



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANDREI LUÍS VALVERDE MEDEIROS**

**CARGOS DE PRIMEIRO ESCALÃO NO GOVERNO  
BRASILEIRO: OS LIMITES AOS ATOS DISCRICIONÁRIOS  
DE INDICAÇÃO E NOMEAÇÃO**

Salvador  
2017

**ANDREI LUÍS VALVERDE MEDEIROS**

**CARGOS DE PRIMEIRO ESCALÃO NO GOVERNO  
BRASILEIRO: OS LIMITES AOS ATOS DISCRICIONÁRIOS  
DE INDICAÇÃO E NOMEAÇÃO.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Geovane de Mori Peixoto

Salvador  
2017

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**ANDREI LUÍS VALVERDE MEDEIROS**

**CARGOS DE PRIMEIRO ESCALÃO NO GOVERNO  
BRASILEIRO: OS LIMITES AOS ATOS DISCRICIONÁRIOS  
DE INDICAÇÃO E NOMEAÇÃO.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2017

A  
meus pais e minha avó Carmen, por  
todo amor, carinho e dedicação em  
minha formação, impulsionando-me a  
alcançar os meus mais relevantes  
objetivos. Essa conquista é nossa.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me concedido saúde, força, paciência e disposição, durante minha estada na Faculdade até à conclusão deste Trabalho de final de Curso;

aos meus pais, Luiz Carlos e Itatismara, que estiveram ao meu lado durante toda essa luta, não medindo esforços para que eu conseguisse alcançar os meus mais elevados objetivos. São, sem dúvida, os meus maiores exemplos, minha razão de ser. Agradeço imensamente por seu amor, carinho e dedicação. Vocês são os melhores;

à minha querida avó Carmen, por, ao longo dos últimos anos, estar presente em minha vida diariamente, de maneira a proporcionar todo conforto e segurança que um neto poderia ter;

à minha bisavó Emília, que, apesar de sua ausência física, continua presente entre nós, com sua bondade e alegria;

a Camila, por ser, além de uma fiel companheira, uma grande amiga. Obrigado por todo seu amor, carinho e atenção. Suas vibrações foram essenciais para essa minha conquista. Agradeço, e muito, sua presença;

ao professor Geovane Peixoto toda a disposição, dedicação e cordialidade na orientação e elaboração do presente Trabalho;

aos meus fraternos amigos, Giovanni, Lucas e Marcelo, por simbolizarem, a cada dia, o verdadeiro significado da palavra “amizade”;

ao meu amigo Raimundo, pelos conselhos, experiências e troca de ideias, que, de certa forma, me fez olhar o Direito de uma maneira mais prazerosa;

às pessoas com quem convivi durante o Curso, em especial a Júlia e Manoela, sobreviventes de guerra, com as quais compartilhei, além das aflições, todas as alegrias e conquistas. Orgulho desse time;

a todos que torceram por mim nessa minha passagem pela Graduação, sobretudo aos meus tios, Marcia e Flávio.

## RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de indicação e nomeação de pessoas para os cargos de primeiro escalão no governo brasileiro por parte da Administração Pública. A partir dessa ideia, a investigação recai sobre a possibilidade de limitação desses Atos Administrativos no âmbito da discricionariedade da indicação e nomeação, bem como a extensão do âmbito de controle jurisdicional. A preocupação acerca da temática é constante, uma vez que, tratando-se dos maiores e mais influentes cargos do governo brasileiro, a inobservância de preceitos inerentes ao cargo enseja na fragilidade valorativa da Constituição Federal e da própria ideia de Estado Democrático de Direito. Sabe-se que as prerrogativas que a Administração Pública detém são essenciais para que haja a atuação célere e eficiente para a satisfação do interesse público. Contudo, a discricionariedade não pode ser tida como um véu da impunidade, não podendo a autoridade administrativa praticá-los a seu bel-prazer, devendo seguir determinadas condutas e valores para que seus atos não sejam evitados de vícios. A arguição do interesse público não deve ser interpretada como uma carta branca da autoridade administrativa para a sua atuação. Diante da nova perspectiva da legalidade administrativa, bem como pela constitucionalização do Direito Administrativo, os princípios constitucionais passaram a ter um papel crucial no estreitamento do âmbito decisório do Poder Público. Havendo a vinculação do Ato Administrativo à juridicidade, a apreciação pelo Poder Judiciário, diante da inobservância dos princípios gerais, se apresenta como possível. Entretanto, questiona-se a extensão do controle jurisdicional, visto que o mérito do Ato Administrativo deve ser ao máximo preservado, evitando-se a substituição do administrador pelo juiz. Para melhor compreensão sobre o assunto, restou-se a realização de um estudo de casos acerca do MS 34.070/DF e MS 34.609/DF, que havia como pleitos a suspensão dos efeitos da nomeação ao cargo de ministros, realizados no governo Dilma Rousseff e Michel Temer, respectivamente. Conclui-se, que a constante valoração dos princípios gerais constitucionais como norteador da atividade administrativa e delimitador da atuação discricionária, permite que, diante de sua inobservância, possibilite a apreciação jurisdicional, objetivando, sempre, a tutela da Constituição Federal e a garantia do Estado de Direito.

**Palavras-chave:** Ato Administrativo; Discricionariedade; Princípio da Juricidade; Controle Jurisdicional; Desvio de Finalidade; Mérito Administrativo.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal da República
STF	Supremo Tribunal Federal
MS	Mandado de Segurança

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	8
<b>2. ATOS ADMINISTRATIVOS</b>	11
2.1 CONCEITOS EM EVOLUÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO	11
2.2 A JURICIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO	17
2.3 A POSSIBILIDADE DE ATOS DISCRICIONÁRIOS	24
<b>3. A PRERROGATIVA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA</b>	26
3.1 A FUNDAMENTAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	26
<b>3.1.1 Conceitos jurídicos indeterminados</b>	33
<b>3.1.2 Interesse público</b>	38
<b>3.1.3 Mérito administrativo</b>	43
3.2 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE	46
<b>4. LIMITES AO PODER DE INDICAR E NOMEAR PESSOA PARA CARGOS DE PRIMEIRO ESCALÃO</b>	49
4.1 OS AGENTES PÚBLICOS NO GOVERNO BRASILEIRO	50
4.2 O ESTREITAMENTO NO ÂMBITO DA DISCRICIONARIEDADE POR INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	54
4.3 A AMPLIAÇÃO DO CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO	62
4.4 MS 34.070/DF E MS 34.609/DF: UM ESTUDO DE CASOS SOBRE A MATÉRIA	67
<b>5 CONCLUSÃO</b>	71
<b>REFERÊNCIAS</b>	75

## 1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho, intitulado “Cargos de primeiro escalão no governo brasileiro: os limites aos atos discricionários de indicação e nomeação”, tem como objetivo a demonstração dos limites aos atos administrativos discricionários de indicação e nomeação para cargos de primeiro escalão no Governo Brasileiro.

Atualmente, verifica-se um constante desconforto social, político e jurídico quanto à limitação dos poderes conferidos à Autoridade Administrativa. Tal preocupação decorre, muitas vezes, das inúmeras divulgações midiáticas referindo-se aos escândalos políticos que acometem o País.

A inquietude é frequente, uma vez que, tratando-se dos maiores e mais influentes cargos do Governo Brasileiro, a inobservância de preceitos inerentes ao cargo demonstra uma fragilidade da Constituição Federal e da própria ideia de Estado Democrático de Direito. Por isso, a autoridade competente para praticar os respectivos atos não pode realizá-los a seu bel-prazer, devendo seguir determinadas condutas e valores, sob pena de incidir em crime de responsabilidade, por exemplo. Assim, em virtude dessa preocupação, tem-se o questionamento: Quais os limites aos atos discricionários na indicação e nomeação de cargos de primeiro escalão?

Hodiernamente, discute-se a possibilidade dos limites aos atos discricionários, bem como a eventual extensão do controle jurisdicional. A nova perspectiva da vinculação à juridicidade administrativa possibilita o estreitamento do âmbito decisório da Administração Pública no exercício de seu Poder Discricionário, nos atos de indicação e nomeação pela observância de todo o ordenamento jurídico. Note-se que, em tese, eventuais violações aos princípios gerais constitucionais possibilitariam a apreciação da matéria pelo Judiciário. Entretanto, ressalta-se que o tema é bastante controverso no que tange à possibilidade do controle no mérito desses atos discricionários, uma vez que o mérito deve ser preservado ao máximo, garantindo a liberdade decisória da Administração Pública, em sua atuação.

Nessa lógica, o Trabalho visa ao questionamento das limitações (ou estreitamento decisório) da prática de atos discricionários de indicação e nomeação de pessoas para cargos de primeiro escalão. A análise será decorrente da nova perspectiva da

vinculação ao Ato Administrativo, bem como pela possibilidade e extensão da apreciação pelo Poder Judiciário, delimitando seu campo de atuação, evitando-se a ocorrente usurpação de competências.

Assim sendo, é necessária a demonstração, a partir de uma metodologia de estudo predominantemente bibliográfica, através da análise das doutrinas modernas, bem como pelo estudo de casos e reflexão a respeito das jurisprudências mais recentes sobre o tema. Trata-se, portanto, de um estudo qualitativo.

Nesse sentido, para a compreensão do presente Trabalho, fez-se necessária a realização de uma abordagem conceitual-histórica acerca dos atos administrativos, partindo-se do seu desenvolvimento conceitual desde o Estado Absolutista, momento em que havia a concentração de poderes na mão de uma autoridade, até os entendimentos mais modernos. Esclarecidos seus conceitos, forçoso tratar da ideia da constitucionalização do Direito Administrativo, referindo-se à vinculação dos atos administrativos e à nova perspectiva da legalidade administrativa.

Ademais, é fundamental a tratativa da atuação discricionária da Administração Pública e a possibilidade da prática de atos administrativos no exercício desse Poder Estatal. Sobre o assunto, forçosos são os esclarecimentos de seus fundamentos, assim como o estudo sobre os conceitos jurídicos indeterminados, o interesse público e o mérito administrativo. Destarte, a contextualização da evolução histórica do controle jurisdicional dos atos discricionários tornou-se imprescindível, abrangendo uma reflexão sobre o estreitamento do âmbito decisório desses atos pela incidência - em decorrência da nova perspectiva de vinculação - dos princípios gerais constitucionais.

Urge frisar, ainda, o delineamento dos contornos dos agentes públicos e da possibilidade do exercício do poder discricionário na indicação e nomeação para cargos de primeiro escalão. Após, a tratativa dos reflexos da limitação dos atos administrativos, em decorrência da juridicidade e a influência dos princípios constitucionalmente estabelecidos, sobretudo, no rol previsto no Artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Por fim, faz-se necessária a análise a respeito da possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, abrangendo a ideia de apreciação por meio do exame dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Para

melhor compreensão do Trabalho, foi realizado um estudo de casos sobre os mandados de segurança 34.070/DF e 34.609/DF, sendo discutida a possibilidade de suspensão do Ato Administrativo em relação à nomeação do Ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva para Ministro da Casa Civil, durante o governo de Dilma Rousseff, e de Wellington Moreira Franco para Ministro da Secretaria Geral da Presidência da República, durante o atual governo de Michel Temer.

Não sendo antecipado qualquer detalhe desta Pesquisa em linhas gerais, esta foi a abordagem do presente Trabalho.

## 2 ATOS ADMINISTRATIVOS

No presente capítulo, trataremos dos atos administrativos no sistema romano-germânico, abordando, além de suas noções preliminares e principais características, o seu desenvolvimento, ao longo da história. Delimitaremos também a juridicidade administrativa e a possibilidade da prática de atos discricionários pela Administração Pública. Destaca-se ainda a sutilidade do presente capítulo, em razão do caráter predominantemente conceitual.

### 2.1 CONCEITOS EM EVOLUÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Considerando ser o mais clássico tema decorrente do Direito Administrativo, a compreensão da conceituação e evolução do Ato Administrativo remetem-se, necessariamente, à própria discussão da evolução do Estado Absoluto, ou Estado de Polícia, para Estado de Direito, nitidamente influenciado pelo grau e controle do poder do Estado.

Assim como qualquer outro instituto jurídico, destaca-se que não há plena igualdade entre as figuras antigas e atuais, ou, até mesmo, nenhuma igualdade, não somente pela decorrência da própria evolução do Instituto, mas também pelas diferenças entre as formas de elaboração desses, bem como pelo tipo de sociedade e de Estado que se encontram inseridos.<sup>1</sup>

Durante a Era Medieval, a supremacia do Papado sobre os monarcas, uma de suas principais características, provocou-se uma reação violenta do poder temporal, inspirando uma corrente reacionária de fundo liberal-religioso, sob a liderança de Martinho Lutero e João Calvino. Assim, por força das circunstâncias do término do Estado Medieval, fomentou-se o surgimento do Monarquismo Absolutista, período transitório entre o Estado Medieval e o Estado Moderno.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: Origem, Concepções, Abrangência. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO; Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.14.

<sup>2</sup> MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 119.

Naquela época, não se falava em Ato Administrativo, como conhecemos hoje, uma vez que a atuação do Poder Público era excessiva e ilimitada. O italiano Fragola aponta que, durante o Antigo Regime, as denominações utilizadas para se referirem às decisões tomadas pelas autoridades eram, muitas vezes, relacionadas aos *atos do Rei, atos do Soberano, atos da Coroa, atos do Fisco*, mas nunca ao Ato Administrativo.<sup>3</sup>

O Estado Absolutista, ou Estado de Polícia, forma de Estado posterior ao Estado Medieval, ficou marcado pelo ideal que estabelecia a concentração dos poderes na mão de uma autoridade, objetivando restabelecer a unidade territorial dos Estados, inexistente durante o Estado Medieval. Nessa linha, a Monarquia Absoluta lastreava-se no direito divino dos reis, sendo considerado um poder proveniente de Deus, não sendo o Rei o proprietário de tudo, mas constituindo o próprio Estado.<sup>4</sup>

Apesar de não haver a denominação e delimitação da instituição do Ato Administrativo, Gianini declara que haveria a existência de outras entidades jurídicas que, por exemplo, se aproximariam daquele, como o *ato do público múnus, lo jussus*, o ato do Príncipe. Historicamente, esses eram os tipos de designações aos atos precedentes ao Estado de Direito, observando-se que a existência de um aparato administrativo, naquela época, não apontava, necessariamente, que o ato iria expressar juridicamente o Ato Administrativo, mas, sim, o que, posteriormente, viria a se tornar.<sup>5</sup>

Sabe-se que o *actum principis* do Antigo Regime possuía uma estrutura de autoritarismo marcada pela concentração dos poderes na mão da figura do Monarca, que possuía o exercício de um poder normativo primário. Os atos emanados por outras autoridades do Antigo Regime eram revestidos de natureza jurisdicional, mesmo que pudessem ter função e conteúdo de Ato Administrativo, como bem afirma Umberto Allegretti.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: Origem, Concepções, Abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO; Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.14.

<sup>4</sup> MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 119-120.

<sup>5</sup> GIANINI; Massimo Severo *apud* MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: Origem, Concepções, Abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO; Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.15.

<sup>6</sup> ALLEGRETTI; Umberto *apud* MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: Origem, Concepções, Abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO; Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.15.

Para Maria Sylvia Zanella di Prieto<sup>7</sup>, o Estado Absolutista foi estruturado

[...] sobre princípios como o da *regis voluntas suprema lex* (a vontade do rei é a lei suprema), do *quod principi placuit legis habet vigorem* (aquilo que agrada ao Príncipe tem força de lei) e *the king can do no wrong* (o Rei não pode errar). (tradução do autor)

Entretanto, nem tudo foi desabonador durante esse período. O monopólio do poder, da tributação e da violência nas mãos do Rei, foi, indubitavelmente, necessário para prover condições de segurança para o desenvolvimento da própria classe burguesa e de seus interesses. Com o surgimento do Iluminismo francês, a alienação política em favor do Estado foi desmascarada, gerando insatisfação da classe burguesa, que ora o apoiava.<sup>8</sup>

Assim, não se contentando mais com a segurança proporcionada ao seu poder econômico pelo Estado, no período de transição do século XVIII para o XIX, a burguesia buscou obter o poder político, anteriormente detido pela aristocracia. Legitimando sua tomada como um poder legal-racional com ideais liberais, a classe burguesa, em uma estrutura propriamente normativa, utilizou como fundamento a chamada Constituição - aproximando da expressão jurídica do Contrato Social - abordado por Thomas Hobbes, afastando-se do fundamento divino do poder do Rei. Tal processo acabou por ensejar a Revolução Francesa, tendo como lema a famosa tríplice: *Liberté, Egalité, Fraternité* (Liberdade, igualdade e fraternidade), culminando no fim do Antigo Regime e, conseqüentemente, do ciclo do Estado Absoluto. Nota-se que a tomada do poder pela massa francesa só foi possível em virtude da crescente supremacia do Poder Legislativo, que, atrelada à enorme crise econômica vivenciada pela França, no final do século XVIII, causou o chamado “desequilíbrio no equilíbrio de poderes, proposto por Montesquieu”.<sup>9</sup>

Encerrado o Antigo Regime, a Revolução Francesa trouxe os primeiros passos ao advento de um Estado Liberal e à chegada de uma democracia, sobretudo do Liberalismo político, pautando-se, principalmente, na ideia de limitação do poder do

---

<sup>7</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discrecionabilidade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 6.

<sup>8</sup> MANDELA, Luis Henrique. **Discrecionabilidade Administrativa e Hermenêutica**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 30 *et seq.*

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 31.

