Relator Luís Roberto Barroso delimitou a questão conflituosa a se saber se o uso de carros particulares para o transporte individual remunerado de passageiros e a proibição desse serviço viola mandamentos constitucionais e se seria compatível uma lei que proibisse atividade de transporte individual remunerado de passageiros. Ou, em outros termos, conforme alegado pelo legislativo paulistano, se um serviço público ou de utilidade pública que somente pode ser prestado mediante autorização do Poder Público, ao ser exercido como atividade privada, se constituiria um serviço de “táxi clandestino”.

Destaque-se que, no curso processual, foi aprovada a Lei nº 13.640/2018, que alterou a Lei nº 12.587/2012 (Política Nacional de Mobilidade Urbana), assentando relativamente a controvérsia. A alteração regulamentou o transporte remunerado privado individual de passageiros, que passou a prever o (novo) transporte remunerado individual privado, além do já existente transporte público individual, prestado por táxis tradicionais. Adicionalmente, a lei estabeleceu parâmetros e atribuiu aos municípios a competência para fiscalização e para a regulamentação do novo serviço. Desse modo, uma vez resolvida a natureza privada do serviço, o debate se

transferiu para os princípios da ordem econômica privada aplicáveis, conforme destacou o relator.

No voto, o relator, após explorar o papel da tecnologia nas mudanças sociais e o desafio do Estado em como acomodar a inovação aos mercados pré-existentes sem impedir o progresso e buscando vias conciliatórias, analisou a livre iniciativa na perspectiva constitucional. Segundo o relator, a livre iniciativa, para além da dimensão econômica, está relacionada com a liberdade individual e com o exercício de direitos de personalidade, além de ser um princípio específico da ordem econômica brasileira, conforme determinou o constituinte originário.

Nesse sentido, se mostra incompatível com a livre iniciativa normas que proíbam explicitamente uma atividade econômica, conforme o Ministro destaca a partir de três fundamentos: (1) a própria Constituição estabelece como princípio a livre iniciativa, de modo que a lei não pode arbitrariamente retirar determinada atividade econômica do universo de possibilidades, limitando a liberdade de empreender das pessoas – ausente qualquer regra constitucional sobre modelo específico de transporte individual de passageiros; (2) livre iniciativa implica livre concorrência, ideia em que estão contidas também a economia de mercado e a competição entre agentes econômicos por um lado e, por outro, a liberdade de escolha de consumidores, onde se produzirão os melhores resultados sociais em qualidade de bens e serviços e preços justos e, (3) o regime da livre iniciativa é contrário à criação de reservas de mercado em favor de atores econômicos já estabelecidos, com vistas a afastar o impacto gerado pela inovação no setor. Em sentido contrário, considerando a relatividade dos princípios, a livre iniciativa também não pode se tornar um caminho para a dominação, por meio da eliminação da concorrência preexistente, a pretexto de sanar falhas de mercado.

Em conclusão quanto à livre iniciativa, sustenta o Ministro no voto, deve o Estado incentivar e desincentivar comportamentos onde o livre mercado não realiza adequadamente os valores constitucionais, sem, no entanto, afetar o núcleo essencial da livre iniciativa, limitando o empreendedorismo, a inovação e a competição. Desse modo, a restrição desproporcional ao transporte de passageiros mediado por aplicativos contraria a Constituição.

Ao final, a Corte fixou a tese para o Tema 967 (Proibição do uso de carros particulares para o transporte remunerado individual de pessoas) nos seguintes termos:

I - A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; II - No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o

Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI) (BRASIL, 2019, p. 4).

5.1.5 RE 898450/SP - EXISTÊNCIA DE TATUAGEM COMO CRITÉRIO DE ELIMINAÇÃO DE CANDIDATO EM CONCURSO PÚBLICO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 838 DO PLENÁRIO VIRTUAL. TATUAGEM. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. REQUISITOS PARA O DESEMPENHO DE UMA FUNÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI FORMAL ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 37, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DA CORTE. IMPEDIMENTO DO PROVIMENTO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA DECORRENTE DA EXISTÊNCIA DE TATUAGEM NO CORPO DO CANDIDATO. REQUISITO OFENSIVO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DA PROPORCIONALIDADE E DO LIVRE ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA ESTATAL DE QUE A TATUAGEM ESTEJA DENTRO DE DETERMINADO TAMANHO E PARÂMETROS ESTÉTICOS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 5º, I, E 37, I E II, DA CRFB/88. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. RESTRIÇÃO. AS TATUAGENS QUE EXTERIORIZEM VALORES EXCESSIVAMENTE OFENSIVOS À DIGNIDADE DOS SERES HUMANOS, AO DESEMPENHO DA FUNÇÃO PÚBLICA PRETENDIDA, INCITAÇÃO À VIOLÊNCIA IMINENTE, AMEAÇAS REAIS OU REPRESENTEM OBSCENIDADES IMPEDEM O ACESSO A UMA FUNÇÃO PÚBLICA, SEM PREJUÍZO DO INAFASTÁVEL JUDICIAL REVIEW. CONSTITUCIONALIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM OS VALORES ÉTICOS E SOCIAIS DA FUNÇÃO PÚBLICA A SER DESEMPENHADA. DIREITO COMPARADO. IN CASU, A EXCLUSÃO DO CANDIDATO SE DEU, EXCLUSIVAMENTE, POR MOTIVOS ESTÉTICOS. CONFIRMAÇÃO DA RESTRIÇÃO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRARIEDADE ÀS TESIS ORA DELIMITADAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. O princípio da legalidade norteia os requisitos dos editais de concurso público. 2. O artigo 37, I, da Constituição da República, ao impor, expressamente, que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”, evidencia a frontal inconstitucionalidade de toda e qualquer restrição para o desempenho de uma função pública contida em editais, regulamentos e portarias que não tenham amparo legal. (Precedentes: RE 593198 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 01-10-2013; ARE 715061 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19-06-2013; RE 558833 AgR, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25-09-2009; RE 398567 AgR, Relator Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 24-03-2006; e MS 20.973, Relator Min. Paulo Brossard, Plenário, julgado em 06/12/1989, DJ 24-04-1992). 3. O Legislador não pode escudar-se em uma pretensa discricionariedade para criar barreiras legais arbitrárias e desproporcionais para o acesso às funções públicas, de modo a ensejar a sensível diminuição do número de possíveis competidores e a impossibilidade de escolha, pela Administração, daqueles que são os melhores. 4. Os requisitos legalmente previstos para o desempenho de uma função pública devem ser compatíveis com a natureza e atribuições do cargo. (No mesmo sentido: ARE 678112 RG, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 25/04/2013, DJe 17-05-2013). 5. A tatuagem, no curso da história da sociedade, se materializou de modo a alcançar os mais diversos e heterogêneos grupos, com as mais diversas idades, conjurando a pecha de ser identificada como marca de marginalidade, mas, antes, de obra artística. 6. As pigmentações de caráter permanente inseridas voluntariamente em partes dos corpos dos cidadãos configuram instrumentos de exteriorização da liberdade de manifestação do

