

**FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE
JESUS**

**NÚCLEO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CONSTITUCIONAL**

MÁRGARA BEZERRA DO NASCIMENTO

**O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO
ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: ANÁLISE DO CASO
RMS 39.102/RO.**

**Porto Velho
Abril, 2014.**

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS AO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 estabelece e atenta para o postulado de que o cidadão tem direito à adequada tutela jurisdicional como decorrência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, estabelecendo em seu art. 5º, XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".¹

Nesse contexto, o controle jurisdicional surge como instrumento apto a coibir vícios de legalidade ou inconstitucionalidade que recaiam contra direitos individuais ou coletivos.

Para melhor compreensão do instrumento, é elucidativo o conceito apresentado pelo constitucionalista Luís Roberto Barroso, *in verbis*:

O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia.²

A partir da leitura da conceituação, observa-se que o objeto do controle é a verificação da compatibilidade entre o texto constitucional e as normas infraconstitucionais, objetivando primordialmente atender os direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

De acordo com Canotilho³, em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata.

A própria Constituição Federal, em uma norma síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Entretanto, apenas essa declaração não é suficiente para torná-la eficiente.

Assim, o texto constituinte vigente trás mecanismos que possibilitam o exercício do referido controle por meio de instrumentos processuais que visem fiscalizar a Administração

¹BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento Nº 70054774799, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 23/05/2013

²BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.

³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 200, p. 414.

formuladas por Celso Antônio Bandeira de Mello que a supremacia do interesse público restou identificada como um princípio jurídico, ganhando sustentação específica mediante argumentação dotada de rigor científico (1.1.1).

Após a formulação originária, lançada em um artigo publicado em 1967, o autor desenvolveu sua teoria em escritos posteriores, incorporando as significativas inovações normativas promovidas pelo advento da Constituição de 1988, mas sempre seguindo com fidelidade a linhas que presidiram a sua proposta originária (1.1.2).

As ideias de Celso Antônio Bandeira de Mello encontraram ampla acolhida na doutrina brasileira, de sorte que a referência ao princípio em epígrafe passou a se tornar quase obrigatória nos cursos e manuais de Direito Administrativo no Brasil, haja vista a vastíssima recepção que a ideia alcançou no pensamento jurídico pátrio. A jurisprudência passou, igualmente, a avaliar a existência e a normatividade do princípio, empregando-o com frequência como fundamento para decidir, fato que conduziu à sua consagração como norma dedutível do sistema jurídico brasileiro (1.1.3).

Entretanto, antes mesmo dessa perspectiva, alguns doutrinadores defendiam a ideia de que o interesse público deveria se sobrepor ao privado:

É o caso de Aarão Reis, que em 1923 sustentava que: “o Direito Administrativo impõe, assim, frequentemente, aos mais respeitáveis interesses privados individuais – em benefício do interesse público coletivo – ônus bem pesados e sacrifícios, mesmo, dos mais penosos...”. Ao seu turno, Themístocles Brandão Cavalcanti, em 1936, identificava que a finalidade do Estado era a “de zelar, não só pelo interesse individual, mas principalmente pelos interesses colectivos, que se sobrepõem a todos os demais”. O autor reconhecia a necessidade de prevalência dos interesses da coletividade como fundamento para legitimar a concessão de privilégios ao Poder Público, no manejo dos atos administrativos: “Os privilégios que lhe têm sido conferidos [ao ato administrativo] não podem ser considerados excessivos, porque correspondem aos graves onus que sobre elle pesam, na defeza e protecção dos interesses collectivos”.

Em 1943, Tito Prates da Fonseca assevera que “a precedência do interesse público sobre o privado é princípio verdadeiro; mal trabalhado, no entanto, pode conduzir à lesão de direitos individuais ou a contorsão de direitos da Administração pública”. O administrativista, partindo da diferença entre direito e interesse, sugere uma classificação da tutela jurídica dos interesses individuais em face do interesse público, adotando o pressuposto de que em matéria de Direito Público “a proteção dos interesses apresenta diversos graus e figuras, das quais o direito subjetivo é a mais perfeita”. Assim, de acordo com suas lições, o cidadão poderia ostentar as seguintes posições jurídicas em face da Administração:

(a) direitos subjetivos individuais, que em regra são convergentes e compatíveis com o interesse público, “uma vez que a manutenção dos direitos dos indivíduos é o interesse primacial da coletividade”;

(b) direitos condicionados, que configuram direitos subjetivos perfeitos “até que sobrevenha o interesse público a exigir a sua mutação”, como no caso do direito de propriedade diante da necessidade de desapropriação: são direitos cujo exercício é condicionado ao interesse da coletividade; (c) interesses ocasionalmente protegidos, presentes nas situações em que a norma jurídica tutela um interesse geral (v.g., segurança geral, higiene e saúde públicas, etc.) e acaba beneficiando, por acaso, um interesse do indivíduo, que é satisfeito não diretamente, mas através da realização do interesse público;

(d) interesses simples, representados pelos interesses “de todos os cidadãos na boa execução de uma norma de interesse público, na boa marcha dos negócios

administrativos”: o indivíduo não titulariza um direito subjetivo, não podendo exigir em seu favor uma contraprestação;

(e) interesses legítimos, que exsurtem nas hipóteses em que a Administração concede ao indivíduo o exercício de uma faculdade, “cabendo-lhe, todavia, o poder discricionário de aquilatar essas prestações quando se defrontem com o interesse público”, como nos casos de autorização para exploração de certas atividades: perante terceiros, trata-se de um direito subjetivo, mas “frente à Administração são interesses legítimos, condicionados ao interesse público e a juízo da autoridade”.

A classificação de Tito Prates da Fonseca demonstra o reconhecimento, por parte do autor, da existência de um “enfraquecimento da tutela jurídica dos interesses individuais em face do interesse público intercedente”, reputando tal fenômeno como “ponto basilar do direito administrativo moderno”. Para o administrativista, ainda que na maior parte dos casos os direitos subjetivos individuais guardem uma relação harmônica com o interesse público, a precedência deste último justifica em algumas situações a redução da proteção jurídica outorgada aos interesses individuais, que acabam cedendo ao interesse geral.

Caio Tácito, em artigo publicado no ano de 1952 sob o título “O poder de polícia e seus limites”, faz também alusão à ideia de que os interesses privados devem se submeter aos interesses da coletividade. Observa que no modelo liberal de Estado, marcado pelo individualismo, competia à Administração um papel negativo, cabendo-lhe exercer a sua autoridade apenas para evitar a perturbação da ordem pública e assegurar o exercício das liberdades. Em seguida, sinaliza que, com a acentuação das desigualdades entre os indivíduos, sobretudo por conta do abuso do poder econômico, avultou a feição intervencionista do Estado, compelindo o Poder Público a agir “em função do interesse público, para restringir e condicionar o exercício de direitos e liberdades por indivíduos, grupos ou classes”.

O autor ressalta, então, que o poder de polícia constitui o mecanismo primordial do Estado para disciplinar e conter os interesses individuais, sujeitando à ação coercitiva e ao controle estatais uma significativa parcela da iniciativa privada. Reconhecendo à Administração um papel “amplo e ativo na promoção do bem estar geral”. Caio Tácito fornece o seu conceito de poder de polícia nos seguintes termos: “conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”. E destaca que essa prerrogativa administrativa não é atentatória contra a legalidade, justamente pelo fato de que “é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade”.

Afora tais posicionamentos, merece registro a referência constante na obra de Hely Lopes Meirelles. Na primeira edição de seu “Direito Administrativo Brasileiro”, de 1964, no capítulo dedicado à “Interpretação do Direito Administrativo”, o autor indicava a necessidade de desenvolvimento de regras próprias para a interpretação e a aplicação desse ramo jurídico, que fossem consonantes às suas especificidades e se distinguissem da hermenêutica do Direito Privado. Sugere, então, o manejo de três pressupostos para tal finalidade: “1.º) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; 2.º) a presunção de legitimidade dos atos da Administração; 3.º) a necessidade de poderes discricionários para a Administração realizar seus fins”.

Ao explicar o primeiro deles, sustenta que se o Direito Privado se baseia na igualdade entre as partes que compõem a relação jurídica, o Direito Público assenta-se em princípio contrário: “o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais”. Reconhece essa desigualdade como fundamento para a outorga de privilégios e prerrogativas para a Administração Pública, que devem ser levados em conta pelo intérprete do Direito Administrativo. Defende, então, que “sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum”. Por referir-se a uma permanente prevalência do interesse da comunidade sobre o direito do indivíduo,

essa última passagem da obra de Hely Lopes Meirelles acabou ensejando graves confusões no que diz respeito à aplicação do princípio da supremacia do interesse público.

Em que pese a ocorrência de pontuais menções à noção de supremacia do interesse público sobre o privado, a elaboração teórica do princípio em questão, na forma como é conhecido contemporaneamente, só emerge no ano de 1967, quando Celso Antônio Bandeira de Mello publica na Revista de Direito Público o artigo intitulado “O conteúdo do regime jurídico-administrativo e o seu valor metodológico”. No estudo, o autor apontava, já na introdução, a carência de uma proposta científica ordenada e sistematizada que se debruçasse de modo detido e aprofundado à temática do regime jurídico-administrativo, explicitando os princípios e subprincípios norteadores da racionalidade do Direito Administrativo. Buscando iniciar o preenchimento dessa lacuna no corpo do conhecimento, Celso Antônio propõe-se a identificar os principais elementos que, naquele momento, presidiam esse ramo jurídico, como forma de lhe emprestar autonomia científica e conferir rigor metodológico ao seu estudo. Para tanto, e lastreado nas lições de Geraldo Ataliba, o administrativista assinala a urgência de se explicitar os componentes que outorgam sentido lógico ao Direito Administrativo, formando uma composição harmônica e coerente, capaz de ser reconhecida como um sistema.