Governo por uma Constituição escrita e na reafirmação da tripartição do poder do Estado.<sup>10</sup>

Não há uma continuidade entre o Estado de Polícia e o Estado Liberal, mas, sim, uma ruptura de paradigmas. Foi justamente no Estado Liberal que, com a substancial contribuição de juristas franceses e do italiano Romagnosi, surgiu o Direito Administrativo. Esse Direito objetivou o controle do Poder do Estado, evitando que os agentes públicos, atuando em nome do Estado, se prevalescessem de sua posição, em detrimento dos cidadãos, fundindo-se em uma terceira categoria de atos, junto aos atos legislativos e jurisdicionais.<sup>11</sup>

Almejando a autonomia dos três Estados, sobretudo do Poder Executivo, foi promulgada, na França, a Lei de 24 de agosto de 1790, que estabelecia a vedação de os juízes apreciarem as operações da Administração. O termo *operações* foi constantemente utilizado para se referir aos atos emanados da Administração do Estado, não havendo registros da utilização do tem “Atos Administrativos”, embora se soubesse que a eles se referiam. Contudo, é possível constatar a aparição do termo “Ato da Administração” na reiteração do impedimento dos juízes, ratificando a tripartição, mediante a *Lei 16 fructidor III*, de 3 de setembro de 1795, assim redigida: “É proibido aos tribunais conhecer os atos da administração”.<sup>12</sup>

Somente em 1812, a expressão Ato Administrativo foi introduzida, pela primeira vez, por Merlin, na 3ª edição do Repertório Guyot, sendo utilizado para descrever uma “decisão de autoridade administrativa ou uma ação, um fato da administração que tenha relação com suas funções”. Para François, o conceito apresentado era coeso e sem ambiguidade, mas destacou que a dificuldade da delimitação se concretizava na discussão de até que ponto uma autoridade usurparia uma esfera que lhe é vedada, baseando-se, principalmente, no Direito Administrativo francês do século XIX, no qual lastreava a incompetência dos tribunais judiciários, na presença de um

---

<sup>10</sup> MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 126.

<sup>11</sup> MANDELA, Luis Henrique. **Discrecionariade Administrativa e Hermenêutica**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 17.

<sup>12</sup> MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: Origem, Concepções, Abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO; Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 16.

Ato Administrativo, devendo ser delimitado que tipos de atos estariam impedidos de ser apreciados pelos referidos tribunais.<sup>13</sup>

Nota-se que, com o desenvolvimento da estrutura de um Estado Liberal, buscou-se a separação de competências entre a esfera da jurisdição comum e a da jurisdição administrativa, levando aos primórdios doutrinários do instituto do Ato Administrativo<sup>14</sup>. Em síntese, o Estado Liberal surgiu com a finalidade de intervir na atuação do Estado, limitando a sua atuação e intervenção na esfera privada, dando uma maior liberdade ao desenvolvimento dos indivíduos.<sup>15</sup>

No ano de 1843, a denominação Ato Administrativo foi utilizada, na Espanha, por Oliván, no livro *De la Administracion Pública com relación a Espana*, tendo seu uso se expandido para fora do Continente Europeu, inclusive para o Brasil.<sup>16</sup>

A teoria do Ato Administrativo, em geral, traz a ideia de que se devem estabelecer as normas para sua edição, prefixando seus efeitos nos diplomas normativos. Diante da necessidade de correspondência do ato ao estabelecido nos diplomas, aponta-se que o Ato Administrativo deveria se pautar na Legalidade Administrativa, que surge em virtude da supremacia da legalidade democrática, da absolutização do valor da Lei, bem como da subordinação da Administração Pública à vontade expressada pelo legislativo, efeitos do Estado Pós-Revolução Francesa, como dito por Paulo Otero.<sup>17</sup>

Note-se que a teoria do Ato Administrativo, ao mesmo tempo em que permite a concessão de privilégios à atuação da Administração Pública, constitui um meio de acesso aos tribunais pelos particulares, possibilitando o exercício de sua defesa,

---

<sup>13</sup> MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: Origem, Concepções, Abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO; Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 16.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>15</sup> MANDELA, Luis Henrique. **Discricionariedade Administrativa e Hermenêutica**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 36.

<sup>16</sup> MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, 2012, p. 17.

<sup>17</sup> MANDELA, Luis Henrique. *Op. cit.*, 2016, p. 32.

quando diante do exercício de um ato lesivo ao seu direito pelo Estado<sup>18</sup>. Nas palavras de Giannini<sup>19</sup>:

O Ato Administrativo veio à luz após a introdução e o encontro de três princípios: o princípio da separação de poderes, o princípio da legalidade da ação administrativa e o princípio da acionabilidade das pretensões do cidadão nos conflitos com a Administração.

Ao fim do século XIX, um dos conceitos de mais elevada repercussão foi o defendido por Otto Mayer, no livro “Direito Administrativo Alemão”, no qual define o Ato Administrativo como: “o pronunciamento autoritário de pertinência da administração, determinativo, no caso particular, para o súdito do que pra ele deve ser conforme o direito”. Nota-se um resquício do Antigo Regime, quando o autor utilizou o vocábulo súdito, que, em conceitos posteriores, os autores irão trocar por administrado.<sup>20</sup>

Em 1927, o autor francês Hauriou, no livro *Précis de Droit Administratif*, conceituou o Ato como sendo “a declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, emitida por autoridade administrativa em forma executória, isto é, a comportar a execução de ofício”.<sup>21</sup>

Em meados do século XX, o doutrinador italiano Zanobini, em sua obra clássica do *Corso de Diritto Amministrativo*, trouxe o Ato Administrativo como sendo “qualquer declaração de vontade, de desejo, de conhecimento, de juízo, realizada por um sujeito da Administração Pública, no exercício de um poder administrativo”.<sup>22</sup>

Ao fim desse século, o espanhol Boquera Oliver abordou o Ato Administrativo como sendo a “declaração de vontade que cria unilateralmente e impõe consequências jurídicas a um sujeito ou sujeitos com presunção *juris tantum* de sua legalidade”.<sup>23</sup>

Nos primórdios do século XXI, Garcia de Enterría e Ramon-Fernandez, pautados na definição supracitada trazida por Zanobini, trouxeram o Ato como sendo “a

<sup>18</sup> MAURER; Harmut *apud* MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: Origem, Concepções, Abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO; Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.19.

<sup>19</sup> GIANINI; Massimo Severo *apud* MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: Origem, Concepções, Abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO; Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.19.

<sup>20</sup> MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: Origem, Concepções, Abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO; Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 23.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>22</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>23</sup> OLIVER; José Maria Boquera *apud* MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: Origem, Concepções, Abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO; Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.25.

declaração de vontade, de juízo, de conhecimento ou de desejo, realizada pela Administração no exercício de um poder administrativo distinto do poder regulamentar”.<sup>24</sup>

No Brasil, a doutrina composta por Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanellsa Di Pietro, Marçal Justen Filho, Almiro do Couto e Silva, dentre outros juristas, trouxe diversas outras concepções relevantes<sup>25</sup>. Para Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>26</sup>, o Ato Administrativo é a

declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplos um concessionário de serviço publico), no exercício de prerrogativas publicas, manifestada mediante providencias jurídicas complementares da lei a titulo de lhe dar cumprimento, e sujeitas controle de legitimidade por órgãos jurisdicionais.

Nota-se que, por mais que não haja um consenso quanto à definição e noção do Ato Administrativo, ao longo do tempo, a doutrina traz abordagens que convergem em um mesmo sentido. Embora esse tema ainda seja muito discutido no Direito Administrativo atualmente, a doutrina contemporânea indica que o Ato Administrativo não poderá ser discutido de forma tão exclusiva e isolada, devendo ser inserido nas discussões acerca do processo administrativo e o contrato administrativo, nos quais também passam a exercer um papel central no Direito Administrativo.<sup>27</sup>

## 2.2 A JURIDICIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

O surgimento do Direito Administrativo deu-se em virtude da necessidade do controle do Poder do Estado, com o objetivo de evitar que os agentes públicos que compõem sua estrutura prevaleçam de sua posição em detrimento da sociedade em que está inserida. Nessa linha, o estabelecimento de delimitações aos atos praticados por esses agentes nos exercícios de suas funções tornou-se essencial,

<sup>24</sup> ENTERRIA; Eduardo Gracia de; FERNANDEZ, Tomas-Ramón *apud* MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: Origem, Concepções, Abrangência. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO; Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.25.

<sup>25</sup> MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: Origem, Concepções, Abrangência. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO; Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 26.

<sup>26</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 389.

<sup>27</sup> MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 31 *et seq.*

sobretudo quando tratamos da legalidade administrativa e da vinculação dos atos e à juridicidade administrativa.

Desta forma, é notória a relação do exercício da atividade administrativa com o princípio da legalidade que, tratando-se do âmbito público, é uma legalidade estrita. Diferente do que podemos verificar nas relações particulares, na qual, em virtude da autonomia privada que se preconiza, os indivíduos poderão fazer tudo aquilo que a Lei não proibir, a Administração Pública, em decorrência desse princípio, somente poderá praticar atos que estiverem estritamente previstas em lei.

Nessa linha, sabendo que a Lei é a expressão racional de uma vontade geral, fomentada através do Poder legislativo, a atuação da Administração Pública estaria pautada e adstrita aos interesses públicos almejados no diploma normativo, comportando uma função garantística da liberdade individual, impossibilitando, ou, pelo menos, tentando evitar o desvirtuamento de sua finalidade.<sup>28</sup>

A necessidade de respeito ao princípio da legalidade pelo Poder Público mostrou-se como um instrumento à própria limitação de sua atuação, visto que, a partir de uma análise histórica da teoria do Estado, se verificam as incorrências frequentes dos Estados na utilização de seu poder com o fito de restringir a liberdade da sociedade, sobretudo o Estado Absolutista, no qual o Monarca, ou Rei, era tido como uma figura suprema, sendo seus atos ilimitados e inquestionáveis.

A limitação do poder da Administração Pública mostra-se como uma ferramenta tendente a garantir a liberdade dos cidadãos. Entretanto, esse princípio não se mostrou suficiente para limitar o poder do Chefe de Estado, por si só, e evitar o surgimento de novos Estados que usurpam a liberdade da sociedade, vez que, como podemos verificar nas recentes práticas nazifascistas do século XX, a ideia de legalidade administrativa foi utilizada para embasar a propagação de injustiças e barbáries por esses Estados, sendo considerado um dos fatores da crise da Lei Formal como ferramenta limitadora do Poder Público.<sup>29</sup>

Antes de adentrar no tema da juridicidade do Ato Administrativo, cumpre tratar a existência de um fenômeno em que põe em questão a ideia da legalidade como parâmetro de comportamento ideal dos particulares e do próprio Estado, bem como

---

<sup>28</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 158 *et seq.*

<sup>29</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 128 *et seq.*

a ruptura da ideia da Lei Formal como expressão da vontade geral. Essa ideia é muito bem abordada por Gustavo Binebojm, que apresenta, em sua obra “Uma Teoria do Direito Administrativo”, cinco razões para a chamada crise da Lei Formal.

Das razões apresentadas pelo mencionado autor, a primeira refere-se à inflação legislativa. Sobretudo, no Direito Romano-germânico, o excesso de legislação, atrelado à ideia do positivismo do ordenamento jurídico, acabou por ensejar a banalização da Lei, esvaziando o respeito anteriormente conquistado no período iluminista. A segunda razão, por sua vez, foi a constatação de que a lei é insuficiente para alcançar a justiça e liberdade, como anteriormente, porque a mesma, assim como pode ser utilizada para a fomentação da paz e do bem-estar, pode ser utilizada como instrumento de propagação de injustiças e de limitadores da liberdade da sociedade, tendo como exemplo a legitimação das práticas nazifascistas do século XX. Ademais, a terceira razão é decorrente da chamada “constitucionalização do Direito”. Nesse sentido, a Lei deixou de ter um papel central na manifestação da vontade geral de uma sociedade, passando a representar, através de seu sistema de regras e princípios, esse ideal de esperança e garantia de liberdade. Tal constitucionalização irá englobar o direito administrativo e, conseqüentemente, o próprio agir da administração, sendo tratado posteriormente neste capítulo. Uma quarta razão é a tendência atual em possibilitar fundamentar diversos atos da administração com base em atos normativos infraconstitucionais<sup>30</sup>.

Como bem sinalizado por Eros Roberto Grau<sup>31</sup>, “a legalidade será observada ainda que a função normativa seja desenvolvida não apenas pelo Poder Legislativo”. A Lei não é mais o instrumento normativo exclusivo capaz de regular a atuação da Administração Pública, sendo estabelecidos novos caminhos, para que sejam garantidas a celeridade e a eficiência, na busca de sua finalidade administrativa. Assim, a própria Constituição Federal<sup>32</sup> criou uma possibilidade de o Poder

---

<sup>30</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 132.

<sup>31</sup> GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 179.

<sup>32</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 09 set. 2017.

Executivo legislar e regular, como nos casos das medidas provisórias ou delegadas, previsto no Artigo 62 e 68 da CF/88.<sup>33</sup>

Por fim, Gustavo Binebojm<sup>34</sup> aponta que a última razão para a crise da Lei Formal se dá pela submissão do Poder Legislativo ao Poder Executivo, encontrando-se, muitas vezes, sem espaço de atuação independente. É possível constatar o controle do Legislativo pelo Executivo, “seja através de meios legítimos, seja por aqueles chamados de menos nobres”. Nesse sentido, o autor aduz que é possível verificar em três situações, à luz do Direito brasileiro, como:

[...] (i) através de reservas de iniciativa legislativa de matérias relevantes, com a vedação, inclusive, de emendas parlamentares que impliquem aumento de despesa (v. art. 61, §3ª CF); (ii) a possibilidade de trancamento da pauta de deliberações do Congresso nacional por ato da Chefia do Executivo (art. 64, § 1ª e 2º, CF), o que pode ocorrer, ainda, automaticamente, no caso de medida provisória não apreciada pelo Poder Legislativo em até quarenta e cinco dias de sua publicação (art. 62, §6º, st, inserido pela EC nº 32/2001); e (iii) através da formação de sólidas bases parlamentares, capazes de aprovar qualquer projeto de interesse governamental.

Seja como for, tais medidas acabam por limitar a atuação do Legislativo enquanto órgão normatizador, esvaziando o sentido da Lei como limitador do agir administrativo.

Esclarecido o presente fenômeno da “crise da Lei Formal”, cumpre descrever o desenvolvimento das bases teóricas da legalidade e vinculação dos atos administrativos e suas transformações, até o momento do presente Trabalho.

A primeira concepção teórica acerca da vinculação do Ato Administrativo adveio do jurista alemão Otto Mayer, que procurou realizar uma analogia entre o Ato Administrativo e a própria sentença judicial. Segundo esse autor, tanto os atos administrativos como os atos jurisdicionais eram solenes, “mediante os quais se aplicariam autoritariamente as normas jurídicas a determinado fato”. Assim, o Ato Administrativo nada mais seria do que a aplicação da norma abstrata e genérica veiculada na Lei, no caso concreto.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 179

<sup>34</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 134.

<sup>35</sup> MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: Origem, Concepções, Abrangência. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO; Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.21.

Contudo, tal conceito logo caiu em desuso, em virtude do distanciamento com a realidade fática. Atualmente, constata-se que, mesmo nas decisões judiciais, é utópica a ideia de vinculação total e mecânica à Lei, quanto mais aos atos administrativos, em que o papel da Administração é bem mais amplo e genérico, assim afirma Gustavo Binebojm. A legalidade administrativa, a partir de uma vinculação à Lei Formal, “não apenas é inapta para alcançar performativamente toda a atividade da Administração, mas, mais que isso, não deve pretender alcançá-la”.<sup>36</sup>

Composta por Stahl e Meyer-Anschutz, a doutrina alemã logo notou que os tipos de vinculação à legalidade deveriam variar conforme as diferentes funções e formas de investiduras dos membros de cada Poder do Estado, respeitada a existência de peculiaridades em sua atuação, não podendo haver uma uniformização da vinculação à Lei Formal. Desse modo, como a atuação básica do juiz era a aplicação direta da Lei ao caso concreto, sua vinculação à Lei era notoriamente justificável. Entretanto, a Administração Pública tem uma atuação muito mais abrangente que a do juiz, que legitimaria um maior âmbito de liberdade decisória, para poder satisfazer ao interesse público, almejado pelo gestor público, em decorrência de sua legitimidade política. Deve-se levar em conta que ainda não estamos falando do Ato Administrativo discricionário propriamente dito.<sup>37</sup>

Segundo García de Enterría<sup>38</sup>, a doutrina da *negative Binding*, ou vinculação negativa à Lei, é nitidamente um resquício do poder ostentado pelo Chefe do Poder Executivo, no período do Estado Absolutista, uma vez que a Administração Pública não dependia de qualquer disposição legal para organizar e conformar o funcionamento da máquina pública, tudo dependendo da vontade do Monarca, que governava sem freios.

A segunda concepção teórica acerca da juridicidade do Ato Administrativo só se desenvolveu com o aparecimento do positivismo normativista, notadamente a partir das obras de Kelsen e de Merkl, com o livro “Teoria Pura do Direito”, que acabou por causar uma ruptura na deficiente noção de legalidade administrativa mencionada. De acordo com a concepção kelseniana, nenhum poder, seja ele do Estado ou

---

<sup>36</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 137.