pensamento e de expressão, valores amplamente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX). 7. É direito fundamental do cidadão preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, ressoando indevido o desestímulo estatal à inclusão de tatuagens no corpo. 8. O Estado não pode desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que minorias possam se manifestar livremente. 9. O Estado de Direito republicano e democrático, impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrenchada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. 10. A democracia funda-se na presunção em favor da liberdade do cidadão, o que pode ser sintetizado pela expressão germânica “*Freiheitsvermutung*” (presunção de liberdade), teoria corroborada pela doutrina norte-americana do primado da liberdade (*preferred freedom doctrine*), razão pela qual ao Estado contemporâneo se impõe o estímulo ao livre intercâmbio de opiniões em um mercado de idéias (*free marketplace of ideas* a que se refere John Milton) indispensável para a formação da opinião pública. 11. Os princípios da liberdade e da igualdade, este último com esteio na doutrina da desigualdade justificada, fazem exsurgir o reconhecimento da ausência de qualquer justificativa para que a Administração Pública visualize, em pessoas que possuem tatuagens, marcas de marginalidade ou de inaptidão física ou mental para o exercício de determinado cargo público. 12. O Estado não pode considerar aprioristicamente como parâmetro discriminatório para o ingresso em uma carreira pública o fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não. 13. A sociedade democrática brasileira pós-88, plural e multicultural, não acolhe a idiossincrasia de que uma pessoa com tatuagens é desprovida de capacidade e idoneidade para o desempenho das atividades de um cargo público. 14. As restrições estatais para o exercício de funções públicas originadas do uso de tatuagens devem ser excepcionais, na medida em que implicam uma interferência incisiva do Poder Público em direitos fundamentais diretamente relacionados ao modo como o ser humano desenvolve a sua personalidade. 15. A cláusula editalícia que cria condição ou requisito capaz de restringir o acesso a cargo, emprego ou função pública por candidatos possuidores de tatuagens, pinturas ou marcas, quaisquer que sejam suas extensões e localizações, visíveis ou não, desde que não representem símbolos ou inscrições alusivas a ideologias que exteriorizem valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida, incitação à violência iminente, ameaças reais ou representem obscenidades, é inconstitucional. 16. A tatuagem considerada obscena deve submeter-se ao Miller-Test, que, por seu turno, reclama três requisitos que repugnam essa forma de pigmentação, a saber: (i) o homem médio, seguindo padrões contemporâneos da comunidade, considere que a obra, tida como um todo, atrai o interesse lascivo; (ii) quando a obra retrata ou descreve, de modo ofensivo, conduta sexual, nos termos do que definido na legislação estadual aplicável, (iii) quando a obra, como um todo, não possua um sério valor literário, artístico, político ou científico. 17. A tatuagem que incite a prática de uma violência iminente pode impedir o desempenho de uma função pública quando ostentar a aptidão de provocar uma reação violenta imediata naquele que a visualiza, nos termos do que predica a doutrina norte-americana das “*fighting words*”, como, v.g., “morte aos delinquentes”. 18. As teses objetivas fixadas em sede de repercussão geral são: (i) os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material, (ii) editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais. 19. *In casu*, o acórdão recorrido extraordinariamente assentou que “a tatuagem do ora apelado não atende aos requisitos do edital. Muito embora não cubra todo o membro inferior direito, está longe de ser de pequenas dimensões. Ocupa quase a totalidade lateral da panturrilha e, além disso, ficará visível quando utilizados os uniformes referidos no item 5.4.8.3. É o quanto basta para se verificar que não ocorreu violação a direito líquido e certo, denegando-se a segurança”. Verifica-se dos autos que a reprovação do candidato se deu, apenas, por motivos estéticos da tatuagem que o recorrente ostenta. 19.1. Consectariamente o acórdão recorrido colide com as duas teses firmadas nesta repercussão geral: (i) a manutenção de inconstitucional restrição elencada em edital de concurso público sem lei que a estabeleça; (ii) a confirmação de cláusula de edital que restringe a participação, em concurso público, do

candidato, exclusivamente por ostentar tatuagem visível, sem qualquer simbologia que justificasse, nos termos assentados pela tese objetiva de repercussão geral, a restrição de participação no concurso público. 19.2. Os parâmetros adotados pelo edital impugnado, mercê de não possuírem fundamento de validade em lei, revelam-se preconceituosos, discriminatórios e são desprovidos de razoabilidade, o que afronta um dos objetivos fundamentais do País consagrado na Constituição da República, qual seja, o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV). 20. Recurso Extraordinário a que se dá provimento.

(RE 898450, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/08/2016, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-114 Divulg 30-05-2017 Public 31-05-2017)

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu o Recurso Extraordinário 898450/SP, interposto por candidato objetivando a reforma de decisão do TJSP que denegou mandado de segurança contra decisão de exclusão de concurso público para preenchimento de vagas de soldado da Polícia Militar daquele estado. Alegava o candidato que a desclassificação, na fase de exame médico, se deu em razão de possuir tatuagem em desacordo com o previsto no edital do concurso.

Conforme o entendimento do TJSP, o edital seria a lei do concurso e que a restrição à tatuagem se encontrava prevista no edital. No edital foram indicados parâmetros gerais de avaliação dos ornamentos, dentre os quais constava que não poderiam atentar contra a moral e os bons costumes, devendo ser de pequenas dimensões, vedada a cobertura de membros do corpo na totalidade, além de outros critérios.

O candidato irredimido, em razões de apelo, sustentava pela inconstitucionalidade do edital, que criou hipótese de exclusão do certame sem amparo no texto constitucional e em contrariedade direta com os princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

A Procuradoria de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, alegou, no mérito, que o edital seria compatível com a legislação estadual que regulamenta o ingresso na carreira da Polícia Militar de São Paulo e que, ao se inscrever no concurso, o candidato anuíra com as condições estipuladas no ato normativo. Assim, o candidato fora considerado inapto em razão de ostentar tatuagens em desconformidade com a previsão do edital, sendo legal a reprovação.

Diante da constatação de relevância política, social e jurídica, o relator submeteu ao Plenário Virtual, que reconheceu a repercussão geral do Tema 838 (“Constitucionalidade da proibição, contida em edital de concurso público, de ingresso em cargo, emprego ou função pública para candidatos que tenham certos tipos de tatuagem em seu corpo”).

Nos termos delimitadores do voto do relator, Min. Luiz Fux, a controvérsia consistia em saber se o fato de um cidadão ostentar tatuagens, visíveis ou não, seria circunstância idônea e proporcional de impedimento de concorrência a cargo ou emprego público, ainda que isso estivesse previsto em lei e se tal condição seria compatível com os arts. 1º, III¹⁷, 5º, I e II¹⁸ e 37, I e II¹⁹ da Constituição Federal. Assim, cabendo analisar se (1) o edital para provimento de cargo ou emprego público poderia impor restrição dirigida aos candidatos sem previsão legal e (2) se uma tatuagem, visível ou não, poderia ser óbice para participação em seleção para desempenho de função pública, mesmo que tal impedimento estivesse disposto em norma infra-constitucional.