Trata-se da posição segundo a qual todo saber científico deve desenvolver-se a partir de uma noção-base, a partir da qual se extraem desenvolvimentos lógicos aptos a formar um sistema integrado de conhecimentos. Segundo Luis de la Morena y de la Morena, na Matemática essa ideia-matriz é representada pelos números; na Biologia, pela célula; na Química, pelo átomo; e, no Direito Administrativo, pelo interesse público. Celso Antônio Bandeira de Mello não resume o núcleo deste capítulo do saber jurídico ao interesse público, ainda que lhe imprima destacada relevância: para o autor, a noção-chave capaz de explicar a racionalidade do Direito Administrativo é o complexo de normas peculiares que lhe regem e orientam a sua intelecção.

O regime jurídico-administrativo é, então, por ele erigido como categoria jurídica central desse sistema, retratando o “ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios e normas de direito administrativo”. Tal conjunto normativo, que daria identidade a essa disciplina jurídica e a peculiarizaria frente às demais, estaria caracterizado por duas “pedras angulares”: (i) o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; e (ii) o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Destaque-se que, ao propor a adoção de tais princípios como “pedras de toque” do regime jurídico-administrativo, o jurista já ressaltava, desde logo, “inexistir o propósito de lhes conferir valor absoluto. Logo, não se lhes dá um valor intrínseco, perene e imutável”.

(...)

Uma vez verificada a construção originária apresentada por Celso Antônio, releva notar que, ao identificar o regime jurídico-administrativo como uma categoria jurídica básica, que caracteriza a essência do Direito Administrativo, o autor já prenunciava a constitucionalização – e consequente democratização – desse ramo jurídico, ao expor a sua crença de que “o progresso do direito administrativo e a própria análise global de suas futuras tendências dependem, em grande parte, da identificação das idéias centrais que o norteiam na atualidade”, bem como “da metódica dedução de todos os princípios subordinados e subprincípios que descansam, originariamente, nas noções categoriais que presidem sua organicidade”.

Essa passagem do texto de Celso Antônio Bandeira de Mello, aparentemente despercebida ou ignorada pelos críticos da supremacia do interesse público, faz espargir a inafastável inferência de que: (i) ao propor a construção de um núcleo categorial do Direito Administrativo a partir de um feixe de princípios que lhe são inerentes, e (ii) apontando a pretensão de, a partir dessa sistematização, impulsionar o progresso desse ramo jurídico e influenciar as suas futuras tendências, (iii) o administrativista estava, na égide dos anos de chumbo e na contramão do

autoritarismo reinante no país, semeando o papel central dos princípios inerentes ao Direito Administrativo, muitos dos quais viriam a se constitucionalizar em 1988 com a “Constituição-cidadã”.⁴

A Constituição Federal vigente de 1988 é considerada o centro do ordenamento jurídico vigente, porquanto possui superioridade jurídica em relação às demais normas, em virtude de uma rigidez constitucional, haja vista que a Constituinte é considerada formal, escrita, analítica, dogmática, promulgada e rígida.

A aludida supremacia decorre da teoria celebrizada na Pirâmide de Kelsen, segundo a qual, “*o ordenamento jurídico não é, portanto, um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas*”.⁵

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶ oferece a seguinte lição: “*pela lógica, em razão da hierarquia das leis, a norma da Constituição deve prevalecer sobre a norma infraconstitucional. Em consequência, o juiz deve afastar a regra inferior contrária à Constituição e aplicar ao caso a regra da Lei Maior, norma superior*”.

O princípio da supremacia da Constituição estabelece que as normas constitucionais são superiores e prevalecem sobre as normas inferiores. Logo, qualquer que norma infringir os preceitos insertos na constituição violará o princípio da supremacia da constituição.

1.2 Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público

Em regra, as leis e os atos do poder público possuem presunção relativa (*iuris tantum*) de constitucionalidade, em decorrência da teoria da separação dos poderes, desenvolvida por Charles de Montesquieu, na obra o “O Espírito das Leis”.

Tal teoria se encontra concretizada no artigo 2º da Constituição, quando este prevê que

⁴ HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Dissertação mestrado, UFPR, Curitiba, 2011. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/handle/1884/26126>

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.103.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Savaira, 2007, p. 3

“os poderes devem ser harmônicos e independentes”, colaborando-se entre si e mantendo relações recíprocas auxiliando-se e corrigindo-se.

Sobre o tema, o atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, apresenta o seguinte entendimento, o qual transcreve-se *in verbis*:

a presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção *iuris tantum*, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente (...). Em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito: (a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade; (b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor”. Pelo princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, todo ato normativo - oriundo, em geral, do Poder Legislativo – presume-se constitucional até prova em contrário. Uma vez promulgada e sancionada uma lei, passa ela a desfrutar de presunção relativa (ou *iuris tantum*) de constitucionalidade.⁷

Portanto, as leis e os atos do poder público presumem-se constitucionais até pronunciamento em sentido contrário pelo órgão competente.

1.3 Princípio da interpretação conforme a constituição

Trata-se de espécie de mecanismo de controle próprio da fiscalização da constitucionalidade, de acordo com voto da lavra do ex. Ministro Moreira Alves, *ipsi litteris*:

(...) O princípio da interpretação conforme à constituição (VerfassungskonformeAuslegung) é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação.

"(...) Em face da natureza e das restrições da interpretação conforme à Constituição, tem-se que, ainda quando ela seja aplicável, o é dentro do âmbito da representação de inconstitucionalidade, não havendo que converter-se, para isso, essa representação em representação de interpretação, por serem instrumentos que têm finalidade diversa, procedimento diferente e eficácia distinta.⁸

Destarte, a interpretação conforme a constituição está intimamente ligada à

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 164 - 165.

⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rp 1417, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1987, DJ 15-04-1988 PP-08397 EMENT VOL-01497-01 PP-00072..

fiscalização judicial.

1.4 Princípio da unidade da constituição

J.J. Gomes Canotilho ensina que *“este princípio obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”*⁹.

Nesse sentido, já se pronunciou expressamente o Excelso Pretório ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2650/DF, quanto ao uso do referido postulado, *in verbis*:

O presente caso exige, para além de uma interpretação gramatical, uma interpretação sistemática da Constituição, tal que se leve em conta a sua integralidade e a sua harmonia, sempre em busca da máxima da unidade constitucional, de modo que a interpretação das normas constitucionais seja realizada de maneira a evitar contradições entre elas. Esse objetivo será alcançado mediante interpretação que extraia do termo “população diretamente interessada” o significado de que, para a hipótese de desmembramento, deve ser consultada, mediante plebiscito, toda a população do estado-membro ou do município, e não apenas a população da área a ser desmembrada¹⁰

Assim, não há falar-se em conflito, mas em conciliação entre as normas.

1.5 Princípio da máxima efetividade

De acordo com as lições de Paulo Mascarenhas, *“sendo a norma constitucional de ordem pública e de caráter imperativo, emanada que é da vontade popular, o intérprete deve lhe conferir o máximo de efetividade no momento de sua aplicação”*¹¹

Celso Ribeiro Bastos explica o aludido princípio como um *“reforço do postulado da*

⁹CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997. p.232.

¹⁰BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 2650/DF, Pleno, Re. Min. Dias Toffoli, v. u., j. 24/08/2011, DJe 17/11/2011.

¹¹MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional 2008 (Manual)**, p.26. Disponível em <http://www.paulomascarenhas.com.br/ManualdeDireitoConstitucional.pdf>. Acesso em 12 ago 13.

*unidade da Constituição. Não se pode esvaziar por completo o conteúdo de um artigo, qualquer que seja, pois isto representaria uma forma de violação da Constituição”.*¹²

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou ao afirmar que a concretização do preceito inserto no texto constitucional se revela como aplicação do princípio da máxima efetividade, *ipsi litteris*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, INSTITUÍDA PELO §4º DO ART.33 DA LEI 11.343/2006. FIGURA DO PEQUENO TRAFICANTE. PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). CONFLITO INTERTEMPORAL DE LEIS PENAIS. APLICAÇÃO AOS CONDENADOS SOB A VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (INCISO XL DO ART. 5º DA CARTA MAGNA). MÁXIMA EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO. RETROATIVIDADE ALUSIVA À NORMA JURÍDICO-POSITIVA. INEDITISMO DA MINORANTE. AUSÊNCIA DE CONTRAPOSIÇÃO À NORMAÇÃO ANTERIOR. COMBINAÇÃO DE LEIS. INOCORRÊNCIA. EMPATE NA VOTAÇÃO. DECISÃO MAIS FAVORÁVEL AO RECORRIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A regra constitucional de retroação da lei penal mais benéfica (inciso XL do art. 5º) é exigente de interpretação elástica ou tecnicamente “generosa”.

2. Para conferir o máximo de eficácia ao inciso XL do seu art. 5º, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada norma que se veicule por dispositivo embutido em qualquer diploma legal. Com o que a retroatividade benigna opera de pronto, não por mérito da lei em que inserida a regra penal mais favorável, porém por mérito da Constituição mesma. (...)¹³

1.6 Princípio da proibição do retrocesso social

A Constituição Federal brasileira de 1988, art. 3º, estabelece como objetivos fundamentais do Estado brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia ao desenvolvimento; a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; assegurando, inclusive, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Rodrigo Goldschmidt explica o princípio da proibição do retrocesso social como

¹²BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 176-177.

¹³BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL., RE 328812 ED/ AM, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, v. u., j. 06/03/2008, DJe 02/05/2008.

"critério objetivo com o qual é possível controlar a adequação e a correção da atividade restritiva dos direitos fundamentais"¹⁴, ou seja, a preservação da segurança jurídica de outros direitos já adquiridos pelo indivíduo.

Segundo Felipe Derbli, a principal característica desse princípio está na “*prevalência do caráter negativo de sua finalidade*”¹⁵. Logo, o axioma visa eliminar o direito fundamental social por meio de um efetivo controle de constitucionalidade.

1.7 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade surgiu em oposição ao sistema antidemocrático e está previsto arts.5º, II; 37; e 84, IV, da CF/88, assim como no art.4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

O princípio da legalidade busca coibir o poder arbitrário do Estado, porém deve ser utilizado de formas distintas para os particulares e para a administração pública, vejamos.

Segundo as lições de Hely Lopes Meirelles¹⁶:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

Alexandre de Moraes, por seu turno, apresenta as seguintes considerações sobre o

¹⁴GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais**. Revista Justiça do Direito, Passo Fundo, v.14, n.14, p.34, 2000.