<sup>37</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>38</sup> ENTERRIA; Eduardo Gracia de; FERNANDEZ, Tomas-Ramón *apud* BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. São Paulo: Renovar, 2008, p.138.

privado, poderia ser externo ao Direito, devendo o poder legítimo ser necessariamente também um poder jurídico. Nessa lógica, foi desenvolvida a grandiosa pirâmide normativa, na qual estruturou o ordenamento jurídico, estabelecendo o escalonamento hierarquizado, em que uma norma inferior teria seu fundamento de validade se estivesse em consonância com a norma de hierarquia superior.<sup>39</sup>

A sentença judicial e o Ato Administrativo, a partir dessa nova formulação, deveriam ter seu fundamento de validade na Lei (norma de hierarquia superior), que, por sua vez, deveria encontrar seu fundamento na Constituição, funcionando como uma espécie de pirâmide normativa. Assim, pode-se dizer que a norma de hierarquia superior irá regular o processo e conteúdo da norma de hierarquia inferior. Como último fundamento de validade, seria possível encontrar a norma fundamental hipotética que, não se encontrando positivada, é tida como uma norma pressuposta.<sup>40</sup>

Segundo Gustavo Binebjom, a atuação da Administração Pública “não pode se justificar senão como uma *concretização paulatina e gradual* de normas jurídicas precedentes”, devendo essa, seja editando seus regulamentos ou atos administrativos de mera execução, pautar seus fundamentos diretamente com a legislação e a Constituição.<sup>41</sup>

Contrapondo a *negative Binding*, tendo como fundamento a Constituição Austríaca de 1920 e a influência da doutrina de Hans Kelsen, estipulou que “a Administração Pública não poderia atuar senão *auf Grund der Gesetze*, isto é, tendo as leis por fundamento”. Seguindo esta lógica, a atuação do Estado não deve ser apenas limitada pelo ordenamento jurídico, mas deve ter este como condição e fundamento para o exercício da atividade estatal. Nesse caso, percebe-se que a teoria da *negative Binding* não se revela apta a regular as relações dos particulares, uma vez que, nesse tipo de relação, é preconizado o princípio da autonomia privada, tendo a lei apenas como limitação externa ao exercício da autonomia. Tal teoria, entretanto, não se mostra adequada à regulação da atuação do Estado, por ter esse como finalidade a realização de atividade ditada por toda sociedade política, não existindo

---

<sup>39</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 138.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 140.

como um fim em si mesmo, mas como materialização de um instrumento democraticamente ajustado para o exercício de sua finalidade a que se destina a norma.<sup>42</sup>

Entretanto, em virtude da crise da Lei Formal e da emergência do neoconstitucionalismo, a ideia de vinculação da Administração Pública somente à lei mostrou-se inapta à realidade, devendo essa não se resumir mais a uma vinculação de um tipo específico de norma jurídica, mas ao ordenamento jurídico como uma unidade sistêmica, ensejando a chamada “constitucionalização do Direito Administrativo”. A vinculação do agir administrativo a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico) mostrou-se, atualmente, mais adequado, possibilitando a superação do positivismo legalista e o surgimento do chamado princípio da juridicidade administrativa, apresentado por Adolf Merkl.. Segundo Gustavo Binebjom<sup>43</sup>,

[...] a ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora.

Influenciado por este ideal, foi inserida a ideia de vinculação da Administração Pública à juridicidade em algumas constituições europeias, sobretudo à Lei Fundamental de Bonn de 1949, mas também à Constituição espanhola de 1978 e à Constituição portuguesa de 1976. Sobre a Lei Fundamental de Bonn<sup>44</sup>, em seu Art. 20, § 3º, ficou estabelecido que “o poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os Poderes Executivo e Judiciário obedecem à Lei e ao Direito<sup>45</sup>”, dispositivo esse que dispõe nitidamente a vinculação do agir administrativo à Constituição e à lei.

Dessa forma, o princípio da juridicidade administrativa passa a possibilitar a fundamentação do agir administrativo não somente na Lei (atividade *secundum legem*), mas também direto à Constituição (atividade *praeter legem*) ou, até mesmo,

---

<sup>42</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 140.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 142.

<sup>44</sup> ALEMANHA. **Lei Fundamental de Bonn**. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 18 out. 2017.

<sup>45</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, 2008, p.140 *et. seq.*

legitimar seu agir a partir da ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*).<sup>46</sup>

Essa superação do paradigma da legalidade administrativa ocupando o papel central na atividade da Administração Pública foi necessária para romper com a possibilidade de engessamento do agir público, visto que a gestão de uma administração, sobretudo quando estivermos tratando de um Estado, se mostra muito mais ampla do que a própria criatividade do legislador é capaz de imaginar. Assim, o estabelecimento da vinculação da atividade a princípios e regras constitucionais legitima um maior âmbito de liberdade decisória para poder satisfazer ao interesse público almejado pelo gestor público, em decorrência de sua legitimidade democrática.

### 2.3 A POSSIBILIDADE DE ATOS DISCRICIONÁRIOS

A Administração Pública, no exercício de sua atividade administrativa, visa à garantia da autonomia do particular, bem como à satisfação dos direitos fundamentais, tudo sob a égide da estrita legalidade. Entre as principais categorizações dos atos administrativos, temos a separação entre os chamados atos vinculados e os atos discricionários, sendo esse último o foco de nossa abordagem.<sup>47</sup>

À luz do pensamento da doutrina brasileira, os atos vinculados seriam aqueles que a Lei, prévia e objetivamente, estabelece os pressupostos requeridos para a prática do ato, como o seu conteúdo, não possuindo a Administração Pública margem de liberdade em sua prática. Em outras palavras, a Lei, em alguns casos, regula a situação de tal forma que o administrador não tem margem para uma apreciação subjetiva do caso concreto, tendo o diploma determinado, com precisão, os requisitos do seu exercício.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p.142.

<sup>47</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 206.

<sup>48</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 977.

Assim, caso não haja o cumprimento dos requisitos previstos no diploma legal, compromete-se a própria eficácia do Ato, podendo esse ser passível de anulação pela própria Administração Pública ou pelo Judiciário. Entretanto, tal vinculação não resulta na aplicação cega e automática pelo administrador, devendo esse, como bem pontua Celso Antônio Bandeira de Mello, diante do caso concreto, “decidir sobre a conveniência de sua prática, escolhendo a melhor oportunidade,” atentando-se sempre à finalidade da norma.<sup>49</sup>

Por outro lado, o ato discricionário corresponde àquele em que o legislador, ao elaborar o diploma legal, concedeu ao administrador uma “certa esfera de liberdade” em que o mesmo poderá preencher com seu juízo subjetivo o campo do indeterminado da norma, com o fito de satisfazer, da melhor maneira possível, a finalidade a que a Lei se destina.<sup>50</sup>

Não se há de pensar na ausência de lei nesse caso, muito menos na exceção ao princípio da legalidade, posto que a prática dos atos discricionários só é permitida em decorrência do poder conferido pela Lei ao administrador para praticá-la da maneira que repute mais conveniente e oportuno ao interesse público.<sup>51</sup>

Enfatiza-se com as palavras de Hely Lopes Meirelles<sup>52</sup>, afirmando que a “atividade discricionária não dispensa a Lei, nem sem ela, senão com observância e sujeita a ela”. É indispensável que a Legislação confira tal poder ao administrador, determinando limites na sua liberdade de escolha dentre os critérios postos à sua disposição.<sup>53</sup>

Essa prerrogativa concedida pelo Legislador encontra-se, como um dos seus fundamentos, na complexidade da sociedade e nas mais variedades situações a serem enfrentadas pelo Poder Público<sup>54</sup>. A Lei, sobretudo quando tratamos da regulação da atividade administrativa, objetiva atender ao interesse público com maior celeridade e eficiência. Nessa linha, diante da mutabilidade da sociedade, bem como pela impossibilidade de o Legislador prever as mais diversas situações e

---

<sup>49</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 978.

<sup>50</sup> *Ibidem*, loc. cit..

<sup>51</sup> *Ibidem*, loc. cit..

<sup>52</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direto Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.180.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p.181 et seq.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p.179.

suas possíveis soluções, é necessário que o administrador, diante de uma situação nova, possa ter liberdade para considerar a melhor alternativa possível, na situação em questão<sup>55</sup>.

Caso houvesse a padronização de todas as soluções e uma predefinição normativa, tornando-as invariáveis diante de situações em que devem ser distinguidas, poderia ensejar soluções indesejáveis, diversas da finalidade proposta pelo Poder Público<sup>56</sup>.

Observe-se que, ainda que discricionário, o Ato não deixa de ser vinculado ao diploma normativo. Gustavo Binenbojm<sup>57</sup> destaca, em sua obra, que, diante da juridicidade administrativa, bem como da vinculação direta da Administração Pública à Constituição Federal, não há mais do que se falar em uma dicotomia entre os atos vinculados e os atos discricionários, mas tão somente uma “diferenciação de graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade”.

### **3 A PRERROGATIVA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Sabe-se que a Administração Pública é dotada de diversas prerrogativas para o exercício regular de sua função, sobretudo quando falamos da discricionariedade administrativa, prerrogativa que torna mais eficiente e célere a satisfação do interesse público pelo Estado. Entretanto, registre-se a necessidade um estudo acerca da fundamentação da instituição desse Poder Estatal, abrangendo uma discussão sobre diversos institutos que permeiam o assunto, tal como a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados, o interesse público e o mérito administrativo.

#### **3.1 A FUNDAMENTAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Antes de adentrar na fundamentação propriamente dita da discricionariedade administrativa, faz-se necessário realizar um panorama acerca de sua evolução histórica, facilitando a compreensão do tema deste capítulo.

---

<sup>55</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 15.

<sup>56</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 978.

<sup>57</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 39 *et. seq.*

Durante o Estado Absolutista, ou Estado de Policia, que vigorava na Europa, durante os séculos XVI à XVIII, o Monarca absoluto detinha uma discricionariedade que expressava a ideia genuína de seu poder pleno e ilimitado, vez que não haveria qualquer subordinação de seu poder, muito menos à Legislação vigente (*de legibus solutus*). Nessa época, não havia a separação de poderes que conhecemos hoje, entendendo-se como polícia o conjunto de órgãos administrativos do Estado, com exceção do Exército e os órgãos financeiros.<sup>58</sup>

Após a Revolução Francesa, buscando evitar as constantes intervenções e coações existentes no Estado Absolutista, a garantia da proteção à liberdade individual e à propriedade passaram a ser a nova preocupação. Assim, a partir da pragmática ideia da separação de poderes e da retirada do Poder Executivo, na prerrogativa de editar leis, “a vontade dos reis viu-se substituída pela vontade geral do povo” por meio do aumento da produção legislativa dos novos parlamentos criados em vários Estados europeus e americanos. Nesse período, faz-se surgir a Administração Pública propriamente dita, distinguindo-se do Governo que era caracterizado por sua atividade política e discricionária, livre de apreciação pelo Poder Judiciário.<sup>59</sup>

Com o advento dessa noção de Estado de Direito, fundamenta-se sua estruturação na ideia de imposição de limites jurídicos às atividades dos órgãos administrativos do Estado. Nessa linha, a Administração Pública passou a se submeter ao princípio da legalidade, que determinava que seus poderes estivessem limitados pela Lei, com o objetivo de impedir os abusos e arbitrariedades das autoridades, bem como garantir um equilíbrio entre o poder da Administração e os direitos individuais que asseguravam o ordenamento jurídico.<sup>60</sup>

A discricionariedade administrativa, então, surge do desafio do Estado na conciliação de manter a sua liberdade decisória por meio do Poder Executivo, respeitando-se, entretanto, o princípio da legalidade, com o objetivo de limitar e de controlar toda a atividade do Poder Estatal. Em outras palavras, a Administração Pública deveria, sempre que possível, ser regulamentada sem lacunas pelas leis e

---

<sup>58</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.13.

<sup>59</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>60</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 61 *et seq.*

tendo sua atividade fiscalizada e controlada pelos tribunais, órgãos esses que ganharam a confiança da sociedade, após o surgimento do Estado Absolutista.<sup>61</sup>

O princípio da legalidade, diretriz básica da conduta dos agentes da Administração, trazia a ideia de que a Administração Pública só poderia atuar quando autorizada ou permitida pela Lei<sup>62</sup>, trazendo uma completa submissão aos diplomas normativos, desde o gestor de maior importância do Poder Executivo, como o Presidente da República, até o mais modesto servidor da administração pública.<sup>63</sup>

No século XIX, a legalidade administrativa adotava uma feição voltada à doutrina da *negative Binding*, ou vinculação negativa à Lei, construindo a ideia de discricionariedade, como o “poder de agir da Administração Pública nos espaços livres da regulamentação da Lei”<sup>64</sup>. Por outro lado, em que pese a discricionariedade administrativa tenha surgido no Estado de Direito, sua aplicação ainda era vista como um corpo estranho dentro do organismo jurídico, tudo devido ao receio da sociedade em manter um resquício da arbitrariedade monárquica no ordenamento, devendo essa ser afastada, o tanto quanto possível.<sup>65</sup>

Somente no início do século XX, influenciados pela doutrina do positivismo kelseniano, ou *positive Binding*, altera-se o entendimento acerca da discricionariedade, apontando-se como “espaço de subdeterminação normativa, dentro do qual competiria à Administração exercer a sua liberdade decisória”, reafirmando o que foi defendido por Kelsen, como a norma sendo delimitadora da prática de atos administrativos pelos órgãos competentes.<sup>66</sup>

Entretanto, o excesso de movimentação no Poder Legislativo para a regulação em massa da atividade administrativa do Estado torna a atividade da autoridade executora engessada, inviabilizando o gestor, diante de situações não previstas pelo

---

<sup>61</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 13 *et seq.*

<sup>62</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 39.

<sup>63</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 104.

<sup>64</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 197 *et seq.*

<sup>65</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Op. cit.*, 2013, p. 14 *et seq.*

<sup>66</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, 2008, p. 198.

legislador, a realizar uma espécie de apreciação subjetiva, objetivando encontrar a solução ao caso *in concreto*.<sup>67</sup>

Diante do avanço constante da Administração, durante o Estado Social predominante no período, o Poder Legislativo, que, antes regulamentava cada passo da Administração, passou a editar normas com conceitos abstratos e cláusulas gerais, resultando em uma “abertura normativa”, permitindo o preenchimento de seus conteúdos pelo Executivo de acordo com sua vontade e valoração no caso concreto que, via de regra, estariam pouco controláveis pelos tribunais<sup>68</sup>. Na perspectiva de Pauto Otero<sup>69</sup>,

[...] a própria lei, além de não ter capacidade de prever todas as necessidades coletivas a satisfazer, nem de consagrar os melhores processos em concreto aptos para a respectiva satisfação, não podem antecipar, prevenir ou contrariar os novos riscos que espreitam as modernas sociedades desenvolvidas: as súbitas crises dos mercados financeiros, os desastres ecológicos, os ataques terroristas ou as catástrofes naturais são meros exemplos de situação que não encontram na atividade do poder legislativo a resposta pronta, eficaz e perfeita.

Atualmente, é ultrapassada a ideia de engessamento da Administração Pública, em virtude da Lei Formal, tendo o legislador que conceder um maior grau de discricionariedade para a atuação do Executivo, que, como dito, diante das circunstâncias pouco previsíveis e de seus conhecimentos específicos acerca da gestão, garantiria uma decisão justa e correta no caso concreto<sup>70</sup>. Dessa forma, os diplomas legais passaram a se caracterizar por uma crescente utilização de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, além de permitirem a ponderação de valores por parte do Executivo, mediante o estabelecimento de suas finalidades, reduzindo-se, assim, à utilização da lei formal propriamente dita como regulamentadora do aparelho estatal, dando espaço, agora, à utilização de normas vagas que possibilitam a adaptação melhor com a dinâmica realidade.<sup>71</sup>

Como fundamento, a doutrina majoritária brasileira aponta que a Administração Pública, em virtude do seu conhecimento de gestão e das multiplicidades de situações enfrentadas, estaria em uma posição mais favorável para apreciar uma

---

<sup>67</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 981.

<sup>68</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 14.

<sup>69</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 158.

<sup>70</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Op. cit.*, 2013, p. 15.

<sup>71</sup> OTERO, Paulo. *Op. cit.*, 2007, p. 159.

situação e analisar a melhor alternativa possível à satisfação da finalidade do diploma normativo<sup>72</sup>. Nesse caso, o administrador público seria a autoridade especializada apta a analisar qual seria a melhor solução para satisfazer à finalidade daquela norma no caso concreto. A apreciação pela Administração Pública iria guiar a norma para a melhor solução, evitando que situações diferentes que mereçam condutas diferentes acabem tendo tratamentos iguais, ensejando decisões injustas pela autoridade administrativa executora. A especialidade do administrador encontra-se pautada, sobretudo, nas demandas cotidianas enfrentadas por esses gestores, posto que, por mais que o Poder Legislativo trate das mais diversas situações possíveis, não são esses que estão corriqueiramente lidando com as demandas administrativas, havendo a necessidade de ter uma avaliação por aquele mais especializado na situação.

De outra forma, é inegável a impossibilidade material de o legislador regular todas as situações possíveis a serem enfrentadas pelo aparelho estatal, bem como as melhores soluções para a satisfação da finalidade da Lei, vez que a dinâmica do mundo moderno e a complexidade da sociedade deixam evidentes a possibilidade do surgimento de situações inesperadas que exigem da autoridade executora da Lei uma atuação célere e eficaz<sup>73</sup>.

A utilização da inviabilidade de o legislador prever todas as possíveis situações a serem enfrentadas pela Administração Pública como fundamento da discricionariedade está intimamente relacionada com a justificativa do administrador público, como especialista na aplicação da Lei, posto que o legislador não está corriqueiramente atuando no exercício da atividade administrativa, para saber exatamente todas as demandas desses órgãos. Ademais, destaca-se ainda que o processo de elaboração das leis pelo Poder Legislativo é um método, muitas vezes, complexo e demorado, demandando um tempo que não cabe a atuação do administrador, tendo esse que preconizar a celeridade e efetividade de seus atos.<sup>74</sup>

Sem dúvida, a Administração Pública necessitaria da discricionariedade para possibilitar o seu “agir com mais eficiência na organização dos serviços públicos e

---

<sup>72</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 981.

<sup>73</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 13 *et seq.*

<sup>74</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 197 *et seq.*

no atendimento das múltiplas demandas e reivindicações das sociedades industrializadas<sup>75</sup>. Sob um ponto de vista prático, Maria Sylvia di Prietto<sup>76</sup> aponta que

[...] a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações que o administrador terá de enfrentar.