Quanto às possibilidades de restrição de acesso a cargos públicos constantes em editais, a jurisprudência da Corte, fundamentou o relator, se assentava em determinar a necessidade de previsão anterior em lei formal, como no caso de estabelecimento de altura mínima para candidatos a determinadas carreiras²⁰. Nesse sentido, conforme manifestado no voto, em respeito ao art. 37, I da Constituição Federal, revela-se inconstitucional toda e qualquer restrição ou requisito estabelecido em quaisquer atos administrativos se não houver lei dispendo sobre a matéria.

Dessa condição de previsão legal, contudo, não surge automática juridicidade, e a norma não pode, legitimamente, se amparar em pretensa discricionariedade para criar barreiras arbitrárias para o acesso às funções públicas, além de ensejar a diminuição de competidores, prejudicando a Administração em escolher aqueles que são melhores. Desse modo, seriam inadmissíveis e inconstitucionais, seja por ofensa aos direitos fundamentais, seja por ofensa à

¹⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (“Caput” do artigo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998); II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

²⁰ ARE 906295 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 15-12-2015; RE 593198 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 01-10-2013; ARE 715061 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 14/05/2013, Acórdão Eletrônico DJe117 Divulg 18-06-2013 Public 19-06-2013;

proporcionalidade as barreiras que se revelem descabidas para o pleno exercício da função pública objeto da seleção.

Do julgamento firmou-se a tese relativa ao Tema 838, no sentido de que editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais.

5.1.6 RE 1058333/PR - POSSIBILIDADE DE REMARCAÇÃO DE DATA DE TESTE FÍSICO PARA CANDIDATA GESTANTE EM CONCURSO PÚBLICO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA GRÁVIDA À ÉPOCA DA REALIZAÇÃO DO TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. POSSIBILIDADE DE REMARCAÇÃO INDEPENDENTE DE PREVISÃO EDITALÍCIA. DIREITO À IGUALDADE, DIGNIDADE HUMANA E LIBERDADE REPRODUTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. 1) O teste de aptidão física para a candidata gestante pode ser remarcado, posto direito subjetivo que promove a igualdade de gênero, a busca pela felicidade, a liberdade reprodutiva e outros valores encartados pelo constituinte como ideário da nação brasileira. 2) A remarcação do teste de aptidão física, como único meio possível de viabilizar que a candidata gestante à época do teste continue participando do certame, estende-lhe oportunidades de vida que se descortinam para outros, oportunizando o acesso mais isonômico a cargos públicos. 3) O princípio da isonomia se resguarda, ainda, por a candidata ter de, superado o estado gravídico, comprovar que possui a mesma aptidão física exigida para os demais candidatos, obtendo a performance mínima. 4) A família, mercê de ser a base da sociedade, tem especial proteção do Estado (artigo 226 da CRFB), sendo certo que a Constituição de República se posicionou expressamente a favor da proteção à maternidade (artigo 6º) e assegurou direito ao planejamento familiar (artigo 226, § 7º), além de encontrar especial tutela no direito de previdência social (artigo 201, II) e no direito de assistência social (artigo 203, I). 5) O direito à saúde, tutelado expressamente no artigo 6º, requer uma especial proteção no presente caso, vez que a prática de esforços físicos incompatíveis com a fase gestacional pode por em risco a saúde da gestante ou mesmo do bebê. 6) O constituinte expressamente vedou qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas que obstaculize o planejamento familiar (art. 226, §7º), assim como assegurou o acesso às informações e meios para sua efetivação e impôs o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. 7) A ampla acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas é assegurada expressamente em nosso sistema constitucional (art. 37, I), como corolário do princípio da isonomia, da participação política e o da eficiência administrativa. 8) A remarcação do teste de aptidão física realiza com efetividade os postulados constitucionais, atingindo os melhores resultados com recursos mínimos, vez que o certame prossegue quanto aos demais candidatos, sem descuidar do cânone da impessoalidade. 9) A continuidade do concurso em geral, com reserva de vagas em quantidade correspondente ao número de candidatas gestantes, permite que Administração Pública gerencial desde logo supra sua deficiência de contingente profissional, escopo último do concurso, assim como permite que os candidatos aprovados possam ser desde logo nomeados e empossados, respeitada a ordem de classificação. 10) O adiamento fundamentado na condição gestatória se estende pelo período necessário para superação da condição, cujas condições e prazos devem ser determinados pela Administração Pública, preferencialmente em edital, resguardada a discricionariedade do administrador público e o princípio da vinculação às cláusulas editalícias. 11) A inexistência de previsão em em edital do direito à remarcação, como no presente caso, não afasta o direito da candidata gestante, vez que fundado em valores constitucionais maiores

cuja juridicidade se irradia por todo o ordenamento jurídico. Por essa mesma razão, ainda que houvesse previsão expressa em sentido contrário, assegurado estaria o direito à remarcação do teste de aptidão para a candidata gestante. 12) A mera previsão em edital do requisito criado pelo administrador público não exsurge o reconhecimento automático de sua juridicidade. 13) A gravidez não se insere na categoria de “problema temporário de saúde” de que trata o Tema 335 de Repercussão Geral. É que a condição de gestante goza de proteção constitucional reforçada, por ter o constituinte estabelecido expressamente a proteção à maternidade, à família e ao planejamento familiar. 14) Nego provimento ao recurso, para fixar a tese de que “É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata aprovada nas provas escritas que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público”.

(RE 1058333, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/2018, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-185 Divulg 24-07-2020 Public 27-07-2020)

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário 1058333/PR, interposto pelo Estado do Paraná, contra acórdão do TJPR que concedeu tutela de segurança pleiteada por candidata grávida para continuidade de participação em concurso público da Polícia Militar do Paraná, com a finalidade de reservar vaga e proceder a realização de exame físico em momento posterior à gravidez. Como tese de recurso, o Estado do Paraná argumentava que o pedido da autora violava o princípio da igualdade, previsto no art. 5º da Constituição Federal, além de item do edital que previa não haver segunda chamada para qualquer fase do concurso, fosse qual fosse o motivo de ausência do candidato, bem como não seriam aplicadas provas em locais ou horários diversos do estipulado nos editais de convocação. Adicionalmente, alegou que a reserva de vaga violaria o princípio da continuidade do serviço público.

De acordo com a fundamentação indicada pelos magistrados paranaenses, não se ignorava a previsão em edital quanto à vedação de realização de segunda prova para candidato faltoso e, mesmo o entendimento da jurisprudência estadual que orientaria que em concursos públicos inexistiria direito à segunda chamada para candidatos em razão de circunstâncias pessoais, salvo em casos especialíssimos. Contudo, a condição da candidata seria precisamente uma excepcionalidade, por constituir-se hipótese de força maior, a autorizar a realização do teste físico em outra data.