¹⁵DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.202.

¹⁶MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p.89.

assunto:

Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.¹⁷

Assim tem se pronunciado tanto o STF quanto o STJ, in verbis:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REVERSÃO DE PROVIMENTO DERIVADO DE CARGO. LEI Nº 8.635/93. IMPOSSIBILIDADE. ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. OFENSA REFLEXA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 279. AGRAVO REGIMENTAL CUJA MINUTA ENCONTRA-SE EM DESCOMPASSO COM A REALIDADE PROCESSUAL E COM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO IMPUGNADA. INCIDÊNCIA DOS VERBETES Nºs 284 E 287 DA SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E INÉPCIA DO RECURSO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” (art. 102, III, § 3º, da CF). 2. Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, bem como os limites da coisa julgada, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a abertura da instância extraordinária. Precedentes: AI nº 804.854-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24/11/2010 e AI nº 756.336-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 22/10/2010. 3. In casu, o acórdão recorrido assentou (fl. 247): “APELAÇÃO. DESERÇÃO. ART. 18 DA LEI Nº 7.434/85. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 25, IV, “B”, DA LEI Nº 8.635/93. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. ART. 469, III, DO CPC. REVERSÃO. PROVIMENTO DERIVADO DE CARGO PÚBLICO. ART. 37, CAPUT, E INCISO II, DA CF. ILEGALIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. VEDAÇÃO QUANTO AO RECEBIMENTO DE VERBA HONORÁRIA.” 4. Entendimento contrário ao adotado pelo acórdão recorrido quanto ao direito da autora a percepção de pensão por incapacidade laborativa, bem como se houve ou não, o devido preenchimento dos requisitos legais, demandaria o necessário reexame da matéria fático-probatória, bem como da legislação local que o orientou (Lei Municipal nº 242 e Lei nº 8.213/91), o que inviabiliza o extraordinário, a teor dos Enunciados das Súmulas ns. 279 e 280 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” e “por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”. 5. Agravo regimental em cuja minuta é sustentada a tese de inexistência de direito adquirido do servidor militar à promoção na carreira. Controvérsia que não encontra ressonância na realidade deste processo, em que discutida a legalidade do ato administrativo de reversão de servidor público para cargo diverso naquele em que se deu aposentadoria ou que por ele era exercido no momento da invalidez. Evidente descompasso das razões do recurso com a realidade processual e com os fundamentos da decisão agravada. Incidência dos óbices previstos nos Verbetes nºs 284 e 287 da súmula da jurisprudência desta Corte e, por conseguinte, impõe-se a declaração de inépcia do recurso. Precedentes: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 688.942/SP, relator Ministro Luiz Fux, acórdão publicado em 05/09/2012, RE (AgR) nº 142.466-4/SP, relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 26.06.92, que exprimem, in verbis: “EMENTA: Agravo Regimental: fundamentação desfocada, dirigida contra decisão

¹⁷MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17 Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 294

ação popular (art. 5º, LXXIII), “*habeas data*” (art. 5º, LXXII), *suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa* (art. 37, § 4º) -, e para tanto a mesma Constituição impõe o *fornecimento de certidões* de atos da Administração, requeridas por qualquer pessoa, para defesa de direitos ou esclarecimento de situações (art. 5º, XX-XIV, “b”), os quais devem ser indicados no requerimento. Observe-se que a Constituição alude, genericamente, “as repartições públicas”, abrangendo, obviamente, as repartições da Administração *direta e indireta*, porque ambas são desmembramentos do serviço público e, como tais, têm o dever legal de informar o público sobre sua atuação funcional.

A publicidade, como princípio de administração pública (CF, art. 37, *caput*), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamento das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado, e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para os fins constitucionais.

(...)

Os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos como se expõem a invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade. E sem publicação não fluem os prazos para impugnação administrativa ou anulação judicial, quer o de decadência para impetração de mandado de segurança (120 dias da publicação), quer os de prescrição da ação cabível.²⁴

Constata-se que a publicidade está diretamente relacionada com o fato de dar ciência à coletividade sobre os atos que estão sendo executados pela Administração Pública.

1.11 Princípio da eficiência

Trata-se de postulado que foi inserido na CF/88 pela EC n.19/98, segundo o qual a Administração Pública deve “*buscar os melhores resultados por meio da aplicação da lei*”.²⁵

A administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que referido postulado deve ser analisado sob diferentes perspectivas:

“(...) o princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o

²⁴MEIRELLES. P. 88/90

²⁵MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo** / Alexandre Mazza. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.108

melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público”.²⁶

Antônio Carlos Cintra do Amaral esclarece que “o princípio da eficiência, contido no caput do art. 37 da Constituição, refere-se à noção de obrigações de meios. Ao dizer-se que o agente administrativo deve ser eficiente está-se dizendo que ele deve agir (...) com a ‘diligência do bom pai de família’”.²⁷

Hely Lopes Meirelles, ao avaliar tal princípio, coloca-o como a exigência de que “a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”. De acordo com o referido autor:

É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros²⁸.

Registre-se que a eficiência não se confunde com eficácia nem com efetividade, vejamos.

A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a idéia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes.

Por outro lado, a eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelo agente no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental.

Finalmente, a efetividade é voltada para resultados obtidos com ações administrativas; sobleva nesse aspecto a positividade dos objetivos.

Desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível admitir que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia ou efetividade.

De outro prisma, pode a conduta não ser muito eficiente, mas, em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade.

²⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas. 2001. P. 83 **apud** DANTAS, Rosalliny Pinheiro. **A importância do princípio da eficiência como princípio da Administração Pública em relação às agências reguladoras**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10703>. Acesso em ago 2013.

²⁷AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **O princípio da eficiência no direito administrativo**. Revista *Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho-agosto, 2002, Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em 12 ago 2013, p. 5.

²⁸MEIRELLES, P. 90

Até mesmo é possível admitir que condutas eficientes e eficazes acabem por não alcançar os resultados desejados; em consequência, serão despidas de efetividade.

1.12 Princípio do interesse público

Juarez Freitas assevera que “*o princípio do interesse público exige a simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais*”.²⁹.

Hely Lopes Meirelles, de sua parte, acredita que “*o princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade*”. De acordo com o referido doutrinador³⁰:

A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares.

Dele decorre o *princípio da indisponibilidade do interesse público*, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que, por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia.

Esse é o entendimento perfilhado no Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA FORMAÇÃO DE OFICIAIS. IDADE MÍNIMA. REGRA EDITALÍCIA. INTERPRETAÇÃO. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS NULIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A menos de dez dias de completar dezoito anos e já emancipado, o recorrente foi eliminado do concurso para oficial da polícia militar, com fundamento em cláusula do edital, porque não apresentava, na data de publicação, a idade mínima requerida no instrumento convocatório.

2. A Lei n. 9.784/1999, que esta Corte tem entendido aplicar-se aos Estados, como o Mato Grosso, que não dispõem de lei própria para disciplinar o processo administrativo, delinea, no seu artigo 2º, princípios a serem observados quando da execução dos procedimentos. Portanto, a atividade administrativa deve pautar-se, dentre outros, pelos princípios da razoabilidade, assim entendido como adequação entre meios e fins, e do interesse público, como vetor de orientação na interpretação de qualquer norma administrativa, inclusive editais.

²⁹FREITAS, Juarez. **O conteúdo dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36.

³⁰MEIRELLES, pp. 95

1. O ato que indeferiu a progressão funcional por merecimento do servidor, ora Recorrente, foi embasado no fato de que ele esteve à disposição do Poder Executivo por 02 (dois) anos consecutivos, enquadrando-se, portanto, no impedimento contido no inciso II do art. 4º do Decreto Judiciário n.º 190/2000.
2. O Decreto regulamentador não pode inovar na ordem jurídica, dispondo de modo contrário ao que determina a norma que lhe é hierarquicamente superior, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.
3. É o que ocorre, na hipótese, em que as condições definidas na Lei Estadual n.º 11.719/97 para a progressão funcional foram alteradas por ato normativo infralegal, qual seja, o Decreto Judiciário n.º 190/2000.
4. "Ao motivar o ato administrativo, a Administração ficou vinculada aos motivos ali expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tem aí aplicação a denominada teoria dos motivos determinantes, que preconiza a vinculação da Administração aos motivos ou pressupostos que serviram de fundamento ao ato. A motivação é que legitima e confere validade ao ato administrativo discricionário. Expostos os motivos, a validade do ato fica na dependência da efetiva existência do motivo. Presente e real o motivo, não poderá a Administração desconstituí-lo a seu capricho. Por outro lado, se inexistente o motivo declarado na formação do ato, o mesmo não tem vitalidade jurídica." (RMS 10.165/DF, 6.ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 04/03/2002).
5. No caso dos autos, não mais existindo o único fundamento em que se embasou o ato administrativo, em face da revogação do inciso II do art. 4º do Decreto n.º 190/2000, inexistente fato concreto que obste a progressão funcional do Impetrante, sendo nulo o ato impugnado, por falta de motivação.
6. Recurso ordinário conhecido e provido.

(RMS 19.013/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 03/11/2009)

Sobre o tema, vale relembrar a lição de Hely Lopes Meirelles, de acordo com a qual:

Pela motivação o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática. Claro está que em certos atos administrativos oriundos do poder discricionário a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público, que é pressuposto de toda atividade administrativa. Em outros atos administrativos, porém, que afetam o interesse individual do administrado, a motivação é obrigatória, para o exame de sua legalidade, finalidade e moralidade administrativa. A motivação é ainda obrigatória para assegurar a garantia da ampla defesa e do contraditório prevista no art. 5º, LV, da CF de 1988. Assim, sempre que for indispensável para o exercício da ampla defesa e do contraditório, a motivação será constitucionalmente obrigatória.

A motivação, portanto, deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda. Esses motivos afetam de tal maneira a eficácia do ato que sobre eles se edificou a denominada teoria dos motivos determinantes, delineada pelas decisões do Conselho de Estado da França e sistematizada por Jéze (v. cap. IV, item V).