Desse modo, essa prerrogativa é necessária para a adequação de determinadas matérias pelo administrador, no caso concreto, bem como se torna justificável sua aplicação, em virtude da impossibilidade de regulamentação pelo legislador de todas as situações em que o Estado é chamado a intervir, tornando a discricionariedade um instrumento inevitável para a atuação célere e eficiente dos gestores públicos.<sup>77</sup>

Defendida por Afonso Rodrigues Queiró, uma corrente defende que a razão pela qual a Lei institui a discricionariedade administrativa se dá pela inviabilidade jurídica de sua abolição, posto que o legislador, na tentativa de retirar a discricionariedade, teria que se afastar de uma apreciação subjetiva própria das leis, invadindo um campo da individualização da área administrativa que não lhe compete, em razão da tripartição dos Poderes. Assim, para que o legislador possa afastar a discricionariedade da Administração Pública, teria que sacrificar a sua própria particularidade de legislador.<sup>78</sup>

Seguindo uma vertente semelhante ao do autor português, segue a ideia da impossibilidade lógica de obstar a discricionariedade administrativa. Com base nesse pensamento, a lei traria em seu bojo a utilização de conceitos ditos como unisignificativos, bem como conceitos do mundo real, da sensibilidade, denominados de plurissignificativos. Assim, a parcela da Lei que remete aos conceitos unisignificativos justificaria a ideia da vinculação administrativa, bem como a parte

---

<sup>75</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 14.

<sup>76</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 62.

<sup>77</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 198-199.

<sup>78</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 981.

que trata dos conceitos plurissignificativos traria a ideia da própria discricionariedade administrativa. Nesse particular, Bandeira de Mello<sup>79</sup> ainda destaca que,

[...] sendo impossível à norma legal – pela própria natureza das coisas – furtar-se ao manejo de conceitos das duas ordens, a discricção resultaria de um imperativo lógico, em função do que sempre remanesceria em prol da Administração o poder e encargo de firmar-se em um dentre os conceitos possíveis.

Realizada uma breve abordagem acerca da fundamentação da discricionariedade, cumpre registrar que a ideia mais condizente com a realidade brasileira está representada pelas duas primeiras correntes: a ideia do reconhecimento da Administração Pública, como o detentor do conhecimento para aplicar a melhor solução no caso concreto, bem como a inviabilidade material de o Poder Legislativo elaborar leis, abarcando as mais diversas situações a serem enfrentadas pelos órgãos administrativos.

Diante da complexidade e mutabilidade da sociedade, bem como pela complexidade que se dá ao processo de elaboração legislativa, à vinculação total da Administração Pública, a Lei não se sustentaria, inviabilizando a atuação não só do Administrador Público, por meio do engessamento de sua atividade, quanto a do Legislativo, por seu excesso legislativo desnecessário, elaborando leis cada vez mais dispensáveis.

Assim, a discricionariedade concedida pelo legislador representa uma concessão de um espaço decisão, partilhando parte de sua liberdade. Entretanto, constata-se que tal abertura do legislativo não pode se dar de maneira desenfreada, haja vista que a Lei, como limitadora da atuação do aparelho estatal, perderia seu total sentido. Por outro lado, a legalização demasiada acarreta o engessamento da própria atividade estatal, bem como entra em conflito com o próprio princípio da divisão equilibrada dos Poderes.<sup>80</sup>

Nesse sentido, a imposição de metas e resultados a serem alcançados pelo próprio Estado, utilizando-se de conceitos vagos e fluidos, sem deixar específicos os meios para se atingir determinado objetivo, concede ao Executivo uma margem de discricionariedade. Tal método confere à Administração uma área de responsabilidade para “apreciação de questões técnicas, políticas, valorativas”, bem

---

<sup>79</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 981 *et seq.*

<sup>80</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 18.

como para “a ponderação de interesses contraditórios ou de evoluções futuras”, objetivando, a partir de critérios de conveniência e oportunidade, a aplicação da Lei, no sentido de obter a solução mais célere e eficaz para satisfação do interesse público.<sup>81</sup>

### 3.1.1 Conceitos jurídicos indeterminados

Na tentativa de conceder um determinado grau de liberdade e evitar o engessamento da atividade da Administração Pública, surge a utilização pelo Legislativo dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”. Tal instituto caracteriza-se pela utilização de conceitos gerais e abertos, dotados de mais de um significado possível a ser retirado da norma legal.

Durante o Estado Absoluto, vigorava a ideia de uma Administração plena e livre da atuação do Legislativo e do Judiciário, sendo o monarca o símbolo do poder e da soberania. Assim sendo, nada sujeitava e confrontava a vontade do Rei, podendo esse, a partir de sua própria vontade, praticar qualquer ato que julgasse ser necessário.

Sob o fundamento de uma doutrina liberal, desenvolveu-se o Estado de Direito no período após a Revolução Francesa, que, “trazendo em seu bojo a separação de poderes”, acabou por limitar o exercício do poder e, por consequência, “garantiu os direitos fundamentais do homem”<sup>82</sup>. Sua consolidação significou uma maior valoração da Lei Formal, instituto que passou a ser utilizado como limitação da atividade à Administração Pública, como anteriormente dito, vinculando, cada vez mais, seu espaço de atuação.

Contudo, a vinculação da atividade do Poder Executivo à legalidade acabou por ensejar a criação desenfreada de dispositivos normativos pelo Legislador, que, diante da mutabilidade da sociedade, tornou inviável a previsibilidade de todas as situações a serem regulamentadas pelo Legislativo. Esse obstáculo impossibilitou uma atuação rápida pela Administração Pública, havendo a necessidade de

---

<sup>81</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 16.

<sup>82</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 5 e ss.

estabelecer regras gerais e abertas, para que não se tornassem inutilizáveis diante do caso concreto, sempre observando os critérios e finalidades inerentes à atividade do aparelho estatal.<sup>83</sup>

Historicamente, ao fim do século XIX, na Áustria, havia uma corrente doutrinária defendida por Bernatzik que entendia que os conceitos abertos e vagos não poderiam ser revistos por parte dos tribunais. Por outro lado, um posicionamento adotado por Tezner apoiava o controle objetivo dos conceitos normativos que regiam a relação da Administração Pública e os cidadãos, fossem eles determinados ou indeterminados, devendo, assim, ser plenamente sindicáveis por parte do Poder Judiciário.<sup>84</sup>

Segundo Tezner, todos os conceitos empregados no dispositivo legal que regula a atividade estatal, independente de sua natureza e abrangência, continuam sendo conceitos jurídicos que, apesar de se tratar de elementos fornecidos por outras áreas, estão empregados em um dispositivo legal, merecendo, portanto, um tratamento estritamente jurídico. Dessa forma, deverá ser feita uma interpretação estritamente jurídica, cabendo a fiscalização pelo Judiciário da correta aplicação legal, salvo quando não envolver direitos individuais, com a finalidade de salvaguardar as esferas de liberdade e propriedades garantidas aos cidadãos. Nesse sentido, Maria Di Prieto ainda afirma que<sup>85</sup>:

Assim, fica sujeita à apreciação da jurisdição administrativa toda decisão administrativa que implique aplicação de lei concernente a direitos dos particulares. Ao contrário, quando não esteja em jogo qualquer direito individual, falece competência aos tribunais para apreciar o ato da Administração, porque, nesse caso, estariam penetrando no domínio de seu poder discricionário; este só existe quando não esteja em discussão qualquer direito individual. Nessa faixa, a atuação da Administração é inteiramente e livre de apreciação judicial.

De acordo com esse pensamento, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados não significa a concessão de discricionariedade e arbitrariedade à Administração Pública, pois, apesar da possibilidade do administrador valorar as possibilidades para aplicação no caso concreto, somente o juiz, dotado de imparcialidade e conhecimentos jurídicos, poderá dizer se, de fato, tal solução seria a mais adequada

---

<sup>83</sup> PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 92/93.

<sup>84</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 29.

<sup>85</sup> PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Op. cit.*, 2012, p. 94.

no caso. Assim, a “liberdade” concedida pela Lei seria subordinada não à valoração do Administrador, mas à do Judiciário, tendo que ser observados todos os limites legais e finalidades específicas do interesse público em cada dispositivo legal.<sup>86</sup>

Ocorre que, em virtude da experiência do Estado nazista, que erradicou o controle judicial dos atos praticados pelos órgãos administrativos, surge, após a criação da República Federal da Alemanha, um controle judicial demasiado acerca dos órgãos administrativos. A situação agrava-se com o sentimento de desconfiança em relação à Administração Pública, bem como a “confiança solida” na atuação do Poder Judiciário<sup>87</sup>.

Dessa forma, ainda que tenha sido amplamente aceita a segunda tese, foram determinados limites ao controle judicial dos atos administrativos, acreditando que a utilização de certos conceitos legais, como os de valores e os onipresentes, abririam espaço para a prática de “atos individuais” por parte da Administração, exigindo-se uma investigação delicada de cada caso. Assim, não sendo mais considerados como meio de concessão da discricionariedade, surge a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados.<sup>88</sup>

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados por parte do legislador tem como objetivo conceder uma margem de autonomia para o aplicador, ou autoridade executante da Lei, determinando a solução mais eficiente e célere no caso concreto, sendo sindicáveis pelo Poder Judiciário, mediante interpretação. Destaca-se que a utilização desses conceitos “derivam de uma vontade legislativa em evitar atribuir ao aplicado uma margem de autonomia mais ampla do que o mínimo possível ou necessário”.<sup>89</sup>

Segundo Justen Filho<sup>90</sup>, os conceitos jurídicos indeterminados são “expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicado produza sua delimitação para o caso concreto”.

---

<sup>86</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 94 *et seq.*

<sup>87</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 29 *et seq.*

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>89</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 235-236.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 235.

Por sua vez, Andreas Krell<sup>91</sup> aponta que, assim como a discricionariedade, mas não confundindo, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados é um “fenômeno que resulta da formulação diferenciada de textos jurídicos em qualquer Estado de Direito moderno em que o Legislativo concede, intencionalmente, poderes de decisão ao Executivo e ao Judiciário”.

Entende-se que, na mesma ótica dos indivíduos da sociedade, a Administração Pública seria dotada da prerrogativa de regulação de sua própria conduta para o alcance do fim a que deseja, sem qualquer conflito com a Lei. Com a insatisfação de uma perspectiva liberal do Estado, esse passou a intervir na sociedade, deixando a preocupação das garantias subjetivas individuais, passando a se importar com a satisfação e prestação de serviços sociais. O surgimento da perspectiva de um Estado Social modificou a forma de encarar a Lei pelo próprio Estado, não havendo mais uma preocupação rígida quanto ao seu sentido material, mas valorando seu sentido formal. Nessa lógica, a Administração Pública começou a ser vinculada à Lei Formal, devendo todo o ato estar previamente previsto e autorizado no ordenamento jurídico. Nessa linha, Maria di Prieto<sup>92</sup> enfatiza ainda que:

Assim como os indivíduos têm uma esfera deixada pela lei, a sua livre atuação, os órgãos administrativos têm também uma órbita em que sua vontade é que impera; nesse campo, a Administração regula sua própria conduta, sem qualquer conflito com a lei, que não penetra nessa área; a Administração escolhe livremente seus próprios fins. Essa é a regra: a liberdade na escolha dos fins. Excepcionalmente, a lei pode impor determinados fins à Administração. Nesse caso, tem-se aos atos vinculados, que constituem exceção.

Ocorre que, diante da alteração dessa perspectiva da Lei, e do próprio Estado, o Legislativo passou a adotar, frequentemente, os conceitos jurídicos indeterminados, empregando-se formulas gerais que deixavam à autoridade executora o papel de delimitar o sentido do conceito aberto, não delimitado pelo Legislador<sup>93</sup>. Tal desenvolvimento e concessão do poder discricionário à Administração mostraram-se essenciais ao alcance das finalidades almejadas pelo Estado, não mais liberal e garantidor dos direitos individuais.

---

<sup>91</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 34.

<sup>92</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 92.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 96.

Como dito por Bernatzik, a Administração Pública funcionaria como um detentor do conhecimento técnico do interesse público, sendo inviável a apreciação de sua avaliação por terceiros, muito menos pelo Judiciário. Embora haja essa liberdade de escolha, a autoridade executora aplicará a lei mediante as concepções sociais dominantes. Segundo o pensamento de Jellinek, trazido também por Maria di Prieto<sup>94</sup>,

[...] apenas no caso em que a lei recorra a conceitos de valor é que existe o poder discricionário, porque aí o Legislador preferiu que a justiça, a oportunidade, a conveniência, a equidade sejam apreciadas pelo administrador, diante do caso concreto.

A evolução e consolidação dos conceitos jurídicos indeterminados, à luz da doutrina germânica, deram-se em virtude de uma polêmica preocupação com a concessão de arbitrariedade do Estado, embora seja completamente diferente da discricionariedade em discussão, principalmente até o ponto em que poderia haver um controle judicial acerca do instituto. Embora muitos autores tragam a ideia da discricionariedade na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, vale destacar que, mesmo quando se utilizam conceitos determinados, há certo grau de subjetividade para a autoridade que está aplicando, devendo, assim, passar pela fase interpretativa do diploma normativo. Nessa lógica, enfatizou-se, na Alemanha, a preocupação da motivação dos atos administrativos, que, havendo discrepância com a finalidade a que se destinava, seria plausível a apreciação judicial.<sup>95</sup>

No Brasil, apesar de haver uma crescente doutrina quanto à rejeição da discricionariedade administrativa nos conceitos jurídicos indeterminados, boa parte da doutrina aceita essa concessão ao Executivo, quando a Lei emprega as expressões vagas e fluidas, exigindo uma apreciação subjetiva do interesse público no caso concreto. Deve-se, entretanto, ser limitado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, negando, contudo, qualquer margem de mérito na decisão administrativa, quando relacionada a conceitos que envolvam a análises técnicas ou empíricas.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p.97.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 98-99.

<sup>96</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 43-44.

Apesar da tendência na vedação do controle judicial dos conceitos vagos, a jurisprudência brasileira tem utilizado alguns critérios para o controle de alguns conceitos específicos, fundamentando sua intervenção sob os aspectos da finalidade legal, da razoabilidade e da proporcionalidade.<sup>97</sup>

A análise dessa distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados se faz necessária para a constatação de que alguns atos discricionários emanados da Administração Pública merecem uma maior atenção quanto ao seu controle, visto que, muitas vezes, são pautados nas interpretações desses conceitos vagos e fluidos, influenciando na abrangência dessa análise pelo Poder Judiciário.

### 3.1.2 Interesse público

Diante da concepção e estruturação do próprio Estado de Direito, a doutrina jurídica brasileira aponta que, entre os mais relevantes princípios que norteiam a relação entre a Administração Pública e o particular (administrado) está o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.<sup>98</sup>

Destaca-se que o mencionado instituto encontra uma diferenciação em suas concepções nos países europeus e nos anglo-saxônicos. Se for analisado o interesse público à luz da doutrina norte-americana e do Reino Unido, verifica-se que esse instituto estaria intimamente relacionado com os interesses individuais de cada cidadão, sendo interpretado como o resultado do somatório desses interesses.

Nessa corrente, constata-se que a satisfação dos interesses individuais levaria, por consequência lógica, à satisfação do interesse público. Por outro lado, tem-se nos Estados de raiz germânico-latina, nos quais o interesse público é tido como além do somatório dos interesses individuais, distinto dessa relação, motivo pelo qual é dever do Estado a busca pela tutela e satisfação desse interesse. A evolução do liberalismo do Estado, bem como a ideia de o Estado, cada vez mais, como

---

<sup>97</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 50.

<sup>98</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20ÁVILA.pdf>>. Acesso em 07 nov. 2017.

garantidor dos direitos individuais, não mais como limitador, torna a ideia de interesse público europeu cada vez mais próximo da anglo-saxônica. Assim, atualmente, há uma crescente identificação do interesse público com a satisfação dos interesses privados, não mais sendo vistos com caráter de superioridade, muito menos como potencialmente antagônicos entre si<sup>99</sup>. Segundo o professor Bandeira de Mello<sup>100</sup>,

[...] ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público.

A doutrina e a jurisprudência brasileira, de maneira expressiva, apontam a existência de um princípio implícito da supremacia do interesse público sobre o interesse privado<sup>101</sup>. No Brasil, o princípio jurídico é mencionado em inúmeras leis que concedem as competências à Administração Pública, como, por exemplo, a Lei nº 9.784<sup>102</sup>, de 29-1-99 em seu Art. 2º, Parágrafo único, incisos II e III, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Entretanto, esse princípio da supremacia do interesse público nem sempre estará de forma expressa no ordenamento, podendo ser constatado de forma implícita<sup>103</sup>. Segundo Maria di Prieto<sup>104</sup>,

[...] a defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado. O Estado tem que defender os interesses da coletividade. Tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social. Para esse fim, tem que fazer prevalecer o interesse público em detrimento do individual, nas hipóteses agasalhadas pelo ordenamento jurídico. Negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado.

<sup>99</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. *In*: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3.

<sup>100</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 59.

<sup>101</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 87.

<sup>102</sup> BRASIL. **Lei n.º 9784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm) Acesso em 22 out. 2017.

<sup>103</sup> PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 241.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 248.

Apesar dessa evolução, muitas vezes, o princípio da supremacia do interesse público, cuja aplicação deve ser analisada casuisticamente, e apesar da ponderação de valores, é erroneamente interpretado como uma regra jurídica, na qual ocorre uma prévia ponderação de valores, mesmo antes de se analisar a situação *in concreto*. Alexandre de Aragão enfatiza também que<sup>105</sup>:

O princípio da supremacia do interesse público é confundido com meras regras (não princípios) jurídicas, constitucionais ou legais, que realizam uma pré-ponderação entre os valores envolvidos e optam, para a hipótese, pela preponderância de determinado interesse público sobre os interesses particulares (p. ex., as normas constitucionais que preveem a desapropriação).