Ao recorrer à Corte Constitucional, o Estado do Paraná ressaltou ainda a tese de repercussão geral firmada em 2013 para o Tema de 335, sobre a remarcação de teste de aptidão física em concurso público, decidida no *leading case* RE 630773, cujo teor é:

“Inexiste direito dos candidatos em concurso público à prova de segunda chamada nos teste de aptidão física, salvo contrária disposição editalícia, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, mantida a validade das provas de segunda chamada realizadas até 15/5/2013, em nome da segurança jurídica.” (BRASIL, 2013)

Em seu voto, o relator, Min. Luiz Fux, distinguiu o caso em julgamento do caso paradigmático invocado pelo Estado do Paraná. Segundo o Ministro, a decisão de 2013, como declara sua ementa, tratava de remarcação decorrente de problemas temporários de saúde, dos quais não decorreria, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada. Assim, não surgiria direito constitucional à remarcação de provas a partir de circunstâncias pessoais do candidato – o que não se aplicaria às candidatas gestantes, sendo hipótese diversa.

No caso paradigma, esclarece o Ministro, o candidato portava uma lesão no cotovelo e a regra editalícia vedava a remarcação motivada por casos de luxações e fraturas, enquanto no caso analisado a candidata contava 24 semanas de gestação, sendo a diferenciação tanto das circunstâncias de fato, quanto nos valores constitucionais em conflito – a condição de gravidez não se insere na categoria “problema temporário de saúde”.

Quanto à previsão de regras em edital, dos requisitos criados pelo administrador público não surge automaticamente o reconhecimento de sua juridicidade, sustenta o Ministro, no voto. As restrições previstas em edital para ingresso em cargo, emprego ou função pública devem respeitar os preceitos constitucionais e legais. Ainda que incumba à Administração estabelecer os requisitos do edital, não pode se valer da discricionariedade para criar barreiras arbitrárias para acesso às funções públicas, especialmente quando disso implicar violação a direitos fundamentais, como no caso.

Além disso, sobre os valores constitucionais, se deve reconhecer que o interesse da grávida em levar a gestação a termo com êxito ultrapassa os limites pessoais do indivíduo, alcançando a coletividade, como argumenta o Ministro. A distinção entre o caso paradigma e o caso em análise se evidencia, também e mais uma vez, pelo interesse transindividual deste último:

“Há de reconhecer que o interesse de que a grávida leve a gestação a termo com êxito exorbita os limites individuais da genitora, alcançando outros indivíduos e a coletividade. Enquanto a saúde pessoal do candidato configura “motivos exclusivamente individuais e particulares”, a maternidade e a família constituem direitos fundamentais do homem-social e do homem-solidário, na nomenclatura de José Afonso da Silva.” (BRASIL, 2018, p. 17)

A Constituição Federal de 1988 estabelece expressamente a proteção à maternidade, à família e ao planejamento familiar, de modo que a condição de gestante goza de proteção constitucional reforçada e gravidez não pode causar prejuízo às candidatas. Assim, sob pena de ferir gravemente os princípios da isonomia e da razoabilidade, surge, no caso, o direito à remarcação

do teste, uma vez que no dia da realização da prova física restarem impossibilitadas de realizá-lo sem risco para a gestação. Não se trata de a candidata ser aprovada por *estar grávida*, mas mera oportunidade de participar efetivamente do certame, em condições razoáveis, *apesar* da gestação.

Quanto aos princípios administrativos norteadores dos concursos públicos, fica demarcada a relação próxima entre os princípios da eficiência e a ampla acessibilidade do processo seletivo, sendo o concurso meio técnico à disposição da Administração para se obter moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, ao mesmo tempo em que propicia igualdade de oportunidades a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei. Esses princípios devem ser analisados conforme a concepção moderna de administração pública gestora, que se organiza em ações e conduz decisões otimizadoras da gestão pública, exercendo com responsabilidade o arbítrio administrativo, conforme os resultados esperados.

Em conclusão, aduz que a remarcação do teste de aptidão física constitui garantia da candidata gestante, independente de prévia disposição em edital, em compatibilidade com a igualdade, a liberdade, a dignidade e outros valores prestigiados pela Constituição Federal.

5.2 STJ

5.2.1 METODOLOGIA DE ESCOLHA DOS CASOS

Como ferramenta de busca jurisprudencial relativa ao Superior Tribunal de Justiça foi utilizado o sistema de buscas do próprio Tribunal²¹. A base de dados de acórdãos é composta por todas as decisões coletivas das Turmas, Seções e da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça e a base de súmulas é composta por todos os enunciados de Súmula editados pelo Tribunal desde sua fundação. Além disso, é possível pesquisar a base de dados de Informativos e outros produtos elaborados pela Secretaria de Jurisprudência – Informativo de Jurisprudência, Jurisprudência em Teses, Pesquisa Pronta, Súmulas Anotadas, Legislação Aplicada e Precedentes Qualificados Anotados (STJ, 2021). Em julho de 2021, o sistema de buscas contava com cerca de 732.000 acórdãos indexados, 649 súmulas, além dos demais produtos.

²¹ <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

Conforme previsto no art. 104 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é composto por 33 ministros e se organiza em:

- a. Plenário, composto por todos os ministros, possui competências administrativas: eleger membros para os cargos diretivos e de representação, votar mudanças no regimento e elaborar listas tríplices de indicados a compor o Tribunal;
- b. Corte Especial, composta pelos 15 ministros mais antigos e competência para julgar as ações penais contra governadores e outras autoridades, bem como decisão sobre recursos quando há interpretação divergente entre os órgãos especializados do Tribunal;
- c. Seções, compostas por 10 ministros, têm competências especializadas e, dentro de cada competência julgam mandados de segurança, reclamações e conflitos de competência. As seções são divididas em duas turmas cada:
 - a. Primeira Seção, trata de matéria de direito público e é composta pela primeira e segunda turmas. A ela compete decidir sobre impostos, previdência, servidores públicos, indenizações do Estado, improbidade etc.
 - b. Segunda Seção, cuida de matéria de direito privado e é composta pelas terceira e quarta turmas. Tem competência para julgar, por exemplo, demandas relativas a comércio, consumo, contratos, família, sucessões.
 - c. Terceira Seção, tem competência sobre direito penal, dividindo-se em quinta e sexta turmas. A elas competem a julgar questões relativas a crimes em geral, federalização de crimes contra direitos humanos etc.

Compreendendo a organização do Superior Tribunal de Justiça e partindo da página de pesquisa jurisprudencial no Tribunal, buscou-se os termos “discricionariedade” e “controle”, em decisões relativas às Primeira e Segunda Turmas, bem como à Primeira Seção, sendo localizados 138 acórdãos. Em seguida, a busca foi refinada de modo que os termos fossem localizados com até 6 palavras de distância, por meio de operador de busca próprio da ferramenta²², chegando-se a um conjunto de 7 acórdãos, de onde foram selecionados os que faziam referência expressa a controle, chegando-se a um conjunto de 5 acórdãos:

- a. RESP 1.612.931/MS, sobre a implementação de plantão de 24 horas em delegacia de menores em Campo Grande;

²²String de busca: ("t1" ou "t2" ou "s1") e (discricionariedade prox6 controle)

- b. RESP 952.899/DF, que tratou da dispensa de licitação em contratos de gestão;
- c. RESP 443.310/RS, que analisou a impugnação de multa a empresa de transporte por recusa de acesso gratuito a linhas de ônibus seletivas por fiscais do trabalho;
- d. RMS 7.772/RJ, quanto à inabilitação decorrente de qualificação econômico-financeira insuficiente em procedimento licitatório, e
- e. RMS 1.751/PR, sobre a invalidação de ato de remoção por ausência de pressuposto fático