Em conclusão, com a Constituição de 1988, consagrando o princípio da moralidade e ampliando o do acesso ao judiciário, a regra geral é a obrigatoriedade da motivação, para que a atuação ética do administrador dique demonstrada pela exposição dos motivos do ato e para garantir o próprio acesso ao Judiciário.³¹

³¹MEIRELLES, p.

Justifica-se a exposição de motivos para que se possa coibir eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade baseada na ausência de argumentos que possam prejudicar a *res publica* e violar os direitos fundamentais.

1.14 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Inúmeras são as definições doutrinárias defendendo a semelhança do “princípio” da proporcionalidade com o da razoabilidade. Todavia, os mais precavidos e estudiosos da matéria, a exemplo de Humberto Ávila e Ricardo Lobo Torres, defendem existência de diferenças peculiares em cada um desses institutos.

Luís Virgílio Afonso da Silva destaca que a *ordinariedade* em se confundir proporcionalidade e razoabilidade.

Luís Roberto Barroso, por exemplo, afirma que “é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira”.³²

Prima facie, denota-se que as mesmas teses científicas defendidas por Ávila e Luís Virgílio Afonso da Silva, em grande maioria se referem à classe, acolhendo os mesmos fundamentos de “divorcialidade”, entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Foi nos Estados Unidos da América que nasceu o “princípio” da razoabilidade, em razão do “*due process of Law*”, sendo a estrutura de sua Constituição o terreno fértil para sua sustentação.

O “princípio” da Proporcionalidade, por seu turno, tem seu alicerce e sustentação no direito europeu, especialmente nas arquiteturas Germânicas.

Denota-se, pois, que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, brotam como aparelhos inibidores dos exageros e agressões dos Estados. Doravante, os Estados passaram a

³²SILVA, Luís Virgílio Afonso Da. O Proporcional e o Razoável. Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50.

Nessa nova ordem, é perceptível que as sociedades visando estabelecer a paz e harmonia entre as civilizações, se unem em razão de uma vontade superior que direcione os acordos políticos e econômicos pela força decorrente do mínimo de respeito, de forma a proporcionar segurança jurídica capaz de levar ao crescimento de uma concepção do direito, por meio de seus princípios.

Registre-se, ainda, que a eficácia que ampara esses contratos decorre de um organismo dotado de força supraconstitucional.

Rodrigues esclarece que esse sistema supraconstitucional:

faz às vezes do poder constituinte porque cria uma ordem jurídica de cunho constitucional, na medida em que organiza a estrutura de cada um dos Estados que adere ao direito comunitário de viés supranacional por excelência, com a capacidade, inclusive, para submeter às diversas constituições nacionais ao seu poder supremo. Da mesma forma, e em segundo lugar, é supranacional, porque distingue do ordenamento positivo interno assim como do internacional.³³

Também existe a corrente que defende os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como instrumentos manipuladores do subjetivismo individualista de uma elite social, ocultando-se dos posicionamentos legais (positivismo) concordando em fazer justiça com os próprios conceitos de justiça. Em outras palavras, na realidade seria como fazer justiça para si mesmo, buscando uma comodidade individual.

Por essa razão, vários autores lançam tais princípios como meios de manutenção de uma sociedade sem leis, sem segurança jurídica, apadrinhando uma desconstrução da moderna democracia, posto que, poderia conduzir ao surgimento de um Estado anárquico, sem leis, comandado pela autoridade de império pensamentos que justificassem a justiça para alguns políticos.

Sem nenhuma obscuridade, pode-se afirmar que tais pensamentos, estão enraizados nas antigas idéias implantadas por Hans Kelsen: direito somente seria aquilo que proviesse do legislador ou que estivesse em lei.

Oportunas as lições do professor Lênio Streck:

“É por isso que venho sustentando – inclusive alterando posição professada há alguns anos atrás – que a proporcionalidade somente tem sentido se entendida como ‘garantia de equanimidade’. Ou seja, proporcionalidade – admitindo-se-a ad argumentandum tantum – não é (e não pode ser) sinônimo de equidade. Fora disso, o ‘princípio’ da proporcionalidade se torna um irmão siamês do livre convencimento, ambos os frutos do casamento do positivismo jurídico com a filosofia da

³³CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo.** DelRey. 17ª edição. p. 242.

consciência, com o que voltamos ao âmago do tema tratado nesta obra: pode o sujeito solipsista se manter em pleno giro ontológico-linguístico?"³⁴.

José dos Santos Carvalho Filho entende que *"razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa."*³⁵

Trata-se de princípio implícito a administração pública, no qual deve haver correspondência entre os fatos submetidos a apreciação e previsão legal.

Proveniente dos princípios da legalidade e da finalidade, o princípio da proporcionalidade surge como instrumento de controle de constitucionalidade com vistas a refrear excesso de poder eventualmente praticado pela Administração Pública.³⁶

³⁴STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 50-51

³⁵CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p.62.

³⁶RIBEIRO, Chrystian Machado. **Repercussão do princípio da proporcionalidade no âmbito da improbidade administrativa**. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.19, p.439-453, jul./dez., 2012. Disponível em <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1129/R%20DJ%20-%20Comentario%20constitucional%20-%20Chrystian.pdf?sequence=1> Acesso 13 ago 2013.

2.DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O estudo da evolução do controle judicial de atos administrativos, no ordenamento jurídico pátrio, permite-nos perceber a existência, em momentos históricos distintos, de dois sistemas (ou regimes) jurisdicionais, quais sejam, o da dualidade de jurisdição (de influência francesa) e o da jurisdição una, ou de unicidade de jurisdição de influência anglo-saxônica).

O primeiro regime, qual seja, o de dualidade de jurisdição, vigorou em nosso país à época do Império, tendo sido derogado pela Carta política de 1891.

Tal sistema de jurisdição, que trazia consigo a existência de um contencioso administrativo, pregava total independência entre autoridades judiciárias e autoridades administrativas, sendo, de fato, vedada a interferência de um na esfera de competência de outro.

O regime de dualidade de jurisdição deu lugar ao de unicidade, enquanto o Império deu lugar à República. Passou-se, a partir da Constituição Republicana, a adotar em solo brasileiro o regime de unicidade de jurisdição, a demonstrar claramente a preocupação do legislador em conferir monopólio da função jurisdicional às autoridades judiciárias.

De fato, o enfraquecimento do Executivo e fortalecimento do Judiciário pode ser percebido quando da leitura do texto constitucional de 1891, que mostra, nas palavras de Rui Barbosa, que:

A Constituição de 1891 (...) não se limitou apenas a dotar a magistratura do privilégio da vitaliciedade, mas, sobretudo, atribuiu aos juízes e tribunais judiciários competência para conhecerem e julgarem as ações movidas contra a União Federal e fundadas nas disposições da Constituição, das leis, dos regulamentos do Poder Executivo, ou nos contratos celebrados com o Estado.³⁷

O regime de jurisdição una é o mesmo adotado hodiernamente, tendo sofrido, contudo, pequenas alterações constitucionais, fruto da própria evolução do Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional nas Constituições subsequentes à de 1891.

Com efeito, é a partir da primeira Constituição Republicana que o ordenamento jurídico pátrio começará a tratar da possibilidade de controle de atos administrativos pelo Judiciário sob outro enfoque, influenciado não mais pelo modelo francês e sim pelo modelo

³⁷ARAGÃO, J. Guilherme. **A justiça Administrativa no Brasil**, Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública, 1955, p 22

anglo-saxônico.

A quebra da influência francesa e a adoção de uma linha teórica em conformidade com o pensamento anglo-saxônico podem ser notadas de forma mais nítida quando da implementação da Constituição de 1891, momento em que se instituiu o regime de dualidade de justiça (e não de jurisdição, esclareça-se), dividindo-a em Justiça dos Estados e Justiça Federal e conferindo a esta última a competência para dirimir questões antes afeitas apenas ao contencioso administrativo.

Apesar da abertura dada pela Carta Política de 1891 para a revisão de atos da Administração pelo Judiciário, sempre que estes acarretassem violação de direito individual, a própria lei ordinária fez questão de impor limites a tal revisão, o que aconteceu por meio da Lei no. 22, de novembro de 1894.

A referida lei, ao dispor sobre a organização judiciária, fixava em seu artigo 13 a extensão do controle do Judiciário sobre atos administrativos, explicitando que a possibilidade de revisão somente caberia quando da constatação de ilegalidade do ato da Administração³⁸.

Criam-se, desse modo, os preceitos jurídicos a partir dos quais se desenvolverá o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, assim como os parâmetros em que este será feito, sendo importante que atentemos para as diversas interpretações dadas por nossos doutrinadores durante a evolução constitucional do citado princípio.

A esse respeito, vemos em um primeiro momento, a defesa, por parte dos doutrinadores brasileiros, da limitação do controle judicial de atos administrativos, consoante as próprias disposições legais da época.

Nesse sentido, João Monteiro lecionava que “*somente os atos de administração e de governo atentatórios aos direitos individuais estão submetidos ao controle judiciário*”, no que era completado por Amaro Cavalcante, para quem “*os atos puramente políticos e discricionários do governo não deverão submeter-se à competência judiciária*”.³⁹

A concepção adotada no início do século XX perdurou por várias décadas, sendo

³⁸Aliado ao texto contido no artigo 13 mencionado, dispunha a Lei sobre duas restrições ao controle jurisdicional dos atos da Administração, quais sejam: (i) a impossibilidade de a autoridade judiciária apreciar o mérito e a oportunidade do ato administrativo; e (ii) a presunção de legalidade de ato administrativo emanado da faculdade do poder discricionário da Administração, ressalvados os casos de incompetência e excesso de poder (ARAGÃO, J. Guilherme. *A Justiça Administrativa no Brasil*, p. 23)

³⁹Amaro Cavalcante e João Monteiro foram membros integrantes da Comissão de Direito Público no “Congresso Jurídico Americano”, realizado no Rio de Janeiro em 1900. (ARAGÃO, J. Guilherme. **A Justiça Administrativa no Brasil**, p. 23/24)

numerosa a jurisprudência favorável à tese de que não cabia ao Judiciário o exame de mérito em casos de revisão de atos praticados pela Administração.