Diferentemente do princípio jurídico, as normas legais ocorrem com uma prévia ponderação de valores, realizada pelo legislador no momento em que constrói o texto legal, devendo ter a ponderação um respaldo constitucional, dentro dos limites da razoabilidade e proporcionalidade. Entretanto, não há como pressupor uma necessária supremacia do interesse público sobre os interesses individuais, sem que haja uma ponderação dos valores envolvidos no caso concreto. Em situações semelhantes, à luz dos valores constitucionais envolvidos e das minúcias de cada caso, um valor pode se sobrepor ao outro, devendo haver uma ponderação concreta dos valores que colidirem<sup>106</sup>. Marçal Justen Filho<sup>107</sup> entende que:

Como decorrência, não se pode afirmar, de modo generalizado e abstrato, algum tipo de supremacia absoluta produzida aprioristicamente em favor de algum titular de posição jurídica. Nem o Estado nem qualquer sujeito privado são titulares de posição jurídica privilegiada em face de outrem.

O interesse público não é necessariamente antagônico ao interesse privado, não podendo ser realizada uma preponderação dos valores envolvidos no conflito, antes de se analisar a lide em questão. Ademais, cumpre destacar que o interesse público, envolvido em uma sociedade complexa e pluralista, não é marcado por uma singularidade, sendo possível, e muito, a pluralidade de interesses perseguidos pelo Estado, como, por exemplo, a preservação da saúde pública, maior liberdade de expressão, garantia dos melhores meios possíveis de sustentação dos órgãos de imprensa, facilitação dos fluxos comerciais, combate ao déficit público, entre outros.

---

<sup>105</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. *In*: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 4.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>107</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 132.

Os excessos na sobreposição do interesse público, ou de seus subvalores, em detrimento dos interesses individuais, sem que seja realizada uma ponderação casuística, acabam por ensejar fortes violações de direitos e garantias individuais, como ocorreu nos EUA, nos emblemáticos julgamentos de *Dennis v. United States* e *Korematsu v. United States*.<sup>108</sup>

Sobre o caso *Korematsu v. United States*, um dos mais negativos da utilização da ponderação de princípios na Suprema Corte Americana, o autor Daniel Sarmiento<sup>109</sup> declara: “Discutia-se, naquele processo, a constitucionalidade de locomoção de cidadãos norte-americanos de ascendência japonesa, possibilitando o seu confinamento em centros de relocação de guerra”. Entretanto, em que pese haja uma valoração dos princípios que envolvem a igualdade racial pela jurisprudência americana, a Suprema Corte Americana, diante do receio de uma guerra desnecessária entre os Estados Unidos e Japão, ponderou sobre a supremacia da segurança nacional, apontando a constitucionalidade da Lei Federal impugnada.

A partir desses tipos de decisões, a doutrina tem caminhado no sentido de se preocupar com os desvios que a excessiva subjetividade daquela metodologia de ponderação de interesses pode trazer à decisão judicial, visando, assim, a evitar que os conceitos e valores metajurídicos, tal como a segurança nacional, combate à criminalidade, ordem pública, possam se tornar admissíveis, em qualquer decisão judicial.<sup>110</sup>

Dessa forma, deve-se valorar a necessidade dos argumentos jurídicos diretos ao ordenamento jurídico, tal como as regras legais e constitucionais, prevalecendo sobre os argumentos metajurídicos, genéricos e subjetivos, como a alegação de interesse público propriamente dito<sup>111</sup>. Tais dispositivos legais devem prevalecer, em virtude da ausência de subjetividade do aplicado da norma, bem como pela prévia

---

<sup>108</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 7.

<sup>109</sup> SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 161.

<sup>110</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, 2007, p. 8.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 10.

ponderação realizada pelo Legislador, quando da construção da regra. Sobre a abordagem, Gustavo Binenbojm<sup>112</sup> destaca que:

[...] o que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros.

Esse fato enfatiza-se nas seguintes palavras de Maria di Prieto<sup>113</sup>:

O princípio do interesse público está presente tanto no momento da *elaboração da lei*, como no da sua *execução* no caso concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

Da mesma forma, diante do conflito entre uma regra e um princípio da mesma hierarquia normativa, deve prevalecer aquela em que houver uma preponderância dos valores envolvidos pelo legislador ou pelo próprio constituinte. Assim, somente diante da ausência de dispositivo legal específico, pode-se abrir ao Poder Judiciário e à Administração Pública a possibilidade de realizar a devida valoração na situação *in concreto*. Nesse caso, não se busca afastar a possibilidade de uma interpretação evolutiva da Constituição, mas somente a devida valoração da letra constituída na Lei.<sup>114</sup>

Em síntese, atualmente, não se pode admitir a alegação da supremacia do interesse público, permitindo que a autoridade executora da Lei possa restringir ou, até mesmo, extinguir um direito já garantido por uma regra válida e hierarquicamente superior no ordenamento jurídico<sup>115</sup>. Nessa linha, segue a categorização de Humberto Ávila<sup>116</sup>:

Como consequência do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático, é adequado afirmar que os argumentos institucionais devem prevalecer sobre os argumentos não-institucionais. Os argumentos institucionais possuem como ponto de referência o próprio ordenamento jurídico. É precisamente o ordenamento jurídico que permite uma argumentação intersubjetivamente controlável. Os argumentos não

<sup>112</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 87.

<sup>113</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 245.

<sup>114</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A "Supremacia do Interesse Público" no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. *In*: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 11.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>116</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71526/40588>>. Acesso em 23 out. 2017.

institucionais, ao invés de permitirem um debate objetivamente concebível, apoiam-se exclusivamente em opiniões subjetivas e individuais, contrapondo-se, portanto, às exigências de racionalidade e de determinabilidade da argumentação, insitas ao Estado Democrático de Direito.

É comum a utilização do pretexto de interesse público como meio de justificação de alguma medida que viole direitos e garantias individuais, sobrepondo os mencionados argumentos não institucionais em detrimento dos institucionais, abrindo-se portas para o proferimento de decisões calcadas na subjetividade pela autoridade executória, quando essa deveria priorizar a aplicação daquelas regras jurídicas em que houve uma prévia ponderação de valores pelo Constituinte ou pelo Legislador. Observa-se, sem negar a importância da utilização de conceitos jurídicos vagos como o “interesse público”, a fragilidade da utilização da supremacia desse interesse como justificativa à prática de atos, quando em confronto com os interesses individuais dos cidadãos. A invocação dos argumentos não institucionais, como afirma Humberto Ávila, não pode se sobrepor aos institucionais de maneira automática e abstrata, devendo esses argumentos terem reconhecido o seu real valor, em decorrência da preservação do Estado Democrático de Direito, bem como da garantia do princípio da segurança jurídica.<sup>117</sup>

### 3.1.3 Mérito administrativo

É sabido que nenhum ato administrativo será puramente discricionário, muito menos estritamente vinculado, sempre cabendo elementos que vinculem sua atividade à legalidade, bem como a um juízo de valor próprio da autoridade administrativa. Assim, o que irá variar de um ato administrativo para outro será o grau de prevalência da discricionariedade e da vinculação, cabendo àqueles que contenham um maior grau de discricionariedade a denominação de “atos discricionários”.<sup>118</sup>

Nessa linha, sabe-se, portanto, que o ato administrativo discricionário, ainda assim, será vinculado à legalidade, posto que a própria lei que concede a discricionariedade

---

<sup>117</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. *In*: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 22.

<sup>118</sup> Oliveira, Clarissa Angélica Santos Oliveira. **O controle do mérito dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário**. PUC-MG, 2008, p. 17. Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2008/Discentes/Clarissa.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2008/Discentes/Clarissa.pdf). Acesso em 16 out. 2017.

vai estabelecer os seus limites, só podendo a Administração Pública praticar aquele ato naqueles termos. Além dessa análise objetiva, os atos discricionários exigem uma apreciação subjetiva acerca do ato e da situação no caso concreto, cabendo a autoridade administrativa a realização de um juízo de valor, conforme a conveniência e oportunidade, para que haja a satisfação efetiva do interesse pública. Essa apreciação pela autoridade administrativa é denominada de “mérito administrativo”.<sup>119</sup>

Assim, o mérito administrativo é entendido por José Eduardo Martins Cardozo<sup>120</sup> como o espaço de liberdade decisória concedida à autoridade administrativa para a prática de um determinado ato administrativo, que contenha mais uma alternativa válida para a situação *in concreto*, devendo identificar a melhor interpretação da norma e dos fatos que irão propiciar o exercício da Administração Pública.

Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>121</sup>, de maneira equivalente à conceituação acima exposto, trata o mérito como:

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

Nesse sentido, percebe-se que a autoridade administrativa, em virtude da discricionariedade concedida pelo legislador em uma determinada situação, terá que analisar a conveniência e oportunidade da adequação de seus atos, para melhor alcançar a finalidade da norma, ou seja, a satisfação do interesse público. O mérito remete-se ao resultado a ser alcançado pelo exercício regular do poder-dever discricionário da Administração Pública.<sup>122</sup>

A oportunidade (ou motivo) no mérito refere-se ao pressuposto fático ou jurídico que possibilita o exercício de determinado ato administrativo. Nesse sentido, a

---

<sup>119</sup> Oliveira, Clarissa Angélica Santos Oliveira. **O controle do mérito dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário**. PUC-MG, 2008, p. 18. Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2008/Discentes/Clarissa.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2008/Discentes/Clarissa.pdf). Acesso em 16 out 2017.

<sup>120</sup> CARDOZO, José Eduardo Martins. A Discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA; Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 56.

<sup>121</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 38.

<sup>122</sup> SILVA, Flávia Martins André da. **Poder Discricionário da Administração Pública**. DireitoNet. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2635/Poder-discricionario-da-Administracao-Publica>>. Acesso em 04 nov. 2017.

autoridade administrativa tem que constatar a existência de motivo suficiente, adequado, compatível e proporcional, para que determinado ato administrativo não enseje vício de finalidade.<sup>123</sup>

Por outro lado, a conveniência (ou objeto) refere-se à da expectativa alteração, no mundo jurídico, que se pretende alcançar naquela determinada situação, devendo estar ligados à realidade jurídica e à razoabilidade, compatibilizando seu exercício com a finalidade de alcançar a satisfação do interesse público, sob pena de ensejar um ato viciado.<sup>124</sup>

Registre-se que parte da doutrina nacional não admite a análise do mérito administrativo por parte dos juízes, cabendo a esse, à luz deste pensamento, tão somente a apreciação daquilo que foi realizado de maneira inválida ou de afronta à legalidade, mas nunca, portanto, à regulação do que foi decidido pela autoridade administrativa, no exercício regular de sua liberdade de escolha.<sup>125</sup>

Ocorre que, quando não há o respeito às alternativas que integram o mérito da decisão, a autoridade administrativa ensejará a arbitrariedade, que constitui um campo de atuação jurisdicional. Assim, ultrapassando os limites que a Lei impõe, agindo em desconformidade com o ordenamento jurídico e abusando de seus poderes, a Administração Pública afasta a discricionariedade de sua atuação, passando seus atos a ser qualificados como arbitrários, justificando uma atuação precisa do Poder Judiciário.<sup>126</sup>

A autoridade da Administração Pública é considerada uma especialista naquilo que se faz em sua atividade típica, qual seja, administrar para satisfazer o interesse público, conforme um dos próprios fundamentos da discricionariedade administrativa. Não tem cabimento, portanto, a análise desmedida do mérito administrativo pelo magistrado, quando esse espaço decisório cabe apenas à autoridade administrativa, desde que exercido sem arbitrariedade. Entretanto, a análise aprofundada acerca dos limites do controle judicial no ato administrativo, sobretudo da análise do mérito, será tratada nos capítulos finais da presente obra.

---

<sup>123</sup> SILVA, Flávia Martins André da. **Poder Discricionário da Administração Pública**. DireitoNet, 2006, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2635/Poder-discricionario-da-Administracao-Publica>>. Acesso em 04 nov. 2017.

<sup>124</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>125</sup> CARDOZO, José Eduardo Martins. A Discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA; Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 57.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 58.

De tal forma, percebe-se que o mérito administrativo nada mais é do que um limite à Administração Pública, no exercício regular do poder discricionário, que, respeitados os princípios norteadores de sua atuação, não poderá praticar atos a seu bel-prazer, desviando-se do propósito normativo. Assim, deverá, a partir de uma apreciação de conveniência e oportunidade, praticar atos que julguem ser mais eficientes e céleres para satisfação do interesse coletivo.

### 3.3 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE

Antes de aprofundarmos no tema que será abordado no próximo capítulo, faz-se necessária a análise da evolução do controle judicial acerca dos atos administrativos, sendo imprescindível uma análise histórica, já exposta algumas vezes, no decorrer deste Trabalho.

Inicialmente, durante o início do Estado Moderno, constatava-se, no Estado Absoluto, a discricionariedade como inerente aos atos emanados da Administração Pública, através da ideia do Monarca Absoluto, detentor de um poder inquestionável e ilimitado. Nessa época, não havia o que falar de qualquer modelo de controle judicial acerca dos atos de império, podendo o rei praticar qualquer ato, em qualquer ocasião, sem ser contrariado.<sup>127</sup>

A semente do controle judicial desses atos administrativos deu-se na França, após a Revolução de 1789, com o surgimento do Conselho do Estado Francês. Em decorrência da insatisfação da burguesia acerca do Estado Absoluto, bem como o crescimento dos ideais iluministas, objetivou-se a limitação do poder do Estado através das leis, com o fito de garantir os direitos e liberdades individuais dos cidadãos. A partir dessa perspectiva de Estado de Direito, o Conselho do Estado Francês surge com a ruptura da concepção da imunidade jurisdicional dos atos administrativos, de modo que passou a funcionar como órgão de jurisdição administrativa, elaborando, ainda, diversos princípios que vinculariam à atuação da Administração Pública<sup>128</sup>. Passou-se, então, a admitir recurso, sob a alegação de

---

<sup>127</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 149.

<sup>128</sup> MARINHO, Bruno Costa. **Controle dos Atos Administrativos do Estado**. Âmbito Jurídico. Rio de Janeiro, 2010, p. 1. Disponível em: <<http://www.ambito->

excesso de poder por parte da autoridade administrativa, alegando-se, inicialmente, os casos de vícios de competência e, posteriormente, os de vícios, quanto à forma como o ato foi proferido.<sup>129</sup>

Durante esse período, vigorava-se a ideia da vinculação negativa à Lei, ou *negative Binding*, que afirmava que o Estado poderia fazer tudo aquilo que a Lei não proibisse, assim como ocorre, atualmente, com relação aos particulares, previsto no Art. 5, Inciso II, da Constituição Federal. Assim, cabia ao Poder Legislativo atuar, constantemente, para limitar o poder de atuação dos órgãos administrativos, na elaboração de dispositivos normativos, sobrecarregando o ordenamento jurídico, naquela época. Caso houvesse a inércia do Legislativo, nada impediria a atuação de uma Administração Pública arbitrária, resquícios de uma sociedade absolutista.<sup>130</sup>

Registra-se que, ao contrário dos países que provêm a maioria das doutrinas modernas acerca do controle da discricionariedade, o Brasil ainda não possui uma justiça especializada na lide entre o cidadão e a Administração Pública, como ocorre nos moldes da Justiça Eleitoral, Trabalhista e Militar. Andreas Krell aponta que a criação desse ramo do Judiciário, além de desafogar a justiça ordinária, melhora a qualidade das decisões proferidas pelos juízes, vez que esses lidariam somente com a matéria do Direito Administrativo.<sup>131</sup>

Findo o período do Estado Liberal, no século XX, surgiu o Estado Social de Direito. Em virtude do descontentamento da ausência do Estado e do crescimento das desigualdades geradas por esse, instaurou-se um Estado prestador e garantidor que objetivava a igualdade social, não mais a liberdade, intervindo fortemente na ordem econômica e social, com o objetivo de salvaguardar os direitos dos menos favorecidos. Ocorre que, diante da complexidade e mutabilidade do mundo moderno, a intervenção estatal se inviabilizaria, se dependesse de uma atuação do Poder Legislativo, devendo ser concedida uma atribuição normativa ao Executivo,

---

[juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7840](http://juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7840)>. Acesso em 31 out. 2017.

<sup>129</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 149.

<sup>130</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 14 *et seq.*

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 65.

tornando sua atividade mais rápida, concretizando-se através de decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos etc.<sup>132</sup>

Assim, influenciado por um positivismo kelseniano, a Administração Pública passou a ter uma vinculação positiva à Lei, só podendo esta praticar atos que estivessem previamente expressos e autorizados por lei, estando, constantemente, adstrita a conceitos gerais e abstratos, agora utilizados pelo Poder Legislativo<sup>133</sup>. A mencionada teoria, também chamada de *positive Binding*, é crucial para o bom andamento da máquina pública, evitando que as autoridades administrativas atuem por conta própria, ajudando no alcance da finalidade a que se destina a atividade pública, qual seja, à satisfação do interesse público.

Nessa linha, sobreveio a doutrina do desvio de poder, que permitia o controle jurisdicional, quando houvesse o afastamento da finalidade da norma. Com base nesse pensamento, os casos em que a autoridade administrativa afastasse a finalidade delineada pelo dispositivo legal, violariam princípios constitucionais, tal como o da igualdade, o da proporcionalidade e dos direitos fundamentais. Considera-se, então, o desvio de finalidade como sendo o vício mais comum dos atos discricionários, sendo corriqueiramente praticados quando a autoridade não vislumbra os critérios necessários que a Lei declara ser determinante para o exercício da discricionariedade da norma<sup>134</sup>. Dessa forma, a autoridade deveria praticar os atos, atentando sempre a finalidade apresentada na norma, funcionando como um limite procedimental, de modo que o desvio da finalidade da norma acarretaria na nulidade do procedimento e, por consequência, do próprio ato, plenamente passível de apreciação pelo Judiciário.

Observe que a aplicação do desvio de poder não necessariamente atinge diretamente o mérito administrativo, mas tão somente enseja o estreitamento do âmbito de decisão do administrador.

Objetivando a crescente sindicalização do Judiciário acerca dos atos administrativos, surge, em seguida, a teoria dos motivos determinantes. Com base nesse pensamento, o administrador público, sempre que praticar determinado ato, deverá

---

<sup>132</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 17.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 16 *et. seq.*

<sup>134</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 80.

expor os motivos pelos quais o praticou, devendo esses ser legais e compatíveis com o resultado a ser alcançado, integralizando a validade do ato<sup>135</sup>. Segundo Hely Lopes Meireles<sup>136</sup>, o motivo é a situação fática ou jurídica que autoriza a autoridade a realizar um ato administrativo.