5.2.2 RESP 1.612.931/MS - IMPLEMENTAÇÃO DE PLANTÃO DE 24 HORAS EM DELEGACIA DE MENORES EM CAMPO GRANDE

Recurso especial. Ação Civil Pública. Imposição de obrigação de fazer consubstanciada no deslocamento de delegados e servidores para atendimento ao plantão de 24 horas em delegacia de menores infratores. Corte de origem que interpretou ser indevida a medida por suposta infringência ao regular exercício do poder discricionário da administração. Verificação de descumprimento de normas da Constituição Federal, da lei 8.069/90 (ECA) e das regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça da infância e da juventude. Controle de legalidade. Possibilidade. Recurso especial do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul provido. (REsp 1612931/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 07/08/2017)

Como primeiro caso da amostra, tem-se o REsp 1.612.931/MS, julgado no STJ em 20/06/2017, de relatoria do Min. Napoleão Nunes Maia Filho. A Ação Civil Pública objeto do recurso buscava obrigar o Estado de Mato Grosso do Sul a implementar, na Delegacia Especializada de Atendimento à Infância e à Juventude de Campo Grande, plantão de 24 horas, de modo que todos os menores apreendidos em flagrante fossem conduzidos a ambiente adequado, com garantir de integridade. Alegava-se que as apreensões realizadas fora do horário de funcionamento estavam sendo efetivadas com os menores sendo direcionados a ambiente carcerário destinado a maiores de idade.

O juízo de primeiro grau acatou o pedido, que foi reformado em apelação ao TJMS, ao entendimento de trata-se de impossibilidade de interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo. O atendimento ao pleito, no caso, conforme julgado pela Corte Estadual, violaria o campo de liberdade da Administração, que deveria ser exercido conforme critérios de conveniência e oportunidade.

A Primeira Turma do STJ reconheceu que, conforme o art. 227 da Constituição Federal, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem,

com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Além da disposição constitucional, a ausência de plantão policial especializado e o encaminhamento dos menores apreendidos à delegacia policial comum violaria valores emanados da Convenção sobre os Direitos da Criança (Regras de Beijing), internalizado no direito brasileiro por meio do Decreto nº 99.710/90, e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ambos os documentos orientam que se deve evitar ao máximo o contato do adolescente com imputáveis acusados da prática de infrações penais e a exposição a ambiente degradante – o que, em regra, é o caso das delegacias de polícias não-especializadas ou cadeia pública. Dentre as diretrizes de atendimento aos menores, em ambas as normas estão previstas a integração operacional de diversos órgãos, inclusive policiais, com o fim de agilizar e otimizar o atendimento inicial prestado a adolescentes acusados da prática de atos infracionais, levando-os a receber, da forma mais rápida e eficaz possível, a resposta socioeducativa adequada às suas necessidades pedagógicas específicas.

Por outro lado, o acórdão aponta que a discricionariedade da Administração Pública não seria absoluta, sendo os desvios passíveis de controle de legalidade, assim como dos motivos e finalidades dos atos praticados. Destaca, porém, que a o controle dos atos discricionários deveria ser cauteloso, de modo a não ser uma ferramenta de substituição de escolhas legítimas da autoridade competente – ou seja, não seria legítimo ao juiz declarar um ato ilegal por discordância de valores morais ou dos fundamentos invocados pela Administração, se ambos fossem válidos e compatíveis com o ordenamento.

Em conclusão, o acórdão manifesta que tal estado de coisas não seria uma escolha administrativa aceitável sob os aspectos morais e éticos, mas de preterição de prioridade imposta pela Constituição, além de inobservância da lei nacional e internacional, sendo, pois, hipótese legalmente aceita de intervenção do Poder Judiciário nos da Administração praticados com fundamento no poder discricionário.

5.2.3 RESP 952.899/DF - DISPENSA DE LICITAÇÃO EM CONTRATOS DE GESTÃO

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE GESTÃO. LICITAÇÃO. DISPENSA. 1. O contrato de gestão administrativo constitui negócio jurídico criado pela Reforma Administrativa Pública de 1990. 2. A Lei n. 8.666, em seu art. 24, inciso XXIV, dispensa licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. 3. Instituto Candango de Solidariedade (organização social) versus Distrito Federal. Legalidade de contrato de gestão celebrado entre partes. 4. Ausência de comprovação de prejuízo para a Administração em razão do contrato de gestão firmado. 5. A Ação Popular exige, para sua procedência, o binômio ilicitude e lesividade. 6. Recurso especial improvido. (REsp 952.899/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 23/06/2008)

O segundo caso trata de REsp 952.899/DF, julgado pela Segunda Turma do STJ, em 03/06/2008, de relatoria do Min. José Delgado. Na Ação Popular em cujo recurso especial se insere, pleiteava-se a decretação de invalidade de atos de contratação e de contrato de gestão firmado entre determinada Organização Social e o Governo do Distrito Federal.

Segundo argumentava o autor, o referido contrato não obedecia ao disposto na Lei Distrital n° 2.415/99²³, tendo em vista que não se prestar ao fomento e execução das atividades típicas dos organismos sociais – “a prestação de serviços concernentes ao desenvolvimento tecnológico e institucional e a proteção e conservação do meio ambiente, inclusive conservação de áreas urbanizadas e ajardinadas, previsto no Programa de Melhoria da Prestação dos Serviços de Interesse Público do Distrito Federal”. Além disso, a contratação não fora objeto de processo licitatório e seria um meio para contratação de pessoal sem concurso público pelo governo distrital.

O juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido formulado na Ação Popular, sob o argumento de que o referido contrato de gestão contrariaria os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade, e da isonomia das contratações pública, previstos no art. 37 da Constituição Federal.

A decisão foi reformada em sede de apelação, pelo TJDF, e, posteriormente, ratificada pelo STJ, acatando o argumento de que os contratos de gestão ganharam relevo em razão do Plano Diretor de Reforma do Estado e da Emenda Constitucional n° 19/1998 e que, no contrato em questão, fora obedecido estritamente o previsto na legislação de regência quanto à

²³ Lei Distrital n° 2.415/99. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais no âmbito do Distrito Federal.

possibilidade de serem firmados com organizações sociais para a prestação de serviços qualificados como de não-exclusividade estatal (CRFB/88, art. 37, §8º; Lei nº 9.637/98²⁴; Lei nº 9.648/98, que incluiu o inciso XXIV²⁵, no artigo 24, da Lei nº 8666/93 e Lei Distrital nº 2.415/99). Especialmente quanto ao objeto contratual, entendeu o TJDFT pela perfeita compatibilidade com o disposto no art. 1º da Lei Distrital nº 2.415/1999²⁶ e de ambos com o estatuto social da organização contratada.

