

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

STEEFENE FANTONI

**O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: A
IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO**

SÃO MATEUS

2019

STEEFENE FANTONI

**O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: A
IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado do Curso de Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora Prof^a Msc Rosana Júlia Binda.

SÃO MATEUS

2019

STEEFENE FANTONI

**O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: A
IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

**PROF^a. ROSANA JÚLIA BINDA
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADORA**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

SÃO MATEUS

2019

Dedico este trabalho a meu melhor amigo, meu amor, Cesar Augusto Pires do Amaral, por suportar tanto tempo com a minha ausência, pelo apoio incentivo para que eu buscasse a minha realização pessoal. Agradeço por existir em minha vida e mostrar-me que a liberdade está nos estudos. "Liberte-se estudando". (Steefene Fantoni)

AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, que sempre me conduziu com as devidas lições de amor, fraternidade e compaixão, hoje e sempre.

Ao meu pai, Nelson Fantoni, que sempre foi a melhor referência que tive na vida. Sempre me ensinando o caminho da honestidade.

A minha mãe Edmarina Rodrigues da Silva e meu padrasto Geraldo Alves da Rodrigues, por terem sido pessoas especiais que formaram a base mais sólida que eu pude ter no início da minha caminhada.

A minha irmã Jennyfer Fantoni e meu cunhado Everton Círiolo Dias, por sempre terem me apoiado nesta longa caminhada.

Aos meus sobrinhos Daniel Fantoni e Gabriel Fantoni que cresceram caminhando acompanhando cada passo que dei por mim. Obrigada! Todo meu esforço é para ser referência para vocês.

A minha amiga Laudiane Família, presente de Deus, que veio para somar e acompanhou cada passo que eu dei sempre me incentivou e auxiliou.

A minha querida e amada filha Marina Fantoni Pires do Amaral, que iniciou esta caminhada junto comigo com apenas 4 meses de vida e hoje com 5 anos já consegue compreender a minha ausência, na busca incessante em busca de conhecimento e poder proporcionar a ela e as novas gerações um país melhor e na medida do possível, mais justo.

Agradeço aos meus colegas de sala, que de forma direta ou indireta, me auxiliaram na realização desse sonho. É impossível não lembrar do brilho nos olhos de cada um logo no primeiro dia de aula, todos com vontade de fazer a diferença. Hoje, terminamos o curso com a mesma vontade que entramos, porém com uma bagagem enorme de conhecimento e sabedoria.

A minha prezada e querida orientadora Professora Rosana Júlia Binda, pela dedicação, compreensão e amizade.

Obrigada a todos!

“As pessoas se convencem de que a sorte me ajudou. Mas plantei cada semente que meu coração desejou. (...)”

Roupa Nova

RESUMO

O presente trabalho se arvora em apresentar um tema de notória relevância na seara do Direito Administrativo. O ordenamento jurídico brasileiro é carente de um Código Administrativo, ou seja, o Direito Administrativo depende da provocação legislativa, como por exemplo leis que regulamentam licitações, serviços públicos, processo administrativo, intervenção na propriedade, servidores públicos, concessões e etc. Aliado a isso, o Direito Administrativo sucede à jurisprudência, notadamente, dos tribunais superiores, que tem relativizado vários direitos. A Doutrina do Direito Administrativo tem enfatizado fenômenos de como a juridicidade tem prevalecido sobre a legalidade estrita em certos casos, em decorrência da observância de certos princípios. Tem-se assim um Direito Administrativo demonstrando por uma lado uma democracia participativa, provocando uma mudança da atividade administrativa sem a participação do particular, para, na qual, tanto a Administração, quanto o cidadão que é o primeiro, último e principal destinatário da atividade Estatal devendo compartilhar ideias para o bem de todos, o que não somente cumpre uma lógica sistêmica, mas ao fim e ao cabo, realiza Direitos Fundamentais de participação, de índole constitucional relacionados à dignidade humana, sobretudo com a implementação das políticas públicas, mas, sendo realizado através de fatores externos resultando na insegurança jurídica, tendo em vista o ingresso do Poder Judiciário no mérito dos atos discricionários. Para tanto, a metodologia empregada é a pesquisa bibliográfica, sendo pautada nos doutrinadores de renome no ordenamento jurídico brasileiro, bem como nas decisões do Pretório Excelso. O objetivo deste trabalho é analisar de forma ampla a adjudicação e a implementação das políticas públicas no país, através dos atos administrativos discricionários.