Cite-se, a esse respeito, acórdão datado de 1938 em que o Ministro Costa Manso afirma que:

A função dos Tribunais Judiciários é assegurar a aplicação da lei. Não lhes compete examinar sob o aspecto intrínseco, os atos legislativos ou administrativos para declará-los oportunos ou inoportunos, convenientes ou inconvenientes, justos ou injustos conforme a princípios científicos ou deles divorciados.⁴⁰

No mesmo sentido seguia a doutrina que, ao exaltar o amplo campo de análise aberto ao Poder Judiciário com a possibilidade deste rever decisões administrativas, ressaltava ser tal revisão limitada aos aspectos de legalidade daquelas, devendo o Judiciário cuidar para que a Administração agisse dentro dos parâmetros legais e sem abusos de poder.

À guisa de exemplo, Cretella Júnior, ao abordar o tópico em pauta, ensina que, a despeito de ser a autoridade judiciária plenamente competente para examinar a legalidade do ato administrativo, podendo investigá-lo (sob este aspecto) desde o seu nascimento até chegar, inclusive, à finalidade por ele visada, está proibido, o Judiciário, de entrar na indagação do mérito, estranha que é esta ao seu policiamento.⁴¹

Nota-se, contudo, uma gradativa mudança de postura tanto por parte da doutrina quanto da própria jurisprudência com relação ao ponto ora discutido, em especial com a evolução do tratamento constitucional do tema.

A alteração acima referida pode ser sentida em acórdão prolatado pelo Tribunal do Rio Grande do Sul, relatado pelo Desembargador Erasto Correia e que, a despeito de não representar corte radical à doutrina de revisão apenas da legalidade dos atos administrativos, já abre importante precedente para a possibilidade de apreciação plena do ato pelo Poder Judiciário. Diz o relator em seu voto:

Admitido o reexame da prova coligida na instância administrativa, cumpre atentar, porém, no alcance e na intensidade com que se poderá e deverá fazê-lo. Permitti-lo integral, absoluto, de tudo quanto se apurou no inquérito, será desprezar por imprestável formalidade que a própria Constituição teve como relevante.

...

Nem a apreciação ilimitada, que reduziria a apuração da falta em via administrativa a uma formalidade quase inócua, nem a redução do papel de juiz (...) à constatação da existência material do processo, do cumprimento de formalidades

⁴⁰Revista Forense, 78/495 apud COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**, p. 43)

⁴¹CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**, p. 336.

regulamentares, de ser competente a autoridade, de ter sido ouvido o funcionário, de se lhe ter assegurado ampla defesa,⁴²

Não tardou para que a supramencionada tendência, defendida tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, fosse efetivamente transformada em direito positivado, o que ocorreu quando a Constituição de 1946 incorporou, de forma explícita, o princípio da unidade de jurisdição, dispondo no parágrafo 4º do seu art.141 da impossibilidade de exclusão da autoridade judiciária todo e qualquer ato que viesse a lesionar direito individual.⁴³

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional continuou a evoluir até alcançar a forma que possui hoje, encontrando abrigo na Carta Magna brasileira de 1988 como garantia fundamental e apresentando a seguinte redação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Nesse sentido, ao omitir a supracitada norma legal a expressão “a direito individual”, presente nas Constituições anteriores, o legislador autorizou o Poder Judiciário a atuar em casos concernentes a direitos coletivos ou difusos.

Na mesma direção, percebe-se que aquele Poder não se encontra mais atrelado à solução de lides em que a lesão a algum direito já se encontra efetivada, sendo a ele permitido tutelar de forma preventiva qualquer “ameaça a direito”. Ou seja, o Judiciário pode ser chamado a se pronunciar sobre questões em que apenas há possibilidade de que certo direito seja atingido.

Para tanto, a atual Constituição Brasileira adotou o modelo tripartite, segundo o qual a cada um dos poderes é atribuído uma função típica e suas principais características são a independência, harmonia e indelegabilidade, nos termos do art.2º da CF.

A fim de que se possa concluir o entendimento atual no que concerne ao sistema de jurisdição una, em que subsiste o monopólio jurisdicional do poder Judiciário, ao mesmo tempo em que o relacionamos com o controle judicial de atos administrativos, cumpre trazer à baila o pensamento de Hely Lopes Meirelles, assaz pertinente à questão. Leciona o professor:

Os atos sujeitos a controle judicial são os administrativos em geral. No nosso sistema de jurisdição judicial única, consagrado pelo preceito constitucional de que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo (art. 5º, XXXV), a Justiça Ordinária tem a faculdade de julgar todo ato da administração praticado por agente de qualquer dos órgãos ou

⁴²Revista de Direito Administrativo, Volume I, p. 193-204 apud COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**, p. 45.

⁴³O texto trazido pelo parágrafo 4º do artigo 141 da CF de 1946 dispõe que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” e foi mantido pela Carta Política de 1967, que trazia o preceito no parágrafo terceiro do artigo 153.

Poderes de Estado.⁴⁴

Nada obstante, em decorrência do sistema ditatorial que antecedeu a Constituinte, os legisladores inseriram na atual Carta Magna a ideia de freios e contrapesos, na qual se admite que os outros poderes exerçam funções atípicas para que haja controle recíproco entre os poderes.

Com a promulgação da Constituinte de 1988, o controle de constitucionalidade dos atos normativos alcança patamar de maior complexidade, sendo reconhecida a omissão constitucional em várias espécies e gradações.

O maior problema na atualidade sobre admitir as técnicas de decisão em controle de constitucionalidade que foge ao binômio constitucionalidade/ inconstitucionalidade provavelmente trate-se de um subproduto das tentativas de restringir o âmbito de discricionariedade dos tribunais superiores, em relação ao dever constitucional de emprestar efetiva normativa aos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio de igualdade de direitos, prevendo, conforme expresso por Moraes⁴⁵ “a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais”, ou seja, todo cidadão possui o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

Assim, admite-se o controle jurisdicional dos atos administrativos como mecanismo apto a balizar o sistema de freios e contrapesos de modo a impedir que o administrador público extrapole a conveniência e oportunidade que lhe são facultados.

Para melhor compreensão do tema, oportuna a lição de Hely Lopes Meireles que define o ato administrativo como “*toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria*”.⁴⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua ato administrativo como

⁴⁴MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 648.No mesmo sentido, Pinto Ferreira afirma que “... nas bases da Constituição vigente, o Poder Judiciário é obrigado a efetivar o pedido de prestação jurisdicional requerida pelas partes de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição”. (in FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**, p. 142).

⁴⁵MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 31.

⁴⁶MEIRELLES, Hely Lopes, et al. 37^o.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 154.

declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.⁴⁷

Pela aplicação dos princípios da supremacia da constituição e do interesse público, à Administração Pública é atribuída algumas prerrogativas, a exemplo dos atributos dos atos administrativos, quais sejam: presunção de legitimidade, autoexecutoriedade e imperatividade.

No que concerne aos elementos ou requisitos em espécie do ato administrativo, deve-se atentar quanto à forma, finalidade, competência, motivo e objeto.

Nada obstante, o estudo do controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos administrativos impõe a diferenciação entre os atos vinculados e discricionários da Administração Pública, sobretudo, tendo-se como norte o princípio da separação dos poderes.

2.1 Vinculação e discricionariedade

Os atos administrativos apresentam classificação fundamental quanto ao regimento/regramento, destinatário, alcance/efeitos, objeto, formação/processo de elaboração.⁴⁸

No estudo do controle de constitucionalidade, é importante compreender o regramento na diferença entre o ato administrativo discricionário e vinculado.

Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, o ato administrativo discricionário é aquele no qual a lei facultou ao agente público algum subjetivismo quanto ao motivo e o objeto do ato.⁴⁹

⁴⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 389 **apud** SOUZA, Ivana Roberta Couto Reis de. **Elementos (requisitos ou pressupostos) do ato administrativo à luz da doutrina**. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 07 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42330&seo=1>>. Acesso em: 15 ago. 2013

⁴⁸ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo** / Márcio Fernando Elias Rosa. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 19), p.139

⁴⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 416

Hely Lopes Meireles, por seu turno, explica que no ato administrativo vinculado, a lei irá estabelecer quando e como a Administração Pública deve agir.⁵⁰

No mesmo sentido, o professor Florivaldo Dutra de Araújo afirma que "*a vinculação caracterizará dado aspecto do ato administrativo, sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a transparecer que, na consideração axiológica do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável*".⁵¹

Nesse contexto, merece destaque a lição de Lúcia Valle Figueiredo, citado por Rodrigo Macias de Oliveira, que afirma que não há correspondência perfeita entre o que seria discricionário e vinculado, uma vez que essa avaliação quanto ao regimento somente poderá ser feita a partir do caso concreto.⁵²

Destarte, a compreensão discricionariade técnica e conceitos jurídicos indeterminados passam a integrar o mecanismo de controle por ocasião da atuação discricionária da Administração Pública.

2.2 Discricionariade técnica

A discricionariade técnica deve ser entendida como a possibilidade de escolha fundada na qualificação técnica e científica, ou seja, "*a Administração Pública é obrigada a tomar uma decisão amparada em parecer técnico-profissional*".⁵³

Ao se manifestar sobre o tema, o jurista Eros Roberto Grau afirma que "*há decisões administrativas que supõem tal grau de especialização técnica que somente aquele que as toma, a partir da consideração de elementos altamente técnicos, as pode valorar*".⁵⁴

⁵⁰MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.171.

⁵¹ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 65.

⁵²FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p.172 apud OLIVEIRA, Rodrigo Macias de. **A Revisão Judicial das Decisões do Cade**. Belém: CEJUP, 2004.

⁵³MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo** / Alexandre Mazza. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.275.

⁵⁴GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.214

Observa-se, portanto, que a legislação limita o poder de escolha do administrador, haja vista que devem ser atendidos alguns critérios, sob pena de anulação do ato ante a existência do vício apontado.

2.3 Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados

Pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, caso o Poder Judiciário seja instado a se manifestar acerca de eventual incompatibilidade entre o ato administrativo e a Constituição não poderá evadir-se, devendo exercer o controle jurisdicional que lhe é exigido.