Nesse sentido, ainda que controversas as escolhas legislativas, o princípio da separação de poderes orienta que o Poder Judiciário não deve intervir nas opções políticas, conforme se depreende da manifestação no acórdão:

“Esta, portanto, a clara opção adotada pelo Estado-legislador, por mais odiosa e controvertida que se mostre a *mens legis* aos aplicadores dessas normas, já que sob a ótica da insinuada inconstitucionalidade, nenhuma vertente possível se advisa até agora com êxito neste sentido, neste rumo, não se tendo notícia de qualquer indicador que venha a dar amparo à tese esposada na ação popular.” (BRASIL, 2007, p. 10)

Ressaltaram, ainda, os desembargadores do TJDFT, que o controle político da justiça ou injustiça de uma lei, de sua conveniência ou oportunidade, é função exclusiva do Parlamento, não comportando ingerência do Poder Judiciário, que só faz o controle – direto ou incidental – da constitucionalidade das leis.

5.2.4 RESP 443.310/RS - IMPUGNAÇÃO DE MULTA A EMPRESA DE TRANSPORTE POR RECUSA DE ACESSO GRATUITO A LINHAS DE ÔNIBUS SELETIVAS POR FISCAIS DO TRABALHO

Administrativo. Ação Ordinária. Impugnação de multa. Art. 630, § 5º da CLT. Transporte dos fiscais do trabalho. Passe livre. Linha seletiva. Discricionariedade do ato administrativo. Controle. Possibilidade. Princípios da razoabilidade e da

²⁴ Lei nº 9.637/98. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

²⁵ Lei nº 8.666/93, art. 24. É dispensável a licitação: XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

²⁶ Lei Distrital nº 2.415/99, art. 1º O Poder Executivo, por ato do Governador do Distrito Federal, poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e institucional, à proteção e preservação do meio ambiente, inclusive conservação de áreas urbanizadas e ajardinadas, à defesa do consumidor, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos nesta lei.

proporcionalidade do ato. (REsp 443.310/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2003, DJ 03/11/2003, p. 249)

Como terceiro caso da amostra tem-se o REsp 443.310/RS, que foi julgado no STJ em 21/10/2003 e teve como relator o Min. Luiz Fux, então integrante da Primeira Turma. O acórdão decidiu recurso derivado de uma ação ordinária em que empresa de transportes buscava impugnar multa aplicada por violação ao art. 630, §5º, da CLT²⁷, que, no seu entender, conferia obrigatoriedade de concessão de gratuidade de transporte a fiscais do trabalho apenas nas linhas de ônibus comuns e não nas linhas seletivas, que dispõem de comodidades superiores às linhas convencionais.

O juízo de primeiro grau entendeu pela inexistência de razão à empresa, que recorreu, tendo a sentença reformada pelo TRF da 4ª Região. Como argumento recursal ao STF, a União sustentou que a recusa à prerrogativa de “passe livre” aos fiscais do trabalho configuraria violação ao art. 650, §5º e que o ato administrativo goza de presunção de legitimidade e veracidade – presunções essas que somente podem ser afastadas por prova em contrário.

Conforme fundamentação do acórdão, a Administração deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar. Nesse sentido, a razoabilidade consiste no ajustamento da providência administrativa conforme o consenso social, conforme é o usual e o sensato. Por sua vez, a proporcionalidade revela que nem todos os meios justificam os fins, mas somente aqueles que conduzem às finalidades almejadas e, exorbitam, quando são medidas imoderadas em comparação ao resultado almejado.

Sustenta, ainda, que, diante da norma constitucional da livre iniciativa, a intervenção estatal no domínio econômico se dá de modo excepcional e deve ser pautada na razoabilidade. Desse modo, a concessão de passe livre aos fiscais do trabalho tem por finalidade viabilizar o bom atendimento do seu serviço à luz da menor onerosidade possível. Com isso, havendo linhas regulares com o mesmo itinerário, não é razoável, entendeu o relator, que os fiscais se utilizem de serviços prestados seletivamente. Conforme conclui, o fato de a lei conceder a esses servidores a possibilidade de deslocamento não significa que deva ser por meio da modalidade mais

²⁷ CLT, art. 630, § 5º - No território do exercício de sua função, o agente da inspeção gozará de passe livre nas empresas de transportes, públicas ou privadas, mediante a apresentação da carteira de identidade fiscal. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

onerosa para a empresa – modalidade com maiores comodidades aos passageiros que se dispõem a pagar tarifa mais elevada.

5.2.5 RMS 7.772/RJ - INABILITAÇÃO DECORRENTE DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA INSUFICIENTE EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Processual civil. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Concorrência pública. Impugnação do ato que considerou a impetrante inabilitada. Inocorrência de motivo falso ou inexistente. (RMS 7.772/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/1999, DJ 27/09/1999, p. 45)

O quarto caso consiste em decisão sobre recurso em mandado de segurança denegado, cujo propósito era a suspensão de ato alegadamente ilícito que inabilitou a impetrante em certame de concorrência pública. O recurso foi julgado em 17/08/1999, no âmbito da Primeira Turma, com relatoria do Min. José Delgado.

No caso analisado, a impetrante, uma construtora, fora inabilitada em procedimento licitatório do qual participava. Argumentava que, conquanto tenha apresentado todos os documentos para habilitação na concorrência, restou inabilitada sob o fundamento de não atender as exigências relativas à qualificação econômico-financeira, apesar de preencher os requisitos exigidos e apresentar garantias.

Conforme informou a entidade licitante, o edital exigia (1) a apresentação das demonstrações financeiras ou balanço e, cumulativamente, (2) capital social integralizado equivalente a 10% do valor estimado da obra, além de (3) certidões negativas e (4) garantias nos termos do art. 56, §1º da Lei nº 8.666, equivalente a 1% do valor do custo estimado da licitação. Ao analisar o balanço, a entidade licitante avaliou que a empresa apresentava indicadores econômico-financeiros aquém do esperado, assim fundamentando a inabilitação.

Esclarece o relator, em seu voto, que no mandado de segurança (e também no recurso), a impetrante se insurge não contra o edital de licitação – como se pode pensar –, mas sim contra o ato administrativo que a inabilitou. Ataca, portanto, a fundamentação e o mérito do ato administrativo ao argumento de que a apresentação de garantias seria suficiente para assegurar a execução do contrato.

Nesse sentido, o relator sustenta que a motivação é requisito essencial do ato administrativo, consistente na exteriorização das razões que justificam o ato administrativo e que fora adequadamente analisado no acórdão recorrido. Além disso, seria possível o exame dos motivos, que são os pressupostos fáticos que autorizam ou exigem a prática do ato, desde que pudesse ser verificado de plano e não importasse em dilação probatória, que só poderiam ocorrer nas vias ordinárias – e não na via estreita do mandado de segurança.

Muito embora o recurso tenha tido o provimento negado, a decisão do STJ reforça o entendimento de que a motivação é requisito essencial do ato administrativo, bem como que o controle dos atos administrativo se estende ao exame dos motivos, ou seja, dos pressupostos fáticos que, se inexistentes, invalidam o ato.