Por fim, a partir do pensamento de uma constitucionalização do Direito Administrativo, quanto pelo ingresso em uma fase jurídica pós-positivista, os princípios passaram a tomar um novo patamar no ordenamento jurídico, havendo uma elevação de sua importância e valoração, funcionando como norteadores da atuação dos órgãos administrativos. Nesse caso, atualmente, já existe a possibilidade de controle judicial por meio da violação dos princípios gerais de direito, como a boa-fé e economicidade, bem como aqueles elencados no Artigo 37, Parágrafo Único da Constituição Federal de 1988.<sup>137</sup>

Cumprir registrar que o controle judicial dos atos discricionários emanados da Administração Pública, sobretudo aos limites de intervenção do Poder Judiciário, é um conteúdo em relação ao qual há bastantes desavenças doutrinárias, sendo tratadas suas limitações nos próximo capítulo.

#### **4 LIMITES AO PODER DE INDICAR E NOMEAR PESSOA PARA CARGOS DE PRIMEIRO ESCALÃO**

No presente capítulo, trataremos das delimitações dos agentes públicos no Governo Brasileiro, sobretudo quando se refere aos cargos políticos e de comissão. Ademais, faz-se necessário a análise acerca dos reflexos da valoração da incidência dos princípios constitucionais no âmbito do Direito Administrativo como delimitador de sua atuação. E, por fim, é feita a eventual apreciação pelo Poder Judiciário dos atos de indicar e nomear pessoas para os cargos de primeiro escalão, realizando um estudo de casos acerca da MS 34.070/DF e MS 34.609/DF.

---

<sup>135</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 408.

<sup>136</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.163.

<sup>137</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 149.

#### 4.1 OS AGENTES PÚBLICOS NO GOVERNO BRASILEIRO

Cumpra registrar que o Estado é uma pessoa jurídica de direito público cuja atuação depende, portanto, de uma manifestação material de um indivíduo escolhido pelo ente, objetivando a exteriorização de sua vontade.

Dessa forma, os agentes públicos, segundo Marçal Justen Filho<sup>138</sup>, são vistos como aqueles que são capazes de formar e manifestar a vontade do Estado, diante de determinada situação, vinculando-se a esse por meio de órgãos administrativos, sem se configurar, necessariamente, uma “representação em sentido próprio”.

Nota-se que o agente público não poderia ser um representante próprio da vontade do Estado, mas tão somente o meio pelo qual o Poder Público manifesta sua vontade. Caso ocorresse a representação do Estado através desse indivíduo, significaria a existência de dois polos jurídicos, um como Estado-representado e o outro como sujeito-representante, complicando a compreensão e identificação do interesse estatal, representado na conduta do agente.<sup>139</sup>

É usual a utilização de outras terminologias para se referir ao agente público. Na redação da Constituição Federal<sup>140</sup> de 1988, utilizam-se em torno de cinco expressões a respeito, tal como servidor público (Título III, Capítulo VII, Seção 37, IX), titular de emprego público (art. 37, I), contratado por tempo determinado (Art. 37, IX) e militar (Art. 42).

Segundo Hely Lopes Meireles, a terminologia “servidor público” é uma acepção mais restritiva, sendo esse considerado uma subespécie de agente público da Administração Pública, enquadrando-se em uma categoria da massa que realiza a prestação dos serviços estatais, bem como vinculado a esse por meio de uma relação profissional, através de um título de emprego e uma retribuição pecuniária.<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 879.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 880

<sup>140</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 09 nov. 2017.

<sup>141</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.470.

No presente trabalho, trataremos, prioritariamente, da nomeação e exclusão de cargos de primeiro escalão no governo brasileiro, agentes políticos enquadrados, em sua grande maioria, nos cargos comissionados do Poder Executivo.

O “agente político” refere-se à pessoa física incumbida da competência pública mais elevada, de maneira transitória e subordinada ao regime de crime de responsabilidade, previsto na Constituição Federal. Assim, define-se a sua função através de dois prismas: o primeiro, como função exercida pelo indivíduo; o segundo, como submisso ao regime constitucional do crime de responsabilidade<sup>142</sup>.

Nas precisas palavras de Carvalho Filho,

[...] agentes políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins.

Exercendo funções políticas, o “agente político” costuma desempenhar uma atividade direta ou indireta de chefia, como, por exemplos, o Chefe do Executivo, bem como de seus auxiliares diretos e imediatos, como Ministro de Estado. Nota-se que tal posição o põe no exercício das questões e assuntos mais relevantes e essenciais aos fins e meios da atuação estatal, justificando, assim, sua submissão ao regime de crime de responsabilidade, consistindo no desrespeito aos deveres intrínsecos ao exercício da atividade da função política, conforme delimita o Artigo 85 da Constituição Federal<sup>143</sup> de 1988 e Lei nº 1.079/1950<sup>144</sup>, que regulamenta o respectivo processo e julgamento.<sup>145</sup>

Esses agentes públicos podem exercer suas funções através de indicações, como ocorre, por exemplo, quando o Presidente da República indica algum indivíduo para o cargo de Ministro do Estado, ou até mesmo por meio de mandatos por meio do voto popular, como verificamos nas eleições diretas dos deputados e senadores, em instância federal.<sup>146</sup>

---

<sup>142</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 893.

<sup>143</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 11 nov. 2017.

<sup>144</sup> *Idem*. **Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm) Acesso em 18 nov. 2017.

<sup>145</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, 2015, p. 892.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 891.

Entretanto, há agentes políticos que não são decorrentes de uma indicação direta por parte da sociedade. Sua nomeação é realizada de maneira indireta por alguém que o foi de forma direta, como nos casos de Ministro do Estado, em que o Presidente da República, indivíduo esse incumbido do múnus público e eleito pela sociedade, indica ou nomeia determinada pessoa que acredita ser competente para o exercício daquela função política. Da mesma forma, nesse caso, poderá ocorrer a exoneração da pessoa nomeada.

A possibilidade de nomeação, ou exclusão, de um indivíduo para uma função eminentemente pública, sem ser concretizada por meio de uma manifestação direta da sociedade, só é permitida se o respectivo cargo se enquadrar nos chamados cargos comissionados, destinados “apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”, conforme Artigo 37, Inciso V, da Constituição Federal de 1988. Observe-se que o rol estabelecido na Constituição tem caráter taxativo e excepcional, sendo inconstitucional a criação de cargos em comissão para qualquer outra competência se não as constitucionalmente estabelecidas.<sup>147</sup>

Os cargos de comissão, ou cargos de confiança, são aqueles estabelecidos na Constituição Federal, que permite uma “livre” escolha, por parte da autoridade superior competente, em nomear e exonerar, em caráter transitório, indivíduos para exercerem as respectivas funções de chefia e assessoramento, selecionando-os por meio de critérios objetivos à luz da discricionariedade administrativa.<sup>148</sup>

Cumprir registrar que as funções exercidas pelos cargos em comissão implicam confiança maior do que a ordinariamente exigida.<sup>149</sup>

É absurdo dizer que a Constituição concede à autoridade competente um poder amplo e ilimitado. O ato de indicar e nomear indivíduos para cargos em comissão não deve ser analisado por uma lógica arbitrária, mas, sim, fundado na discricionariedade administrativa e norteado por uma vinculação ao interesse público e afastamento das decisões oriundas exclusivamente de critérios subjetivos.

---

<sup>147</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 953.

<sup>148</sup> PARANÁ. **Secretaria da Administração e Previdência**. Disponível em: <<http://www.portaldoservidor.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=561>>. Acesso em 13 nov 2017.

<sup>149</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 552.

Ademais, a Constituição Federal prevê um regime de nomeação diferenciado para alguns cargos em comissão, como previamente estabelecido em seu Artigo 84, XIV. No dispositivo, cabe ao Presidente da República, sob ratificação do Senado Federal, a indicação à nomeação do Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União e Ministros do Supremo Tribunal Federal, bem como outros servidores determinados em Lei. A nomeação dos referidos cargos passam também por uma apreciação do Poder Legislativo, funcionando como um ente fiscalizador e limitador da atuação do Chefe do Executivo, no exercício do sistema de freios e contrapesos.<sup>150</sup>

A autoridade administrativa, assim, deve pautar sempre suas escolhas objetivando a satisfação de um interesse público a partir de critérios objetivos, analisando de fato qual o indivíduo mais competente que se enquadre no determinado cargo comissionado, evitando-se as escolhas pessoais e parciais, devendo, em alguns casos, submeter-se a uma ratificação do Poder Legislativo, como foi dito, anteriormente.

Infelizmente, mesmo assim, é comum a utilização por algumas autoridades da prerrogativa de nomear alguém para a satisfação de interesses meramente pessoais, como, por exemplo, na prática de nepotismo, já sabida pela violação à Carta Magna, na Súmula Vinculante nº 13 do STF<sup>151</sup>, bem como a nomeação por amizades políticas ou, até mesmo, com o fito de obstruir a justiça por meio da prerrogativa de foro, benefício esse concedido, sobretudo, aos principais cargos de alto escalão, no Governo Brasileiro.<sup>152</sup>

Em decorrência das discussões do Poder Judiciário, quanto a essa autonomia da autoridade administrativa competente, estipulou-se a Resolução 156 do Conselho Nacional de Justiça<sup>153</sup> (alterada pela Resolução 173/2013 e 186/2014), que dispõe sobre os limites da nomeação de cargos em comissão - bem como sobre as

---

<sup>150</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acessado em 11 nov. 2017.

<sup>151</sup> *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 13. In: \_\_\_\_\_. Súmulas. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acessado em 23 nov. 2017.

<sup>152</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 957.

<sup>153</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 156, de 08 de Agosto de 2012**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/resol\\_gp\\_156\\_2012.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_156_2012.pdf)>. Acessado em: 20 nov. 2017.

designações para as funções de confiança - de pessoa indicada que tenha praticado algum ato que a conduza à sua inelegibilidade eleitoral.<sup>154</sup>

Dessa forma, vê-se o quão delicado é a tentativa da indicação e nomeação dos cargos de primeiro escalão no governo, principalmente quando se parte de atos discricionários emanados pela respectiva autoridade competente para a nomeação dos cargos comissionados. Deve-se, nesses casos, saber a delimitação do poder e autonomia concedidos à autoridade administrativa, bem como os limites da extensão do controle pelo Poder Judiciário acerca desses atos, evitando-se, assim, a utilização desse poder-dever para a satisfação de interesse pessoal, muitas vezes, em contramão ao interesse público.

#### 4.2 O ESTREITAMENTO NO ÂMBITO DA DISCRICIONARIEDADE POR INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com o advento do neoconstitucionalismo, a esfera da discricionariedade administrativa, principalmente no que tange aos atos de nomeação e exclusão de cargos de primeiro escalão no Governo Brasileiro, tornou-se delimitada em razão do reconhecimento da eficácia normativa dos princípios no ordenamento jurídico, vinculando qualquer dos atos praticados pela Administração Pública, direta ou indireta, a esses valores supremos.<sup>155</sup>

Como dito anteriormente, a observância de um positivismo legalista, pautada na vinculação positiva estrita à Lei, não mais se sustentava, havendo, na atualidade, uma tentativa de superação dessa concepção para a aplicação de valores a serem seguidos pela Administração Pública, delimitando seu poder de atuação. Surge, então, o princípio da juridicidade administrativa, como decorrência lógica da abertura normativa do princípio da legalidade, princípio basilar do Direito Administrativo moderno.<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 957.

<sup>155</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 208.

<sup>156</sup> *Ibidem*, loc. cit.

A construção de uma nova concepção para a vinculação dos atos administrativos permitiu que a atividade administrativa não mais se vinculasse estritamente à Lei pura e simples, mas permitindo que sua atuação fosse também delimitada por toda uma estrutura normativa e valorativa que permeia o ordenamento jurídico como um todo, incluindo, nesse caso, não somente as estruturas da grandiosa pirâmide kelseniana, mas também valores simbólicos a serem seguidos pelo Poder Público, consagrando-se com o constitucionalismo moderno.

Ademais, como decorrência lógica dessa nova interpretação de vinculação administrativa à juridicidade e à mudança dos parâmetros do controle da atividade administrativa, o princípio da legalidade abre espaço para a incidência de demais valores essenciais, sobretudo para aqueles princípios constitucionais gerais, bem como aqueles princípios setoriais da Administração Pública, sendo cada vez mais utilizados como conformação do conteúdo de uma atuação discricionária do Poder Público.<sup>157</sup>

Como afirmado anteriormente, o princípio da legalidade é um dos basilares do Direito Administrativo, previsto expressamente no Artigo 37, *caput*, da Carta Magna<sup>158</sup> de 1988.

A razão da importância do princípio da legalidade no ordenamento jurídico ocorre, principalmente, pela decorrência de seu surgimento no período após a Revolução Francesa, propiciando, naquela época, uma limitação à atuação inquestionável do Monarca absolutista, bem como sua influência no surgimento do Direito Administrativo que conhecemos hoje. Esse princípio surge da ideia da separação de poderes do Estado Moderno, sustentando que o Poder Executivo, nesse caso, só poderia praticar atos que estivessem, estrita e expressamente, previstos em lei. Seguindo essa lógica, ao Executivo caberia apenas a execução das leis que tinham sido elaborados pelo Poder Legislativo. Observe que, em nenhum momento, fora mencionada a influência do rol principiológico na atuação da Administração Pública, limitando-se, apenas, à Lei Formal.<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 209.

<sup>158</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 19 nov. 2017

<sup>159</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 59.

Registre-se que a Administração Pública, com base nesse princípio, não era livre para poder praticar atos que a lei não proibisse, mas tão somente praticar atos que a lei autorizasse<sup>160</sup>. Segundo Marçal Justen Filho<sup>161</sup>,

[...] no relacionamento entre os particulares, prevalece a regra de que tudo aquilo que não for obrigatório nem proibido por lei é juridicamente autorizado, No tocante à atividade administrativa, reconhece-se que tudo aquilo que não for autorizado por lei é juridicamente proibido.

Entretanto, constatou-se que a separação de poderes do Estado não poderia ser vista de maneira plena e absoluta, visto que, em que pese a função do Executivo seja tipicamente administrar, esse detinha uma função atípica de legislar e julgar, ocorrendo o mesmo com os demais poderes. Dessa forma, o ideal estabelecido pela separação de poderes nunca foi plenamente aplicado na prática.<sup>162</sup>

Por outro lado, viu-se, também, que o legislador não seria capaz de preestabelecer todas as possíveis situações a serem dialogadas pela Administração Pública, ou até mesmo pelo Judiciário, no exercício de suas funções. A partir dessa ideia, como já discutido no presente trabalho, surge a utilização dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, afastando-se da ideia da legalidade estrita à Lei, permitindo que o Administrador tivesse certo grau de liberdade na prática de determinadas decisões, ainda que continuasse ainda vinculada à norma. Como se sabe, a Lei, apesar de ser fruto da manifestação humana, não é considerada um instrumento apropriado para efetivar, por contra própria, as mudanças da realidade social. Nesse sentido, o parâmetro de lei como vinculação da atividade do Estado, sobretudo da Administração Pública, deve ser remodelada, para se adaptar às necessidades atuais, uma vez que a permanência dessa concepção se mostra obsoleta à nova realidade social.<sup>163</sup>

Assim, tal princípio apresenta-se, atualmente, com uma perspectiva mais ampla, denominando-se pela doutrina por “princípio da juridicidade”. Como já tratado, este vem sendo afirmado pela doutrina e na jurisprudência como uma nova interpretação da legalidade, aduzindo pela necessidade dos atos administrativos estatais serem submetidos não somente à Lei, em seu sentido formal, mas estarem submissos a

---

<sup>160</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 60.

<sup>161</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 213.

<sup>162</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, 2013, p. 60.

<sup>163</sup> *Ibidem, loc. cit.*

todo um sistema jurídico e seu conjunto de valores e princípios constitucionais. Note-se que o princípio da juridicidade nada mais é do que o princípio da legalidade em seu sentido substancial, devendo ser observada não apenas aquela norma específica, mas o ordenamento jurídico como um todo. Seguindo essa linha, a Administração continuaria, ao contrário do particular, vinculada ao poder naquilo que a Lei permitisse. Contudo, a Lei não precisaria prever exhaustivamente toda a atuação administrativa, mas tão somente estabelecer parâmetros e valores básicos a serem seguidos pela autoridade competente da indicação e nomeação, ao praticar seus atos, principalmente no exercício dos poderes conferidos em decorrência de sua finalidade.<sup>164</sup>

A noção de vinculação da Administração Pública à Constituição traz à tona a incidência de demais princípios e valores ali presentes, funcionando como a abertura de uma válvula. Nessa lógica, não mais se poderia falar em atos puramente vinculados e discricionários, mas, sim, em graus distintos de vinculação à juridicidade, uma vez que, de qualquer forma, por mais discricionário que o ato fosse, a atuação estatal sempre estaria vinculada aos princípios gerais constitucionais ali previstos.<sup>165</sup>

Assim sendo, a indicação e nomeação dos eventuais cargos de primeiro escalão não podem ficar adstritas somente às normas permissivas no ordenamento jurídico, mas à observância de demais princípios além do princípio da legalidade, tal como o da moralidade, impessoalidade e finalidade administrativa.

O princípio da moralidade, por sua vez, mostra-se como um dos princípios mais complexos a ser determinado e delimitado pela doutrina e jurisprudência brasileira. Segundo Hely Lopes Meirelles, a moralidade administrativa, juntamente com o princípio da legalidade e o da finalidade, bem como os demais princípios apresentados no *caput* do Artigo 37 da Constituição Federal de 1988, apresentam-se como pressupostos essenciais à validade, sob pena de tornar qualquer atividade pública ilegítima.<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 62.