Conceito jurídico indeterminado, também conhecido como vago, fluído ou *standard*, é “um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”, de acordo com a definição dada por Karl Engisch.⁵⁵

Extrai-se da leitura que a terminologia é imprecisa e somente poderá ser apreciada diante de uma lide concreta, razão pela qual haveria uma discricionariedade limitada, já que o administrador está adstrito aos requisitos que vinculam o ato a ser executado.⁵⁶

2.4 Do desvio de poder

Em observância ao princípio da legalidade, a Administração Pública deve atuar em cumprimento ao disposto em lei. Todavia, nem sempre a finalidade dos atos administrativos é observada.

⁵⁵ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 5. ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1979, p.173 apud Modena, Ana Isabel; Silva, Alexandre A Bruno. **Hermenêutica Constitucional e os Direitos Fundamentais Sociais**. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009. p. 6431-6448.

⁵⁶OLIVEIRA, Rodrigo Macias de. **A Revisão Judicial das Decisões do Cade**. Belém: CEJUP, 2004. p.56.

O desvio de competência decorre do dissentimento no uso da competência para atingir finalidade diversa da proposta, qual seja, o bem comum, sendo dispensável a ocorrência de dolo.”⁵⁷

Conclui-se, portanto, que se trata de violação ao princípio da legalidade, razão pela qual se admite a intervenção do Poder Judiciário, se provocado, para invalidar os atos viciados por desvio de poder.

2.5 Limites ao controle judicial

Restou demonstrada a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no controle dos atos discricionários, porém não há entendimento pacífico no que tange a viabilidade e amplitude dessa verificação.

A doutrina clássica entende que ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos, sem qualquer exceção.

José dos Santos Carvalho Filho⁵⁸, ao abordar o tema, discorre sobre o controle jurisdicional no mérito do ato administrativo, in verbis:

O Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo. Como bem aponta SEABRA FAGUNDES, com apoio em RANELLETTI, se pudesse o juiz fazê-lo, faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes”. E está de todo acertado esse fundamento: se ao juiz cabe a função jurisdicional, na qual afere aspectos de legalidade, não se lhe pode permitir que proceda a um tipo de avaliação, peculiar à função administrativa e que, na verdade, decorre da própria lei.

O mesmo raciocínio é adotado por Diógenes Gasparini⁵⁹, Hely Lopes Meirelles⁶⁰ e Miguel Seabra Fagundes⁶¹.

⁵⁷MELLO, Celso Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Judicial**. São Paulo: Editora Malheiros, 2ª Ed., 2003, página 56.

⁵⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 115.

⁵⁹Segue o autor a dissertar “Limita-se o controle jurisprudencial, nos casos concretos, ao exame da legalidade do ato ou da atividade administrativa. Escapa-lhe, por conseguinte, o exame do mérito do ato ou atividade administrativa. Assim, os aspectos de conveniência e oportunidade não podem ser objeto desse controle. A autoridade jurisdicional pode dizer o que é legal ou ilegal, mas não o que é

Por ocasião do julgamento HC 82893/SP, o então Min. Cezar Peluso⁶² corroborou a tese defendida pela doutrina clássica, ao afirmar que os atos administrativos só estariam sujeitos ao controle jurisdicional da legalidade e constitucionalidade, de modo que não compete ao Poder Judiciário o julgamento do seu mérito (conveniência e oportunidade).

No mesmo sentido foi a decisão proferida nos autos do ARE 737.035 AgR/RN⁶³.

De outro giro, a doutrina moderna acredita que ao Poder Judiciário é conferida competência para controlar o mérito do ato administrativo, sem configurar hipótese de invasão de competência do Poder Executivo a fim de resguardar princípios da finalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, estatuídos na Constituição.

oportuno ou conveniente e o que inoportuno ou inconveniente." (In, **Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 782.)

⁶⁰Ao abordar a questão, Meireles afirma que "[...] nos atos vinculados, onde não há faculdade de opção do administrador, mas unicamente a possibilidade de verificação dos pressupostos de direito e de fato que condicionam o processus administrativo, não há que falar em mérito, visto que toda a atuação do Executivo se resume no atendimento das imposições legais. Em tais casos a conduta do administrador confunde-se com a do juiz na aplicação da lei, diversamente do que ocorre nos atos discricionários, em que, além dos elementos sempre vinculados (competência, finalidade e forma), outros existem (motivo e objeto), em relação aos quais a Administração decide livremente, e sem possibilidade de correção judicial, salvo quando seu proceder caracterizar excesso ou desvio de poder." (in MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171)

⁶¹Miguel Seabra Fagundes sustenta que "Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão. O mérito (...) compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo". (in **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, Ed. Saraiva, São Paulo, 6ª edição, 1984, págs. 126 a 128).

⁶²EMENTA: 1.EXPULSÃO. Estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes. Filha brasileira. Reconhecimento ulterior à expedição do Decreto de expulsão. Inexistência, ademais, dos requisitos simultâneos da guarda e da dependência econômica. Não ocorrência de causa impeditiva. HC denegado. Interpretação do art. 75, caput, inc. II, letra b, e § 1º, da Lei nº 6.815/90. A existência de filha brasileira só constitui causa impeditiva da expulsão de estrangeiro, quando sempre a teve sob sua guarda e dependência econômica, mas desde que a tenha reconhecido antes do fato que haja motivado a expedição do decreto expulsório. 2. EXPULSÃO. Estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes. Decreto presidencial. Existência de causa legal. Conveniência e oportunidade. Ato discricionário do Presidente da República. Sujeição a controle jurisdicional exclusivo da legalidade e constitucionalidade. É discricionário do Presidente da República, que lhe avalia a conveniência e oportunidade, o ato de expulsão, o qual, devendo ter causa legal, só está sujeito a controle jurisdicional da legalidade e constitucionalidade. (HC 82893, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2004, DJ 08-04-2005 PP-00007 EMENT VOL-02186-01 PP-00171 LEXSTF v. 27, n. 318, 2005, p. 345-353 RTJ VOL-00193-02 PP-00598)

⁶³Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Decisão judicial que designa delegado de polícia civil. Mérito administrativo. Impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário ante a ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Princípio da separação dos poderes. Precedentes. 4. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 737035 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 07/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 21-05-2013 PUBLIC 22-05-2013)

Nesse sentido, quando os demais Poderes se desprenderem dos alicerces constitucionais, violando direitos, seja do indivíduo, seja da coletividade, exsurge a possibilidade de ser exercido o controle judicial com o escopo de restaurar a situação de legitimidade e legalidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁴ advoga em prol da ideia de que o Poder Judiciário é competente para analisar os atos administrativos, sempre que haja violação aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Nesse sentido, cito o AI 800892 AgR⁶⁵, em decisão da lavra do Ministro Dias Toffoli:

O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. (...) De resto, é certo que o Tribunal de origem não divergiu da pacífica jurisprudência desta Corte no sentido de que não viola o princípio da separação dos poderes o controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade, o qual envolve a verificação da efetiva ocorrência dos pressupostos de fato e direito, podendo o Judiciário atuar, inclusive, nas questões atinentes à proporcionalidade e à razoabilidade

Igualmente, merece destaque a decisão proferida no RE 632.853/CE, no qual o Ministro Marco Aurélio reconheceu a existência da repercussão geral no que se refere “à possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o ato administrativo que profere avaliação de questões em concurso público”⁶⁶, ou seja, dentro da margem de liberdade discricionária.

⁶⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 640

⁶⁵EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência

⁶⁶REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONTROLE JUDICIAL DE QUESTÕES E CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DE PROVAS. A questão referente à possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o mérito das questões em concurso público possui relevância social e jurídica, ultrapassando os interesses subjetivos das partes. Repercussão geral reconhecida. (RE 632853 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 06/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2012 PUBLIC 02-03-2012)

(TJRO, Mandado de Segurança n.0003339-61.2012.8.22.0000, Rel. Des. Alexandre Miguel, J. 04/06/2012)⁶⁷

Nada obstante, a impetrante propôs MC 19.699/RO perante o STJ, objetivando concessão de liminar a fim de pudesse apresentar os exames médicos e participar das demais fases do concurso, o que foi deferido pelo juízo.

Nesse contexto, merece destaque a decisão exarada na medida cautelar, *in verbis*:

DECISÃO

1. Os autos dão conta de que Simone de Melo impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente da Comissão do XIX Concurso Público para Ingresso no Cargo de Juiz Substituto da Carreira da Magistratura do Estado de Rondônia, alegando a ilegalidade na correção da prova de sentença criminal da segunda fase do concurso (fl.42/62).

O relator deferiu a medida liminar para que a impetrante apresentasse os exames médicos e participasse das demais fases do concurso (fl. 317/319).

A final, o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia denegou a segurança, nos termos do acórdão assim ementado:

"MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA MAGISTRATURA. PROVA DE SENTENÇA. RECURSO ADMINISTRATIVO. JULGAMENTO. CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ORDEM DENEGADA.

Em concurso público, a regra do julgamento de recurso em sessão pública não se aplica quando o recurso interposto não contiver previsão legal, notadamente justificadas as razões de sua análise em sessão fechada e ausente qualquer prejuízo ao candidato.

Os critérios adotados pela banca na análise das respostas, principalmente em prova de sentença, de cunho eminentemente subjetivo, não podem ser revistos pelo Judiciário, simplesmente porque feriria o próprio princípio da isonomia, ao utilizar seus próprios critérios para atribuir uma nota a candidato, diferentemente dos critérios que foram utilizados aos demais.

O princípio da isonomia não resta violado quando outros candidatos obtiveram a majoração de suas notas, por ocasião da revisão das provas, e não mero arredondamento, de todo incabível, ante a vedação dessa possibilidade no edital.

Não se constatando qualquer ilegalidade nos critérios de avaliação da banca examinadora do certame, não cabe ao Poder Judiciário, a revisão do acerto ou desacerto das respostas dadas pela candidata.

Ordem denegada, ante a inexistência de ofensa a direito líquido e certo. "(fl. 368/369).

Simone de Melo interpôs, então, recurso ordinário em mandado de segurança (fl. 401/442), e ajuizou a presente medida cautelar a fim de participar do curso de formação e de garantir vaga para a nomeação (fl 01/35).