5.2.6 RMS 1.751/PR - INVALIDAÇÃO DE ATO DE REMOÇÃO POR AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO FÁTICO

ADMINISTRATIVO. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. REMOÇÃO POR PERMUTA ENTRE ESCRIVA DISTRITAL E TITULAR DE OFÍCIO DE CARTÓRIO DE IMÓVEIS, RESPECTIVAMENTE FILHA E PAI. LEI DE ORGANIZAÇÃO E DIVISÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO PARANÁ. ATO CONDICIONADO À EXISTÊNCIA DO INTERESSE DA JUSTIÇA.- Ainda que a expressão "interesse da justiça" tenha um sentido bastante abrangente, nela não se compreende o nepotismo, a simulação e a imoralidade.- 'In casu', o ato de remoção não condiz com o interesse da justiça, como exigido na lei de organização judiciária do estado, nem com o princípio da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, mas com os interesses pessoais dos envolvidos.- recurso provido. (RMS 1.751/PR, Rel. Ministro AMÉRICO LUZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/1994, DJ 13/06/1994, p. 15093)

O presente caso cuida de controvérsia julgada em 1994 acerca de permuta realizada, após a Constituição de 1988, entre uma escrivã distrital e um titular de ofício de registro de imóveis. A nova Constituição previa (e ainda prevê) no art. 236 e parágrafos, que a lei regularia as atividades registrares, sendo competência privativa da União (art. 22, XXV) para legislar sobre registros públicos – legislação essa inexistente à época. Os interessados, filha e pai, sustentavam que o ato de permuta observou o Código de Organização Judiciária do Estado, sendo, portanto, válido, eficaz e atendendo ao interesse da Justiça.

Na decisão, o relator se manifestou no sentido de que, conforme o princípio da supremacia constitucional, impõe-se a subordinação da ordem jurídica aos novos preceitos, de modo a exigir-se compatibilidade entre as leis existentes e a nova ordem. Havendo conflito ou contradição entre as normas preexistentes e o preceito constitucional, surge o efeito ab-rogativo da

Constituição sobre as normas e atos que com ela forem incompatíveis. Nesse sentido, tem-se por impróprio que o Estado-membro pratique atos de provimento das direções cartorais enquanto não editada norma federal constitucionalmente prevista no art. 236, cuja competência é da União.

Na situação fática, conforme relatório no acórdão, o pai, titular de importante cartório do registro de imóveis em Curitiba desde a década de 1960, estava às vésperas da aposentadoria compulsória. A filha, recém nomeada escrivã distrital para serventia de pequena expressão no interior, assumiu suas funções e, poucos dias depois, sem sequer ter realizado nenhum ato registral, procedeu permuta com o pai. Passados mais alguns dias o pai requereu aposentadoria, mesmo antes de a filha prestar compromisso legal no novo cargo.

Conforme o entendimento do relator, Min. Américo Luz, tratou-se de evidente simulação com a finalidade de transmitir à filha “o cartório da família”, sob a invocação de interesse da Justiça, em confusão com interesses pessoais. Declara o relator, que embora a expressão “interesse da Justiça” tenha alcance bastante amplo, nela não se compreende o nepotismo, a simulação e a imoralidade. No caso, o ato não só não condiz com o interesse da Justiça, exigido na Lei de Organização Judiciária do Estado, como também afronta os princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.

“As permutas estavam condicionadas à existência de interesse da Justiça. A ausência desse interesse importou na desconformidade do ato às normas legais que regiam o procedimento administrativo, na sua ilegalidade.

A obviedade dos motivos pessoais e espúrios da permuta transparecem nos autos e não a legitima, principalmente quando subsumem o interesse da Justiça ao interesse pessoal, considerando que a impessoalidade deve dominar os atos administrativos que não podem ser dirigidos com o intuito de beneficiar determinada pessoa como aconteceu no caso.

Às condições de legalidade e impessoalidade, imprescindíveis à validade dos atos administrativos somam-se a da moralidade. (...) Esse princípio cobra do Administrador uma conduta legal, comportamento ético, sendo lícito ao Poder Judiciário examinar o ato administrativo sob o aspecto da moralidade e do desvio de poder” (BRASIL, 1994, p. 165-166).

Em conclusão observa-se, além da constatação do vício de legalidade em razão do desvio de finalidade do ato administrativo, o prestígio ao princípio da Juridicidade, bem como da efetividade das normas constitucionais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A noção de ato administrativo é contemporânea à ideia de constitucionalismo, ao princípio da separação de poderes e à submissão da Administração Pública a um regime jurídico próprio, diferente do regime de direito privado (DI PIETRO, 2020).

Contemporaneamente a dignidade da pessoa humana assume posição central no ordenamento jurídico e, por conseguinte, nas ações estatais. Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019), no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, três características se tornaram mais bem definidas: (a) o Estado existe para o ser humano e não o ser humano para o Estado; (b) os princípios, os direitos e as garantias fundamentais merecem proteção reforçada, servindo de critérios materiais para interpretação e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais e, (c) as constituições explicitam uma ordem preferencial de valores. Esse fenômeno, ressalta Di Pietro (2020), ampliou o conteúdo do Direito Administrativo, não só no direito brasileiro, mas também de outros países, com reflexos sobre a legalidade, a discricionariedade administrativa e o controle judicial.

A atuação estatal, para realização das expectativas constitucionais e com a finalidade de o interesse público, goza de determinadas prerrogativas e privilégios inaplicáveis no contexto do direito privado. As prerrogativas conferem, por exemplo, poderes especiais de autoexecutoriedade de seus atos, autotutela, poder de requisitar bens e serviços, aplicar sanções administrativas, rescindir unilateralmente contratos, entre outros. Ao mesmo tempo, em relação aos privilégios, pode-se citar a presunção de veracidade dos atos, a imunidade tributária, ou, em contexto processual, os prazos diferenciados em juízo e os juízos privativos, além do processo especial de execução (DI PIETRO, 2020). Essa condição diferenciada em relação aos atos privados, tem por finalidade o atendimento do interesse público e sujeita os atos administrativos ao regime jurídico de direito público, sendo estas regras e princípios específicos para os atos administrativos, que os qualificam como atos de Poder (CARVALHO FILHO, 2020).

Assim, se por um lado o regime jurídico administrativo oferece prerrogativas à Administração que lhe coloca em posição de supremacia perante o particular (sempre com o fim de beneficiar a coletividade), por outro também impõe restrições, sujeitando a limites a atividade estatal, que, se não observados, implicam em desvio de poder e consequente nulidade de seus atos – limites esses muitas vezes expressos sob a forma de princípios informativos de direito público (DI PIETRO, 2020). Entre os princípios do direito públicos, a doutrina comumente os diferencia em expressamente positivados na Constituição Federal (legalidade, impessoalidade,

moralidade, publicidade e eficiência) e reconhecidos, extraídos da sistemática do ordenamento brasileiro (supremacia do interesse público, autotutela, indisponibilidade, continuidade dos serviços públicos, segurança jurídica e proteção à confiança e precaução) (CARVALHO FILHO, 2020).

Tradicionalmente, para fins didáticos, classifica-se os atos administrativos conforme a discricionariedade, ou seja, conforme o grau de liberdade, previsto pelo legislador, para atuação dos agentes públicos. Explica Oliveira (2020) que em determinados casos, o legislador autoriza que a realização de opções pelo agente, seguindo critérios de conveniência e oportunidade – trata-se de atuação discricionária. Em sentido contrário, o legislador determina na norma todos os elementos do ato administrativo, sem qualquer margem de liberdade decisória ao agente, caso em se trata de uma atuação vinculada. Destaca o autor, porém, que essa dicotomia dificilmente se aplica à realidade, especialmente a partir do fenômeno da constitucionalização do direito, da democratização da defesa do interesse público e da complexidade da sociedade atual.