<sup>165</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 208.

<sup>166</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92.

Nessa linha, a moralidade se equipara-se ao princípio da boa-fé no Direito Privado, sendo interpretada como parâmetro de comportamentos a serem seguidos pelas partes, estabelecendo condutas a serem seguidas para viabilizar uma boa administração pelo Poder Público<sup>167</sup>. Para Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>168</sup>, a Administração Pública tem o dever de agir com sinceridade e clareza, sendo vedado qualquer comportamento que, dotado de malícia por parte da autoridade executora, enseje na confusão ou dificuldade no exercício dos direitos dos cidadãos. A inobservância acaba por gerar sanções aos governantes e agentes públicos, caracterizando prática de condutas de improbidade administrativa delimitadas pela Lei nº 8.429/92. Assim, o agente público também deve praticar seus atos, pautando-se na probidade.

Nesse caso, a improbidade administrativa traduz a prática de lesão ao erário público, seja pelo enriquecimento ilícito ou proveito próprio ou de outrem, no exercício de sua função, estabelecendo sanções a serem tomadas. As sanções aos atos de improbidade praticados pelo Presidente da República estão previstos no Artigo 85, Inciso V, da Constituição Federal, sendo denominadas por crimes de responsabilidade, e dos agentes públicos em geral, no Artigo 37, § 4º, do mesmo diploma.<sup>169</sup>

Com base nos ensinamentos de Marcelo Figueiredo, a moralidade administrativa consiste em três dimensões.

A primeira, fruto do labor de Hauriou e Ripert, repercute pela existência de um elemento da legalidade na moralidade administrativa, sendo um “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração Pública”. A segunda dimensão aponta a necessidade de cautela e profundidade na sindicabilidade dos motivos do fato discricionariamente considerado pelo Poder Público, na prática de determinado ato administrativo, bem como na observância das finalidades a serem alcançadas por esses atos praticados.<sup>170</sup>

---

<sup>167</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 93 *et seq.*

<sup>168</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 123.

<sup>169</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 140 e ss.

<sup>170</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 86.

Registre-se o desenvolvimento de teorias que ensejam a abertura de controle judicial dos atos administrativos, tais como a teoria dos motivos determinantes e o desvio de poder do administrador.

Por fim, a terceira e última fase, apresenta-se como uma fase progressista, abarcada por doutrinadores modernos, tal como Hely Lopes Meirelles e Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, e jurisprudências recentes. Nessa linha, a moralidade administrativa, como dito anteriormente, relaciona-se com o governo honesto, fazendo uma interpretação com a boa administração e à boa-fé, a lealdade e aos padrões éticos vigentes na atual época da sociedade, adquirindo alçada expressa da juridicidade, tornando-se um princípio com eficácia de norma constitucional.<sup>171</sup>

Entretanto, diante da importância de tal princípio, estabeleceu-se, na Constituição Federal, uma forma específica de impugnar decisões que dão lugar ao questionamento de sua validade, em decorrência da violação à moralidade administrativa, qual seja a ação popular. Vale notar que, conforme previsão expressa no Artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal, se garante a qualquer cidadão a observância do princípio da moralidade administrativa.<sup>172</sup>

Questiona-se, contudo, se apenas a violação à moralidade administrativa ensejaria motivo suficiente para a propositura de uma ação popular, uma vez que, de acordo com o dispositivo mencionado, a mesma se refere à anulação de um ato que resulte em uma lesão à ordem patrimonial pública, bem como a ofensa à legalidade administrativa. Ao contrário do pensamento de Marcelo Figueiredo, alguns pesquisadores do Direito, como a posição de Barbosa Moreira, defenderem a necessidade de violação à legalidade administrativa para justificar uma ação popular e evitar as costumeiras aventuras jurídicas, a leitura clara e precisa do Artigo remete à ideia de que a desobediência da moralidade administrativa seria motivo capaz de seu ingresso, independente da ofensa a qualquer outra norma jurídica ou lesão ao patrimônio público.<sup>173</sup>

A inobservância, porém, acaba por gerar sanções aos governantes e agentes públicos, caracterizando-se prática de condutas de improbidade administrativa. Note-

---

<sup>171</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 86.

<sup>172</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 123.

<sup>173</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. *Op. cit.*, 1999, p. 88.

se que essa situação se torna ainda mais evidente, se analisarmos a nova perspectiva da legalidade administrativa, relacionando, agora, com a vinculação à juridicidade, como tratado anteriormente, em observância a todo um ordenamento jurídico, não mais apenas às normas e regras específicas, abrangendo todos os princípios gerais, sobretudo o da moralidade administrativa.<sup>174</sup>

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a neoconstitucionalização de diversos ramos do Direito, sobretudo ao Direito Administrativo, verifica-se que a moralidade administrativa se entrelaça com a própria noção de legalidade, sendo considerada como um fundamento suficiente para invalidar determinados atos administrativos.<sup>175</sup>

É necessário perceber que o enfoque nesse meio de impugnação de decisão administrativa é tido como um “garantidor” da ordem constitucional, evidenciando que a moralidade administrativa não pode ser somente discutida quando há alguma lesão ao patrimônio público ou violação da legalidade, em que pese o fato de não cumprir com a moralidade já esteja violando<sup>176</sup>. A fiscalização e controle da Administração Pública, para que essa haja/aja condizente com os valores que permeiam a sociedade em que se insere torna-se essencial para a garantia do direito fundamental à boa administração. Juarez Freitas<sup>177</sup> a define como segue:

A administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.

Em síntese, a boa administração pública seria aquela que respeitasse os princípios gerais constitucionais, bem como os regramentos que regulam sua atuação, e a eles fossem condizentes, objetivando a satisfação do interesse público com transparência e imparcialidade.

É público que a imoralidade administrativa afronta a ordem jurídica constitucional. A observância de tais preceitos torna-se essencial para a análise do Poder Judiciário, que, apesar de não ser de fácil apreciação, é passível (e exige) a sua devida

---

<sup>174</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 208.

<sup>175</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 91.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>177</sup> FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 20.

atuação e intervenção, tutelando os direitos dos cidadãos constitucionalmente previstos, aplicando “o princípio da moralidade administrativa em todo o seu alcance e conteúdo”<sup>178</sup>. Nas palavras de Odete Medauar, “a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual; ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada”, devendo, assim, ocorrer uma análise casuísta.<sup>179</sup>

A prerrogativa concedida ao administrador público competente para nomear ou exonerar cargos de primeiro escalão, torna-se limitada à observância dos princípios gerais do Direito Administrativo, estreitando-se, assim, o rol de decisões possíveis a serem tomadas, com base na análise da conveniência e oportunidade, sendo passível, diante de decisões que ultrapassem esses valores, de apreciação e revisão judicial.

É importante considerar a juridicidade e a moralidade como instrumento fundamental para o alcance e satisfação do interesse público pelo Estado, pela busca essencial da finalidade do Ato Administrativo, bem como pelo contrapeso da discricionariedade do Poder Público, na análise de eventuais desvios de finalidade dos atos praticados.<sup>180</sup>

Como já exposto, a discricionariedade administrativa implica uma “livre” apreciação pela Administração Pública, pautada na conveniência e oportunidade que lhe foram concedidas pela Lei. Lembre-se de que, ao mesmo tempo em que a lei concede tal prerrogativa, está limita sua liberdade de escolha.

Contudo, a superação da vinculação da Administração Pública à lei formal, apegando-se ao positivismo jurídico, à nova perspectiva administrativa impõe que os atos administrativos discricionários sejam limitados não apenas pelo conjunto legislativo, mas, também, pelos princípios e valores constitucionalmente previstos, como reiteradamente ditos nessa obra. O apelo aos princípios gerais do direito foi

---

<sup>178</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 89.

<sup>179</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 139.

<sup>180</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. *Op. cit.*, 1999, p. 91.

constantemente utilizado pelos tribunais administrativos franceses como instrumento de redução da discricionariedade concedida à Administração Pública.<sup>181</sup>

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a neoconstitucionalização do Direito brasileiro, constata-se que a margem de vinculação dos atos discricionários aumentou diante da vinculação à juridicidade. Observa-se que não há uma diferença entre a natureza dos atos vinculados e a dos atos discricionários. Na prática, assim como os atos vinculados estão atrelados à lei formal, os atos discricionários estão vinculados diretamente ao rol principiológico.<sup>182</sup>

Desse modo, observa-se que a nova interpretação do Direito acabou por limitar a livre escolha do Administrador, estreitando o seu leque de decisões com fulcro na conveniência e oportunidade que lhe são atribuídas. Entretanto, diante da ausência de algum preceito fundamental a ser seguido pelo administrador, seu ato poderá ser passível de análise e controle pelo Poder Judiciário.<sup>183</sup>

#### 4.3 A AMPLIAÇÃO DO CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO

Muito se questiona quanto à possibilidade de intervenção e apreciação pelo Poder Judiciário na análise dos atos administrativos praticados pela Administração Pública, no exercício de seu poder discricionário, havendo uma tendência restrita ao controle jurisdicional.<sup>184</sup>

A nova perspectiva do princípio da legalidade impõe à autoridade executiva a observância de determinados valores norteadores do Poder Público, limitando-os, sobretudo, quando praticam atos com um maior grau de liberdade de escolha. Nessa linha, constata-se que a lesão aos princípios constitucionais enseja a própria violação da liberdade concedida pela Lei, sendo passível de apreciação pelo juiz, como ressaltado no tópico anterior.

---

<sup>181</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 160 e ss.

<sup>182</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 211.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 212.

<sup>184</sup> MEDAUAR, Odete. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. *In*: GARCIA; Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 56.

<sup>184</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 86.

Ocorre que essa apreciação judicial não pode ser desmedida. Muito se justifica a existência da separação de poderes, sabendo-se que o excesso de intervenção do Poder Judiciário poderia ensejar uma usurpação de competência, tornando o juiz um administrador, função que não lhe compete.<sup>185</sup>

Como já destacado, a autoridade administrativa é dotada de um conhecimento e experiência específicos que lhe certificam a tomada de determinadas decisões que defende ser a mais coerente e eficaz para a satisfação do interesse público, tudo em conformidade com a Lei. Tal procedimento deve ser, ao máximo, salvaguardado. A fragilidade da posição do administrador dificultaria a sua própria atividade, tornando todos os atos administrativos possíveis de intervenção judicial.

Registre-se a inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário, como meio de se garantir o Estado Democrático de Direito, previsto no Artigo 5º, Inciso XXXV da Constituição Federal<sup>186</sup> de 1988.<sup>187</sup>

Nessa lógica, o professor Celso Antônio Bandeira de Melo traz uma análise da extensão do controle judicial nos atos discricionários emanados da Administração Pública, no exercício de sua atuação, referindo-se a três pontos: o exame dos motivos, da finalidade e o da causa do ato.<sup>188</sup>

O motivo de um ato administrativo, de maneira didática, pode ser dividido em motivo de fato e motivo de direito. O motivo de direito, como o próprio nome já diz, trata da situação eleita pelo diploma normativo como justificativa da vontade administrativa. Por outro lado, o motivo de fato refere-se à situação de fato que ocorreu no mundo real que autoriza a prática do referido ato administrativo. Note-se que nem sempre ocorrerá a delimitação da situação fática, sendo concedida ao administrador a

---

<sup>185</sup> MEDAUAR, Odete. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. In: GARCIA; Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 87.

<sup>186</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm). Acesso em 24 nov. 2017.

<sup>187</sup> DANIEL, Juliana Maia. **Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas**, p. 15. Disponível em: [http://www.veirano.com.br/upload/content\\_attachments/16/Discricionariedade\\_Administrativa\\_em\\_Materia\\_de\\_Politicas\\_Publicas\\_2011\\_original.pdf](http://www.veirano.com.br/upload/content_attachments/16/Discricionariedade_Administrativa_em_Materia_de_Politicas_Publicas_2011_original.pdf). Acesso em 22 nov. 2017.

<sup>188</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Controle Judicial dos Atos Administrativos**. In: \_\_\_\_\_. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 49.

prerrogativa de analisar a sua prática, atendendo aos critérios de conveniência de oportunidade.<sup>189</sup>

Nessa lógica, a análise dos motivos determinantes para a prática de determinado ato de nomeação, ou exoneração, torna-se crucial, para que se verifique se esses foram condizentes e idôneos para se autorizar a prática do ato pela Administração Pública. É essencial a congruência nos motivos, para que, além de ser permitida a prática do ato pela autoridade executiva, torna aquele ato válido perante o ordenamento jurídico. Nesse ponto, não se está analisando a parte subjetiva do ato discricionário, mas tão somente se as razões que levaram a essa prática são aceitáveis para permiti-lo.<sup>190</sup>

Dessa forma, observa-se que, assim como competem ao Poder Judiciário a desarticulação e qualquer ato praticado pela Administração Pública que afronte o ordenamento jurídico pátrio, compete a este, também, a apreciação de qualquer ato administrativo que, baseando-se no fundamento de ser discricionário, acaba por ultrapassar a barreira da liberdade decisória imposta pela Lei, violando, por consequência, os diplomas normativos que justificam a própria razão de ser do poder discricionário.<sup>191</sup>

Assim, a apuração dos motivos que embasaram a prática do ato mostra-se coerente para o controle de extrapolações por parte da autoridade administrativa, evitando-se que a prerrogativa da discricionariedade se apresente como um véu da impunidade, uma garantia da prática de decisões esdrúxulas e arbitrárias. Tal análise não ultrapassa os limites do poder do juiz, tornando-o um juiz-administrador, que cumpre com o exercício de sua função, como “garantidor” do ordenamento jurídico.

Por outro lado, o exame da finalidade apresenta-se um pouco mais delicado. O motivo, a busca pela finalidade do ato pelo Judiciário ensejam a fiscalização da legitimidade da própria atuação do Poder Público.<sup>192</sup>

Cumprir registrar que, a respeito do exame da finalidade do ato administrativo, se desenvolveu uma teoria francesa, chamada de “desvio de poder”, como já

---

<sup>189</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 114.

<sup>190</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle Judicial dos Atos Administrativos. In: \_\_\_\_\_. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 49.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>192</sup> *Idem*. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 995.

mencionado no corpo desse trabalho. Incorporada à doutrina e jurisprudência brasileira pelo voto magistral de Seabra Fagundes, no TJRN, em 1948, ao apreciar a Apelação Cível 1.422, essa teoria defende que o agente público, ao praticar um ato dentro dos limites de sua competência, acaba por direcionar um fim diverso daquele pretendido pelo diploma legal, havendo um desvirtuamento do poder da Administração Pública.<sup>193</sup>

Para fins de exemplificação, constata-se o desvio de finalidade, quando o Presidente da República, no exercício estrito de sua competência, indica à nomeação determinado indivíduo para o cargo de Advogado-Geral da União, somente atrelado ao interesse pessoal, seja em razão de eventual amizade partidária ou pela concessão da prerrogativa de foro privilegiado.

Destaca-se que o ato viciado é maculado por uma finalidade contrária à proposta específica interpretada do diploma legal, que autoriza sua atuação, nulo de pleno direito. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes<sup>194</sup>, nos casos de desvio de finalidade,

[...] o que se tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com um certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita.

Nota-se que, nesse caso, não importa se o agente gostaria ou não de praticar esse ato em dissonância com a finalidade legal, mas se efetivamente ele desviou o intuito da norma<sup>195</sup>. Lembre-se que a finalidade maior da Administração Pública, apesar de existirem finalidades específicas a serem alcançadas, sempre será a satisfação do interesse público.

O desvio de poder pode ocorrer com qualquer ato praticado pela Administração Pública. Não existe uma restrição ao Ato Administrativo. O Poder Judiciário, no exercício de sua competência, pode praticar atos jurisdicionais com finalidade

---

<sup>193</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 996.

<sup>194</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.070/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Julgado em 18 de março de 2016, p. 19. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acessado em 22 nov. 2017.

<sup>195</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Controle Judicial dos Atos Administrativos**. In: \_\_\_\_\_. **Grandes Temas de Direito Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51.

diversa da atribuída pela norma, assim como o mesmo pode ocorrer com o Poder Legislativo, por meio de seus atos legislativos.<sup>196</sup>

A atuação do Poder Judiciário se dará de maneira a evitar o abuso de direito da autoridade administrativa, que, estando agindo em conformidade com a competência que lhe foi atribuída e diante do motivo que justifique a sua atuação, pratica ato com finalidade diversa da finalidade legal, desvirtuando sua razão de ser.<sup>197</sup>

Por fim, tem-se o exame das causas do Ato Administrativo. Aí cabe a análise da relação a harmonização acerca dos pressupostos do ato e o seu objetivo, avaliada em função da própria finalidade do ato.<sup>198</sup>

Observa-se que a apreciação se torna sutil, devendo haver uma congruência e compatibilidade lógica nesses dois requisitos de validade do Ato Administrativo. Apesar de já terem sido apresentados corretamente os pressupostos do ato e o seu objetivo, de nada adianta, se esses não forem compatíveis, devendo haver uma correção do motivo com o conteúdo do ato, tudo em conformidade com a finalidade almejada pela Lei.<sup>199</sup>

Seja através da inobservância de determinados princípios gerais constitucionais, bem como pelo desvio de poder e ausência de motivo e causa, o Poder Judiciário não apenas pode intervir no controle dos atos de nomeação de indicação de cargos de primeiro escalão no governo brasileiro, como deve. Esse é o meio necessário para a garantia da aplicação do Direito e assegurar o princípio da juricidade, no âmbito da Administração Pública.<sup>200</sup>

A reserva da parte inteiramente subjetiva cabe inteiramente ao Administrador, é claro, evitando-se a substituição do papel de juiz para papel de administrador, não podendo o juiz, em sua competência jurisdicional, atuar como administrador. Cabe, pois, ao Chefe de Executivo a escolha do indivíduo mais competente para determinado cargo, respeitando-se sempre a ordem constitucional.<sup>201</sup>

---

<sup>196</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 997.

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 999.