A teor da inicial:

⁶⁷BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA. Mandado de Segurança n. 0003339-61.2012.8.22.0000, Porto Velho, RO, 04 de junho de 2012.

"O fumus boni iuris está consubstanciado na possibilidade de êxito no recurso ordinário interposto pela requerente, pois, essa Colenda Corte consolidou o entendimento de ser possível a intervenção judicial em concurso público quando demonstrada ilegalidade no procedimento ou na correção da prova, ou seja, quando não garantido o respeito do Poder Público aos direitos subjetivos do candidato.

Ao contrário do que entendeu o Egrégio TJRO, por maioria de votos, no caso dos autos não se trata de rever os critérios de correção de prova estabelecidos pela Banca Examinadora.

A Requerente não demonstrou nenhum inconformismo com o caso concreto formulado para elaboração da sentença criminal, nem com o gabarito da referida prova.

O objetivo almejado não se prende à análise do mérito dos critérios estabelecidos pela Banca Examinadora, mas sim, nas ilegalidades praticadas, as quais foram delimitadas nos seguintes pontos:

- a) inobservância do edital e Resolução n. 75 do CNJ;*
- b) violação do princípio da isonomia na correção da prova de sentença criminal e/ou no julgamento do respectivo recurso administrativo;*
- c) ausência de adequada subsunção do conteúdo apresentado na prova de sentença criminal ao gabarito divulgado pela Banca Examinadora;*
- d) ausência de pontuação de requisito essencial da sentença, o qual serviu de fundamento válido para que a Banca anulasse nove sentenças criminais" (fl. 10/11).*

"O perigo de dano, conforme narrado, se evidencia pela convocação iminente para participação no Curso de Formação, fase eliminatória do certame, sem a qual, a Requerente, mesmo que obtenha êxito no recurso ordinário aviado, ficará impedida de tomar posse no cargo.

Ademais, a não participação da Requerente na próxima fase, permitirá que outro candidato, com nota inferior, ocupe sua vaga, restando esvaziado o provimento futuro do recurso" (fl.29).

2. Os requisitos da medida liminar estão presentes na espécie.

O *fumus boni iuris* se evidencia a partir dos seguintes trechos da petição inicial desta medida cautelar:

"O ato da Comissão de promover 'nova correção da sentença' violou o tratamento igualitário que deve ser dispensado a todos os candidatos de concurso público. A prova objeto destes autos foi corrigida por pessoas diferentes das dos demais candidatos, e, ainda, a Comissão utilizou critérios distintos do examinador da PUCPR, pois, diferente do tratamento dispensado pelo examinador da PUCPR, acima demonstrado, em 4 folhas (fl.152-155), promoveu divisão específica de itens e subitens, com pontuação em décimos, centésimos e até milésimos, fato que não ocorreu com a correção das provas dos demais candidatos. Basta uma simples comparação entre a correção acima demonstrada e a efetivada pela Comissão (fl. 152-155), para constatar a flagrante diferença de critérios para correção de provas de sentença criminal.

Enquanto os demais candidatos foram avaliados, repita-se, sem qualquer identificação, na forma exigida no § 2º do art. 32 do Edital n. 001/2010, e, ainda, de forma singela, por um único

examinador da PUCPR, a Requerente, depois de identificada, foi avaliada por nove membros da Comissão neste Estado, ou seja, dois Desembargadores, seis juízes e um membro da OAB/RO" (fl.15).

Já o *periculum in mora* resulta do fato de que, se a Requerente não participar do Curso de Formação, o mandado de segurança perderá seu objeto.

Defiro, por isso, o pedido para que, até o julgamento do recurso ordinário, a Requerente participe do Curso de Formação e para que, se aprovada, se lhe reserve vaga para a nomeação acaso o direito postulado seja a final reconhecido.

Comunique-se, com urgência.

Intimem-se.

Brasília, 30 de julho de 2012.

MINISTRO ARI PARGENDLER

Presidente

(STJ, MC 19.699/RO, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 30/07/2012, DJe 02/08/2012).⁶⁸

Simultaneamente, a interessada interpôs o RMS 39.102/RO defendendo, em suma, a inobservância dos princípios constitucionais da legalidade e da isonomia na correção da prova de sentença criminal por ocasião do julgamento de recurso para ingresso no XIX Concurso Público para Ingresso no Cargo de Juiz Substituto da Carreira da Magistratura do Estado de Rondônia.

Nesse sentido:

CONCURSO PÚBLICO. CORREÇÃO DE PROVA. ANONIMATO.

A atribuição de notas em concurso público constitui responsabilidade da respectiva comissão, e está fora do controle judicial; no entanto, o procedimento da comissão de concurso está sujeito ao crivo judicial sempre que contrarie as regras do edital.

Espécie em que, prevista no edital a regra do anonimato para a correção da prova, a comissão de concurso julgou recurso administrativo, identificando aquele que o interpôs.

Recurso ordinário provido.

(STJ, RMS 39.102/RO, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 25/03/2013).⁶⁹

Feitas essas considerações, passa-se ao exame do caso eleito para estudo.

⁶⁸BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar n.19.699/RO, da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 30 de julho de 2012.

⁶⁹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 39.102/RO, da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2013.

Resta incontroversa a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários no que se refere a sua legalidade e a sua legitimidade.

Segundo o princípio da legalidade estrita – art.37, *caput* da Constituição Federal – a Administração está, em toda a sua atividade, adstrita aos ditames da lei, não podendo dar interpretação extensiva ou restritiva, se a norma assim não dispuser.

Entretanto, diante da existência de um Estado Democrático de Direito, não há falar-se em aplicação estrita da lei, mas sim em obediência a aplicação do direito e preceitos jurídicos insertos na legislação.

Conforme exposto anteriormente, por ocasião do julgamento ocorrido em 04/06/2012, restou denegada a ordem, vencidos os desembargadores Gilberto Barbosa e Valter De Oliveira, bem como os Juízes convocados Francisco Borges Ferreira Neto e Francisco Prestello de Vasconcellos

Após a simples leitura do aresto do Mandado de Segurança n. 0003339-61.2012.8.22.0000, *merece destaque* o brilhante *voto* proferido pelo Des. Gilberto Barbosa Batista dos Santos do egrégio TJRO que teceu importantes considerações acerca do tema objeto do presente trabalho:

Ouvi, atento à manifestação do Ministério Público e ao bem lançado voto do e. Des. Alexandre Miguel, bem como analisei os memoriais e documentos repassados, razão pela qual me sinto em condições de votar.

Com efeito, ao Poder Judiciário, é vedado substituir-se aos membros da comissão examinadora na avaliação do mérito das questões (objetivas ou subjetivas) e das provas discursivas de sentença (cível ou penal) de concurso público, o que tem sido ratificado pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 268.244, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ 30.6.2000; MS nº 21.176, Rel. Min. Aldir Passarinho, Plenário, DJ 20.3.1992; RE nº 434.708, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 9.9.2005).

Neste sentido, ainda:

CNJ - A atuação do Conselho Nacional de Justiça, em relação à avaliação dos critérios, questões, correções e ponderações de provas e títulos em concursos públicos para o ingresso na Magistratura, deve seguir o caminho já definido em relação à reavaliação jurisdicional dos diversos concursos para ingresso na carreira pública, ou seja, o caminho da impossibilidade de ingerência na valoração dos critérios adotados para a avaliação e seja na definição das questões a serem propostas, seja na definição dos métodos de correção e consagrando-se, porém, a plena possibilidade da revisão judicial para garantir a efetividade, principalmente, dos princípios da razoabilidade, igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade e a salvaguarda dos direitos individuais (PCA 318, Rel. Cons. Alexandre de Moraes, 35ª Sessão e j. 27.02.2007 e DJU de 09.03.2007).

CNJ - Concurso Público. Questões de prova dissertativa. Análise de mérito. Ausência de recurso. Inadmissibilidade. e Ao Conselho Nacional de Justiça, no caso, não cabe substituir o Órgão de origem em suas atribuições próprias e delimitadas pelo edital do concurso que, além de reger a matéria, vincula tanto os candidatos

quanto a Administração. No que tange à matéria, a jurisprudência majoritária dos tribunais superiores é no sentido de que somente nos casos de flagrante erro material, perceptível de plano, pode-se declarar nula questão de prova objetiva, sob pena de invadir-se a competência administrativa dos Tribunais e substituir-se à banca examinadora (CNJ *ç* PCA 327 *ç* Rel. Cons. Ruth Lies Scholte Carvalho *ç* 35ª Sessão *ç* j. 27.02.2007 *ç* DJU 09.03.2007).

Isso, entretanto, não é absoluto, haja vista que a constatação de erro ou vício ao primeiro golpe de vista, conforme retratado nos precedentes do CNJ traduz-se na possibilidade do magistrado coibir o abuso ou a arbitrariedade, ordenando, pois a adoção de providências necessárias para *ç*garantir a efetividade, principalmente, dos princípios da razoabilidade, igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade e a salvaguarda dos direitos individuais*ç*.

In casu, com as vênias ao entendimento contrário, verifico que a matéria trazida a baila admite o controle jurisdicional, porquanto, em grande parte, não se está a cuidar de revisão dos critérios de correção estabelecidos pela banca examinadora, mas, sim, de ocorrência, ou não, de erro material quanto à supressão de erros apontados na prova de sentença penal e do respectivo aumento da nota atribuída.

É que, a toda evidência, não se pode fechar os olhos para as situações de manifesto erro na correção de prova discursiva, erros esses passíveis de comprometer a aprovação do candidato, o que mostra não se cuidar, nesses casos, de o Judiciário imiscuir-se indevidamente no âmbito de discricionariedade da banca examinadora, mas, em real, de proteger a esfera jurídica do examinando.

É como dizer, havendo controvérsia entre a situação facilmente identificável (ilegalidade, desarrazoabilidade e desproporcionalidade do apontado ato administrativo) e a pretensão de direito subjetivo lesado a apurar, torna-se perfeitamente cabível o acesso à jurisdição (Carta Magna, art. 5º, XXXV).