No plano da realidade, portanto, e especialmente após a Constituição de 1988, houve considerável evolução no controle judicial dos atos administrativos, especialmente no tocante ao elemento de mérito (DI PIETRO, 2020). Ensina Fábio de Oliveira (2018), que, de modo geral, o espaço discricionário é menor diante de uma Constituição Dirigente, como é o caso da Carta Política, do que de uma Constituição Negativa, sintética ou formal.

Considerando, pois, que os atos administrativos são declarações de vontade emanadas do Estado, com produção de efeitos jurídicos imediatos, sob regime jurídico de direito público e, portanto, sujeitos ao controle judicial (DI PIETRO, 2020) buscou-se identificar, no contexto do Estado Democrático de Direito quais são os limites e as possibilidades de controle judicial sobre os atos administrativos discricionários a partir da doutrina e, em seguida, de jurisprudência selecionada dos Tribunais Superiores brasileiros.

Como visto, o controle sobre os atos administrativos pode ser de duas espécies: (1) controle de legalidade, relacionado à adequação formal e normativa do ato administrativo e (2) controle de mérito, associado à conveniência e à oportunidade relativas ao motivo e ao objeto do ato administrativo. Em regra geral, tendo em vista o princípio da separação de poderes, o controle pelo Poder Judiciário, sobre atos dos Poderes Executivo e Legislativo, deve restringir-se os aspectos de legalidade (juridicidade), sendo vedado ao juiz substituir o administrador ou o legislador.

Com a evolução doutrinária e jurisprudencial, especialmente a partir da perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, sobressaem três teorias que procuram explicar e legitimar o controle judicial da atuação estatal discricionária: (1) a teoria do desvio de poder (*détournement de pouvoir*) ou desvio de finalidade, (2) a teoria dos motivos determinantes e (3) a teoria dos princípios jurídicos (juridicidade).

De acordo com a teoria do desvio de poder, originária no direito francês, é legítimo que o Poder Judiciário invalide os atos administrativos que desviem da finalidade da norma, especialmente em contextos de ofensa ao interesse público.

A teoria dos motivos determinantes, também baseada no direito francês, se funda na observância de compatibilidade entre a situação de fato e o motivo que gerou a expedição do ato administrativo. Constituem vícios passíveis de invalidação a falta de correspondência entre os dois elementos – fatos reais e motivos alegados para produção do ato administrativo – sendo a compatibilidade instrumento adequado para a fiscalização da ação estatal.

A teoria dos princípios jurídicos ganha relevo diante do reconhecimento da centralidade da Constituição nos ordenamentos jurídicos e sua influência sobre o Direito Administrativo. Com ela, a concepção de juridicidade supera a ideia de legalidade, vinculando a Administração não apenas às regras postas nas leis em sentido estrito, mas de modo ampliado, aos princípios constitucionais (explícitos e implícitos) e ao próprio Direito. A juridicidade amplia a possibilidade de controle judicial dos atos discricionários, não para permitir a apreciação do mérito, mas para assegurar que a discricionariedade administrativa não seja um artifício para a violação da ordem jurídica.

Buscando cotejar os ensinamentos doutrinários com a prática jurisprudencial, foram analisados 10 acórdãos de tribunais superiores. Nas amostras pode-se observar, de modo geral, as características identificadas pelas três teorias para explicar e legitimar os limites e possibilidades de apreciação dos atos administrativos discricionários. Destaque-se que se mantém grande preocupação em afirmar a necessidade do controle excepcional da discricionariedade, em respeito ao princípio da separação de poderes, no entanto, especialmente em razão da visão da centralidade constitucional e da força normativa dos princípios, esse controle se amplia no sentido de buscar materializar os valores da Constituição.

Como possibilidade de trabalhos futuros, sugere-se a ampliação desta pesquisa para análise de maior volume de amostras. Como se pode observar ao longo do refinamento dos resultados no mecanismo de busca, o uso de termos alternativos associado à seleção qualitativa

pelo pesquisador pode suscitar análises mais profundas que permitam identificar outros parâmetros ou tendências de interpretação e julgamento pelas cortes superiores. Igualmente sugere-se a análise do entendimento sobre o controle judicial dos atos discricionários no âmbito dos estados, sendo possível que muitos dos casos de interesse acadêmico não cheguem às cortes superiores.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Marcus; CASTRO, Diana; SIMAS FARIAS, Edenilson. Teoria das Capacidades Institucionais e a Reserva do Possível no Julgamento do RE nº 592.581-RS. **Revista Controle - Doutrina e Artigos**, v. 14, n. 2, p. 18–51, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.32586/rcda.v14i2.330>

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 4ed. S.Paulo: Método, 2018

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25. ed. São Paulo: Método, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **RDAI | Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 1, n. 1, p. 347–374, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.48143/rdai/01.cabm>

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 9. São Paulo: Saraiva, 2020.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente : algumas considerações sobre o caso brasileiro, p. 35–52, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. **RMS 1751/PR.**, 1994. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiro-TeorDoAcordao?num_registro=199200131719&dt_publicacao=13/06/1994. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

BRASIL. **REsp 952.899/DF**, 2007. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiro-TeorDoAcordao?num_registro=200701138640&dt_publicacao=23/06/2008. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. **RE 630733/DF**, 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428763/false>. Acesso em: 1 ago. 2021.

BRASIL. **RE 1058333**, 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753327328>.

BRASIL. **RE 1054110/SP**, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.21874/rsp.v86i3.3658>. Acesso em: 29 jul. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. **Plano de recuperação para a Europa**, 2021. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_pt. Acesso em: 1 ago. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO. *In*: FRANÇA, Phillip Gil. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 35. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. *In*: **Os caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo, 2012. p. 89–113.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Forum, 2018.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Governo Central tem déficit primário de R\$ 743,1 bilhões em 2020**, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/janeiro/governo-central-tem-deficit-primario-de-r-743-1-bilhoes-em-2020>. Acesso em: 22abr 2021.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. Discricionariedade: juízo de empate. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 39, n. 79, p. 45–62, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2018v39n79p45>

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

OUR WORLD IN DATA. **Share of people vaccinated against COVID-19, Aug 9, 2021**, 2021. Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-vaccinations>. Acesso em: 10 ago. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. Boletim RTN 2020 - Dezembro. **Resultado do Tesouro Nacional**, v. 26, n. 12, 2021. Disponível em: <https://www.tesourotrans-parente.gov.br/publicacoes/boletim-resultado-do-tesouro-nacional-rtn/2020/12>. Acesso em: 22 abr. 2021.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

STJ. **Perguntas Frequentes sobre Jurisprudência**, 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/out/in/faq/pesquisa/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

WORLD BANK. **Global Economic Prospects, June 2021**. Washington, DC:, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35647/9781-464816659.pdf>