<sup>198</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle Judicial dos Atos Administrativos. In: \_\_\_\_\_. **Grandes Temas de Direito Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 52.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>200</sup> *Idem*. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 1006.

<sup>201</sup> MEDAUAR, Odete. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. In: GARCIA; Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 89.

Cumprir lembrar que o surgimento da discricionariedade administrativa se deu muito pelo entendimento de que o administrador seria dotado de conhecimento específico na área, viabilizando a concessão de uma liberdade de escolha na prática de alguns atos, em determinada situação, previstos em Lei. Contudo, seu excesso ou abuso é passível de apreciação judicial, salvaguardando o cumprimento da ordem constitucional.

#### 4.4 MS 34.070/DF E MS 34.609/DF: UM ESTUDO DE CASOS SOBRE A MATÉRIA

Com o objetivo de se aprofundar um pouco sobre o assunto, faz-se necessário um estudo de casos, ainda que sucinto, a respeito dos mandados de segurança impetrados contra os Presidentes da República Dilma Rousseff, no ano de 2016, e Michel Temer, em 2017, momento marcado por uma turbulência jamais vista no Governo Brasileiro, após a promulgação da Constituição Republicana de 1988.

Realizando uma breve síntese sobre o mandado de segurança 34.070 MC/DF, trata-se de uma ação interposta, em caráter coletivo, contra a presidente Dilma Rousseff, em decorrência do ato de nomeação do Ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva, ao cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, anteriormente ocupado por Jacques Wagner, seu colega partidário.

Nessa linha, o Partido Popular Socialista – PPS – sustentou, em sua argumentação, o desvio de finalidade por parte do ato da impetrada, que pretendia conferir ao Ex-Presidente Luís Inácio a prerrogativa do Foro Privilegiado quando da nomeação deste ao cargo de Ministro de Estado, evitando-se uma possível prisão pela Lava-Jato, perante o juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba/PR. O Partido da Social Democracia Brasileiro utilizou-se de argumentos semelhantes, quando impetrou o Mandado de Segurança 34.071/DF<sup>202</sup>.

Cumprir lembrar que a competência para a nomeação e exoneração de cargos de Ministro de Estado pertencente ao Presidente da República, concedendo-lhe, a partir de uma análise de conveniência e oportunidade, uma livre margem de escolha.

---

<sup>202</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.070/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Julgado em 18 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acessado em 22 nov. 2017.

Destaca-se que o Presidente da República deve sempre almejar a satisfação do interesse público, não podendo atuar em caminho diverso.

Diante da análise feita pelo Ministro-relator, Gilmar Mendes, apontou-se pela nulidade do ato administrativo que nomeia algum indivíduo com pretensão de lhe atribuir a prerrogativa do foro privilegiado, fazendo-lhe menção ao desembargador Vladimir Passos de Freitas<sup>203</sup>. Seguindo essa linha, aduz que nenhum Chefe do Executivo ostenta a função de mandatário da vontade popular, devendo agir em consonância com a finalidade pública. Assim, a nomeação maculada pelo desvio da finalidade afronta diretamente os dispositivos que preveem a submissão da Administração Pública aos princípios e valores constitucionais, sobretudo a legalidade e moralidade administrativa.

A riqueza probatória nessa ação é nítida, não podendo o mencionado relator deixar de valorá-la, seja pelas interceptações de escutas telefônicas como pela declaração da própria Presidente da República e de seus colegas.

Nessa linha, o Ministro considerou a situação uma fraude à Constituição Federal, momento em que a Chefe do Executivo se utilizou de sua competência para a satisfação de interesse diverso do público, ensejando um abuso de direito em razão do desvio de finalidade no que a norma que lhe propõe. Dessa forma, julgou-se pelo deferimento da liminar que pleiteava a suspensão da eficácia da nomeação do Ex-Presidente ao cargo de Ministro de Estado, permanecendo esse aos procedimentos criminais de Primeira Instância<sup>204</sup>.

Analisando a essência do ato, constata-se que o vício na finalidade do Ato Administrativo o contaminou completo, inclusive no que tange ao seu mérito, sendo cabível sua apreciação pelo Poder Judiciário, com fito em salvaguardar e garantir o cumprimento dos ditames constitucionais. Note-se que, em nenhum momento, houve a substituição do juiz para a função de administrador, bastando sua intervenção pela constatação do exame da finalidade e sua devida incompatibilidade com o ordenamento jurídico.

---

<sup>203</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. **Nomeação para dar foro privilegiado a réu é ato administrativo nulo**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2016-mar13/segunda-leituranomeacao-dar-foro-privilegiado-reu-ato-administrativonulo#\\_ednref5](http://www.conjur.com.br/2016-mar13/segunda-leituranomeacao-dar-foro-privilegiado-reu-ato-administrativonulo#_ednref5)>. Acesso em: 24 nov. 2016

<sup>204</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.070/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Julgado em 18 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acessado em 22 nov. 2017.

Ocorre que, apesar de, nesse caso, ter tido uma conclusão favorável ao impetrante, o Mandado de Segurança 34.609/DF teve um desfecho completamente diferente, muito embora se assemelhe à situação fática e jurídica retratada.

O Mandado de Segurança 34.609/DF trata de ação apresentada, tendo como impetrado o Presidente da República, agora Michel Temer, em decorrência da nomeação de Wellington Moreira Franco, então Secretário Executivo do Programa de Parceria de Investimentos, para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria.

No mesmo sentido do Mandado de Segurança 34.070/DF, os argumentos utilizados pela parte impetrante basearam-se no desvio de finalidade do Ato Administrativo de nomeação por parte do Presidente da República. O nomeado, citado por 34 vezes na delação na Operação Lava-Jato, teria como benefício o direito à prerrogativa de Foro, esquivando-se das investigações decorrentes da Operação, submetendo-se à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>205</sup>

Constata-se a similitude das situações apresentadas, tendo sido feita a impugnação, a partir do desvio de finalidade do Chefe do Executivo, quanto à nomeação de cargos de Ministro do Estado, alegando-se, em tese, o interesse em desarticular as investigações e obstruir a Justiça.

Entretanto, o então relator do caso, Min. Celso de Mello, entendeu pelo indeferimento da concessão da tutela pleiteada, qual seja, a suspensão dos efeitos da nomeação, bem como rejeitou o instrumento que fora utilizado para apresentar a impugnação, instrumento esse que foi dito/considerado pelo Min. Gilmar Mendes como condizente à tutela requerida.<sup>206</sup>

O Min. Celso de Mello apontou que haveria a necessidade de trânsito em julgado da condenação para a configuração do impedimento da nomeação de Moreira Franco, o que não houve até a presente data. Ademais, a nomeação por si só de um

---

<sup>205</sup> POR QUE o STF impediu Lula e autorizou Moreira Franco como ministro, **El País**, São Paulo, fev. 2017, p. 2. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/14/politica/1487109644\\_038135.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/14/politica/1487109644_038135.html)>. Acessado em: 24 nov. 2017.

<sup>206</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

investigado não enseja a prática de um ato administrativo maculado pelo desvio de finalidade, devendo haver provas concretas e condizentes para a sua prática<sup>207</sup>.

Ocorre que, apesar de as provas apresentadas pela parte impetrante na MS 34.609/DF não serem tão ricas quanto às apresentadas na MS 37.070/DF, o desvio de finalidade mostrou-se possível em ambos os casos. Contudo, pode-se perceber que, embora não tenha sido deferida a liminar pleiteada, foi destacado pelo Min. Celso de Melo que a configuração do desvio de finalidade pelo Chefe de Executivo nos atos de nomeação, ou exoneração, cargos de primeiro escalão ensejam a nulidade do próprio ato, havendo a possibilidade da apreciação do Judiciário para a garantia da ordem constitucional, assemelhando-se ao que foi fundamentado pelo Min. Gilmar Mendes.

Finalmente, as duas decisões apontaram pela possibilidade de apreciação do controle judicial dos atos administrativos discricionários que extrapolam os limites legais por suas autoridades competentes. Nesse caso, houve uma diferença quanto ao reconhecimento do desvio de finalidade. Entretanto, percebe-se que o controle judicial pode ser feito acerca dos atos da Administração Pública, quando dão lugar a um dos casos de violação mencionados, devendo, na medida do possível, salvaguardar a autonomia e o intuito subjetivo do Administrador.

---

<sup>207</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.609/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello, Julgado em 14 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wpcontent/uploads/sites/41/2017/02/mscelso.pdf>>. Acessado em 22 nov. 2017.

## 5 CONCLUSÃO

A elaboração do presente Trabalho possibilitou uma avaliação acerca dos atos administrativos discricionários de indicação e nomeação de cargos de primeiro escalão no Governo Brasileiro, sobretudo uma análise de suas limitações e a possibilidade e extensão do controle pelo Poder Judiciário. Ao fim, realizou-se uma avaliação sobre os mandados de segurança 34.070/DF e 34.609/DF, julgados recentes sobre a problemática do tema.

Há uma preocupação quanto à limitação do poder daquele a quem compete indicar e nomear os membros dos cargos mais influenciadores do Brasil, tal como Ministros de Estados, Ministros do STF, Advogado-Geral da União, Procurador-Geral da República, entre outros. Tal prerrogativa compete ao Chefe do Executivo, representado pelo Presidente da República, em nosso sistema de governo.

Embora possa haver, em alguns casos, a presença do sistema de freios e contrapesos com a possibilidade de aprovação ou veto pelo Congresso Nacional, como nos casos da nomeação dos Ministros do STF, a nomeação dos Ministros de Estados fica a cargo pessoal e exclusivo do Chefe do Executivo, havendo uma notória apreciação subjetiva de quando, a quem nomear e indicar.

A inquietude social demonstra-se com as constantes divulgações midiáticas, seja através de telejornais ou Internet, sobre os respectivos escândalos neste atual cenário político conturbado. Nessa linha, a expectativa da sociedade em uma atuação proba de seus representantes eleitos, condizente com o fim público, apresenta-se fragilizada, havendo a esperança de uma limitação coesa desse Poder, com o fito de evitar os desvios de sua finalidade.

Observam-se as constantes divulgações de utilização dos cargos mencionados para a satisfação de interesses pessoais, funcionando unicamente para a garantia e proteção dos nomeados, que se utilizam do cargo nomeado para gozar das prerrogativas inerentes à função.

Nessa linha, destaca-se que a existência do poder discricionário da Administração Pública decorre da lei e é limitada por ela, fundamentando-se, sobretudo, na ideia da impossibilidade do Poder Legislativo em normatizar todas as situações possíveis de ser enfrentadas pela Administração no exercício de sua função, bem como pelo

conhecimento específico e experiência de atuação do próprio Poder Público, que, em determinados casos, permite uma avaliação da autoridade para a solução mais eficiente.

Note-se que a discricionariedade administrativa é um mal necessário, visto que a atuação da Administração Pública se tornaria engessada se houvesse a sua completa submissão à normatização do Poder Legislativo. Caso não houvesse essa vinculação ao legislador, haveria uma grande probabilidade de ensejar grandes ditaduras, como os Estados nazifascistas do século XX.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a nova perspectiva da vinculação dos atos administrativos à juridicidade, a atuação da Administração Pública, ao mesmo tempo em que se demonstrou mais ampla, mostrou-se um estreitamento, quanto ao âmbito decisório do poder discricionário pela incidência dos princípios gerais da Constituição, sobretudo ao rol estabelecido no artigo 37, *caput* da Lei Maior.

A superação da vinculação à legalidade estrita para o entendimento de uma observância à juricidade administrativa foi um passo importante para o Direito Administrativo moderno. A constitucionalização desse ramo do Direito faz-se necessária para a submissão dessa atuação aos valores e princípios constitucionais.

A crescente força normatiza dos princípios realiza um trabalho árduo de orientação da própria atuação da Administração Pública, sobretudo da atividade do Chefe do Executivo, na indicação e nomeação para os cargos de elite do governo, haja vista que sua inobservância acarretaria na nulidade do próprio ato.

Contudo, o estreitamento do âmbito decisório do ato discricionário pelo parâmetro principiológico não se demonstrou suficiente para evitar uma atuação da Administração Pública em sentido oposto ao interesse público. A apreciação de determinadas condutas pelo Poder Judiciário demonstra-se imprescindível para a preservação da credibilidade do Estado.

Todavia, alguns doutrinadores apontam pela impossibilidade de o Poder Judiciária revisar o mérito do Ato Administrativo, aduzindo que esse campo pertence – exclusivamente - à autoridade executora do ato, não podendo haver uma substituição do administrador por um juiz-administrador.

Entretanto, a impossibilidade da revisão do mérito do Ato Administrativo mostra-se condizente, quando o ato fora praticado em inquestionável consonância com todas as normas e princípios que regulam o respectivo Ato. Diante da suposta violação, com fulcro no Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, tal conduta deve ser revisada, para evitar a banalização do próprio instituto de nomeação e exclusão, evitando-se que a autoridade executora se utilize de sua competência para a tutela de interesses alheios ao interesse público. A apreciação pelo Poder Judiciário deve focar, sobretudo, no exame dos motivos do Ato Administrativo, bem como suas causas e sua finalidade.

O desvirtuamento de qualquer um desses intuitos do ato administrativo ensejaria, por via direta ou indireta, a violação de qualquer dos princípios gerais da Administração Pública, enaltecendo o princípio da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, justificando uma atuação do Poder Judiciário para a suspensão dos efeitos da nomeação ou indicação.

Para a realização de uma devida avaliação acerca da extensão do controle jurisdicional, a análise do MS 34.070/DF e 34.609/DF mostrou-se coerente, diante de sua relevância e atualidade. Em que pese o mandado de segurança que pleiteou a suspensão dos efeitos da nomeação de Wellington Moreira Franco para Ministro da Secretaria Geral da Presidência da República, mostrou-se ter uma decisão desfavorável ao impetrante pela ausência de indícios de desvio de finalidade, ao contrário do que ocorreu com a nomeação do Ex-Presidente, Luís Inácio Lula da Silva, para Ministro da Casa Civil.

Apesar de considerar equivocada a decisão de manter a nomeação de Moreira Franco, as duas decisões foram condizentes quanto a possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário quando há a violação a finalidade da norma ou quando a autoridade administrativa objetivar satisfazer interesse diverso do público, destacando-se, nas duas decisões, a necessidade de observância dos princípios previstos no Artigo 37, *caput*, da Lei Maior.

Infelizmente, no Brasil, não existe uma justiça especializada nos litígios administrativos, assim como ocorre na Justiça do Trabalho, Eleitoral e Militar, justificando a tratativa de decisões carecedoras de qualidade. A institucionalização de uma justiça administrativa, assim como ocorre na França, além de desafogar a justiça comum, permitiria uma atuação célere e eficaz dos julgados, uma vez que os

respectivos juízes administrativistas teriam um contato constante com a matéria, acabando por conhecê-la melhor e, por consequência, proferir melhores decisões.

Portanto, a continuação da valorização dos princípios como fonte de estreitamento do próprio âmbito da discricionariedade, bem como parâmetro de orientação para as decisões administrativas demonstra o enquadramento do Direito Administrativo à Constituição Federal, vinculando-o diretamente ao seu regulamento. Assim, na inexistência de consonância de um ato com a Lei Maior, tal como ocorre quando há uma violação aos princípios gerais constitucionais, não remete à surpresa pela possibilidade de apreciação pelo controle jurisdicional, que, tentando ao máximo preservar o mérito administrativo, objetiva a tutela do ordenamento jurídico e a garantia do Estado de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental de Bonn**. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71526/40588>>. Acesso em 23 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em 07 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1998.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm)> Acesso em 18 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)> Acesso em 22 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 13**. In: \_\_\_\_\_. Súmulas. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acessado em 23 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.609/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello, Julgado em 14 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wpcontent/uploads/sites/41/2017/02/mscelso.pdf>>. Acessado em 22 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.070/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Julgado em 18 de março de 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acessado em 22 nov. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. São Paulo: Renovar, 2008.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A Discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA; Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 156, de 08 de Agosto de 2012**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/resol\\_gp\\_156\\_2012.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_156_2012.pdf)>. Acessado em: 20 nov. 2017.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DANIEL, Juliana Maia. **Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas**. 2010. Monografia. (Curso de Pós Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade São Paulo, São Paulo.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Controle Judicial dos Atos Administrativos**. Grandes Temas de Direito Administrativa. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996,

FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Nomeação para dar foro privilegiado a réu é ato administrativo nulo**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2016-mar13/segunda-leituranomeacao-dar-foro-privilegiado-reu-ato-administrativonulo#\\_ednref5](http://www.conjur.com.br/2016-mar13/segunda-leituranomeacao-dar-foro-privilegiado-reu-ato-administrativonulo#_ednref5)>. Acesso em: 24 nov. 2016

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

MANDELA, Luis Henrique. **Discricionariedade Administrativa e Hermenêutica**. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINHO, Bruno Costa. **Controle dos Atos Administrativos do Estado**. Âmbito Jurídico. Rio de Janeiro, 2010, p. 1. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7840](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7840)>. Acesso em 31 out 2017.

MEDAUAR, Odete. Ato Administrativo: Origem, Concepções, Abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO; Vitor Rhein (Coord.). **Os Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Moderno**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. In: GARCIA; Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 87

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Clarissa Angélica Santos. **O controle do mérito dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário**. PUC-MG, 2008, p. 18. Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2008/Discentes/Clarissa.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2008/Discentes/Clarissa.pdf). Acesso em 16 out 2017.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2007.

PARANÁ. **Secretaria da Administração e Previdência**. Disponível em: <<http://www.portaldoservidor.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=561>>. Acesso em 13 nov 2017.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

POR QUE o STF impediu Lula e autorizou Moreira Franco como ministro, **El País**, São Paulo, fev. 2017, p. 2. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/14/politica/1487109644\\_038135.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/14/politica/1487109644_038135.html)>. Acessado em: 24 nov. 2017.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Flávia Martins André da. **Poder Discricionário da Administração Pública.** DireitoNet. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2635/Poder-discricionario-da-Administracao-Publica>>. Acesso em 04 nov. 2017.