Na espécie, tem-se que a impetrante dirigiu recurso administrativo à banca examinadora, a qual, após reconhecer a inexistência de dezessete erros apontados em sua prova (dos 27 antes apontados) submeteu o parecer à Comissão do Concurso, que elevou a sua nota de 4,5 para 5,8, enquanto outros onze candidatos obtiveram a nota elevada de 4,5 para 6,0 – Bruno dos Anjos, Bruno Rua Baptista, Eugênia Amábilis Gregorius, Fabiano Lúcio Graças Costa, Fabrízio Amorim de Menezes, Fernando Augusto Chacha de Rezende, Kellen Barbosa da Costa, Luis Delfino César Júnior, Rafael Lopes Lorenzoni, Suara Lúcia Otto Barbosza de Oliveira e Wesley Marques Branquinho.

Não fosse o suficiente, outro candidato (GleucivalZeed Estevão) saltou espetacularmente do conceito 3,5 para 6,0. Portanto, quase o dobro da nota que inicialmente lhe foi conferida pela mesma Comissão Examinadora.

E mais, à exceção da impetrante, nenhum dos citados, absolutamente nenhum, teve a nota fracionada em décimo, todos saltaram para os seis pontos necessários para a aprovação nesta fase do certame. Essa postura, com penhoradas vênias, caracteriza marcado descompasso com a isonomia no critério utilizado para reavaliação da prova à luz dos recursos administrativos analisados.

Não posso olvidar, ainda, que a impetrante trouxe prova pré-constituída de que outros candidatos, após singela fundamentação e análise de seus recursos, obtiveram a nota mínima necessária, enquanto a Comissão, no seu caso, realizou minuciosa revisão da sentença para, após afastar 17 erros que lhes foram equivocadamente imputados, obstar sua aprovação por ínfimos dois décimos de ponto. Isto, convenha-se, macula, sobremaneira, o princípio da razoabilidade.

Destarte, a intervenção jurisdicional se fez necessária no julgamento do RMS 39.102/RO em virtude da flagrante ilegalidade no procedimento adotado pela banca examinadora do certame, representado na pessoa do Presidente da Comissão responsável pelo concurso, porquanto houve violação a preceito constitucional da legalidade e isonomia.

O edital de concurso público vincula tanto a Administração Pública quanto os candidatos, acarretando o dever de estrita observância das regras nele estabelecidas como forma de garantir a necessária segurança jurídica e dar concreção aos princípios regentes da Administração Pública.

Ao abordar o tema, o Superior Tribunal de Justiça defende que caso haja tratamento desigual entre os candidatos submetidos ao mesmo certame quanto ao critério de correção utilizado pela banca, deve o Poder Judiciário tutelar os interesses daquele que vier a buscá-lo, merecendo destaque o RMS n. 15.836/ES da relatoria da Min. Laurita Vaz, *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA A MAGISTRATURA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. VEDAÇÃO EDITALÍCIA DE REVISÃO OU ARREDONDAMENTO DE NOTA. DEFERIMENTO DE PEDIDO DE REVISÃO DE PROVA A OUTROS DOIS CANDIDATOS. INDEFERIMENTO DE ARREDONDAMENTO DE NOTA FINAL DA IMPETRANTE. TRATAMENTO DESIGUAL. MALFERIMENTO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. A Recorrente teve seu pedido de arredondamento da nota final (5,46 para 6,00) indeferido, por haver vedação expressa no Edital; dois outros candidatos, no mesmo certame, lograram obter nova pontuação por meio de revisão da correção de suas provas, hipótese igualmente vedada pelo Edital, o que lhes permitiram prosseguir no concurso. Evidência de tratamento desigual entre os candidatos, malferindo o princípio da isonomia.

2. Ressalte-se que, via de regra, não cabe ao Poder Judiciário a intervenção nos critérios de avaliação dos candidatos aos concursos públicos. Contudo, em casos como o dos presentes autos, não se pode fechar as portas da Justiça, permitindo flagrante discriminação entre os candidatos. Se, contrariando o Edital do concurso, admitiu o Tribunal a quo rever a avaliação de dois candidatos para conceder-lhes acréscimos em suas notas (para um, de 4,7 para 5,0; e, para outro, de 5,0 para 6,0), não vejo razão para negar a ora Recorrente o arredondamento de sua nota final de 5,46 para 6,00.

3. Recurso ordinário provido. (RMS nº 15836/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 10.02.2004).⁷³

A situação retratada nos autos supra-referenciados é a mesma descrita no RMS 39.102/RO, uma vez que foi atribuído tratamento diferenciado quanto ao critério de correção utilizado pela banca na correção de sua sentença penal.

⁷³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 15836/ES, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2004.

Não se discute que a correção seja ato discricionário, porém trata-se de discricionariedade limitada ante a previsão de critérios objetivos previstos no edital do concurso.

Registre-se, que não se trata de substituição à referida banca para reexaminar o conteúdo das questões formuladas ou os critérios de correção das provas, mas tão somente verificação da legalidade no certame.

Como bem explanado pelo Ministro Ari Pargendler, o recurso tem por objeto “*saber se o Judiciário pode, depois de comprovado o erro material na correção de uma prova (erro este resultante da troca de uma prova por outra), reparar o dano decorrente do tratamento desigual dado a um dos participantes do processo seletivo.*”

Observa-se, portanto, que é permitido ao Poder Judiciário, se acionado, exercer controle posterior de constitucionalidade do mérito do ato administrativo discricionário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade de controle jurisdicional de atos administrativos discricionários, a partir da perspectiva dos princípios constitucionais que conformam tais atos tende a crescer em importância, na medida em que, de modo cada vez mais constante, passa-se a recorrer ao Poder Judiciário para atendimento jurisdicional que ultrapassa o campo meramente formal de decisões administrativas antes tidas como inatingíveis pelo Poder Judiciário.

Tal fenômeno pôde ser observado no âmbito do estudo ora apresentado, não apenas pelo caso que deu título a esta monografia, mas igualmente pelo número significativo de precedentes judiciais nas mais altas cortes brasileiras, a darem conta de notável aumento na procura pelo auxílio judicial, mesmo em questões que abarcam o próprio cerne da decisão administrativa.

A esse respeito, a discussão doutrinária atinente à possibilidade de inferência do Poder Judiciário em decisões administrativas discricionárias remete a uma gama de princípios constitucionais que balizam o entendimento daqueles estudiosos que sobre o tema discorrem.

Nesse sentido, o estudo apresentado no presente trabalho conclui que é permitido ao Poder Judiciário o controle dos atos administrativos discricionários, nas hipóteses de flagrante violação a tais princípios constitucionais.

Em que pese a divergência doutrinária sobre o tema, os argumentos apresentados pela doutrina moderna devem prevalecer, uma vez que a Constituição se propõe a resguardar os interesses individuais e coletivos com vistas a evitar que se cometam ilegalidades pela Administração Pública no exercício de suas funções.

Não se trata de substituir os critérios previamente fixados, mas sim averiguar se os atos estão sendo praticados pelo administrador público com o devido respeito aos preceitos jurídicos que devem conformar as suas decisões, mesmo aquelas discricionárias.

Ressalte-se, de todo modo, que a importância do debate sobre qual controle jurisdicional é mais adequado para as decisões administrativas discricionárias não se restringe a essa ou aquela solução encontrada, cumprindo a problematização do tema o importante papel de fortalecer o estudo de área do direito que ainda passa por um período de construção e sedimentação em nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALVES, Felipe Dalenogare. **O Controle Jurisdicional do Mérito do Ato Administrativo frente aos Princípios Constitucionais**. Orbis: Revista Científica do Curso de Direito da Faculdade Cesrei. v.2. n.1, 2011.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **O princípio da eficiência no direito administrativo**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho-agosto, 2002.

ARAGÃO, J. Guilherme de. **A Justiça Administrativa no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1955.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BRANDÃO, Antônio José. **Moralidade Administrativa**, in RDA 25/454.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rp 1417, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1987, DJ 15-04-1988 PP-08397 EMENT VOL-01497-01 PP-00072.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 328812 ED/ AM, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, v. u., j. 06/03/2008, DJe 02/05/2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 2650/DF, Pleno, Re. Min. Dias Toffoli, v. u., j. 24/08/2011, DJe 17/11/2011.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 15836/ES, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 10 de

fevereiro de 2004.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Medida Cautelar n.19.699/RO, da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 30 de julho de 2012.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 39.102/RO, da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 19 de março de 2013.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento Nº 70054774799, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 23/05/2013.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA. Mandado de Segurança n. 0003339-61.2012.8.22.0000, Porto Velho, RO, 04 de junho de 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Manual de Direito Administrativo**, 24. ed. Rio de Janeiro: LúmenJuris, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição; direito constitucional positivo**. 17. ed. rev. atual. eampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São. Paulo: Saraiva, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

DANTAS, Rosalliny Pinheiro. **A importância do princípio da eficiência como princípio da Administração Pública em relação às agências reguladoras.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011.

DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Tradução de J. Baptista Machado. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário,** Ed. Saraiva, São Paulo, 6ª edição, 1984.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira.** São Paulo: Saraiva, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 1995.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais.** *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v.14, n.14, p.34, 2000.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional 2008** (Manual).

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo / AlexandreMazza**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionarieade e Controle Judicial**. São Paulo: Editora Malheiros, 2ª Ed., 2003.

_____. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MODENA, Ana Isabel; SILVA, Alexandre A Bruno. **Hermenêutica Constitucional e os Direitos Fundamentais Sociais**. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009. p. 6431-6448.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17 Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Rodrigo Macias de. **A Revisão Judicial das Decisões do Cade**. Belém: CEJUP, 2004.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo** / Márcio Fernando Elias Rosa. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 19).

RIBEIRO, Chrystian Machado. **Repercussão do princípio da proporcionalidade no âmbito da improbidade administrativa**. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.19, p.439-453, jul./dez., 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais. São Paulo. v.798. p.23-50. abr. 2002.

SOUZA, Ivana Roberta Couto Reis de. **Elementos (requisitos ou pressupostos) do ato administrativo à luz da doutrina**. Conteúdo Jurídico, Brasília: 07 mar. 2013.

STRECK, LênioLuiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VIEGAS, Carlos Athayde Valadares; RABELO, Cesar Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **O controle judicial dos atos administrativos discricionários**. In: ÂmbitoJurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011.