Palavras-chave: Ato administrativo; Discricionariedade; Controle; Poder Judiciário; Política Pública.

ABSTRACT

This paper is presented in a relevant notification theme in the Administrative Law Area. The Brazilian legal system is responsible for an Administrative Code, that is, the Administrative Law depends on the legislative provocation, as for example laws that regulate the licenses, public services, administrative processes, interventions in the property, civil servants, concessions and so on. the Administrative Law granted to the jurisprudence, notably, of the superior courts, that has several copyrights. The Doctrine of Administrative Law has emphasized the effects of legality on strict legality in certain cases arising from compliance with certain requirements. It has a demonstrative administrative right, on the one hand a participatory democracy, causing a change of administrative activity without specific participation, for which, both the administration, and the citizen who is the first, the last and the main recipient of the State activity must share ideas for the good of all, or that not only follow a systemic logic, but ultimately realize Fundamental Rights of Participation, constitutional law related to human dignity, especially with the implementation of public policies, but, being realized through external factors, resulting in legal insecurity, in view of or admission to the judiciary on the merits of the discrepant acts. To this end, the methodology used is a bibliographic research, being based on the renowned indoctrinators in the Brazilian legal system, as well as in the decisions of the Pretorio Excelso. The objective of this paper is to analyze the broad form of request and implementation of public policies in the country, through discretionary administrative acts.

Keywords: Administrative Act; Discretion; Control; Judicial power; Public policy.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 TEORIA GERAL DO ATO ADMINISTRATIVO | 12 |
| 1.1 CONCEITO E REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO | 14 |
| 1.2 ATRIBUTOS E PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES DOS ATOS ADMINISTRATIVOS..... | 25 |
| 1.3 NOTÁVEIS ESPÉCIES DE ATO ADMINISTRATIVO..... | 27 |
| 2 ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS E ATOS ADMINSTRATIVOS VINCULADOS | 29 |
| 2.1 CONCEITO E APLICAÇÃO DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS E VINCULADOS. | 29 |
| 3 TEORIA DA INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS | 36 |
| 3.1 REVOGAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO | 36 |
| 3.2 A ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO | 37 |
| 3.3 OUTRAS FORMAS DE INVALIDAÇÃO DO ATO | 39 |
| 4 CONTROLE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO JUDICIÁRIO DIANTE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA | 40 |
| 4.1 CORRENTE FAVORÁVEL A ADJUDICAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA | 41 |
| 4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS..... | 45 |
| 4.3 CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES..... | 46 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 52 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 55 |

INTRODUÇÃO

Atualmente o Direito Administrativo tem sua autonomia reconhecida, vez que existe há séculos no ordenamento jurídico de qualquer tipo de governo, possuindo doutrina própria, gozando de princípios próprios e disciplinas autônomas nas Faculdades.

Todavia, não possui um Código Administrativo para dar-lhe segurança jurídica, certeza e determinação, clareza e precisão, resultando em ineficiência e limite na sua atuação.

Será que esse ramo ficou obsoleto, deixou de crescer e se desenvolver para romper os paradigmas clássicos e tradicionais, não os bons, mas aqueles que amarram o desenvolvimento da pessoa humana, do Estado e da própria atividade administrativa? Será que os atos administrativos e seus requisitos, atributos e características vivem apenas no campo doutrinário, ou são efetivados na prática ou violentados com decisões judiciais, que diariamente espancam os dogmas do Direito Administrativo e ingressam no mérito dos seus atos?

A hipótese mais provável é que não, notadamente em função dos estudiosos e das próprias demandas encartadas pela sociedade, pois quem não muda e se adapta tende a deixar de ser importante e desaparecer, o que não é o caso do Direito Administrativo, que se perpetua no tempo.

Logo, objetiva-se estudar, passando pelos mais novos institutos que a doutrina pátria adota, inspirada no que há de mais contemporâneo no mundo, os quais devem ser aplicados e deverão impactar os novos rumos do Direito Administrativo, dentro da teoria dos atos administrativos, aliada a possibilidade de implementação das políticas públicas por parte do Poder Judiciário.

Para tanto, o primeiro capítulo enfrentará a urgente temática da visão do conceito do ato administrativo e sua localização no ramo jurídico que ora se estuda, seus requisitos, características, atributos e suas principais classificações.

Por sua vez, o segundo capítulo, ingressando em temas mais técnicos visará compreender uma classificação específica de atos vinculados e dos atos discricionários, tão importantes na liberdade da Administração Pública, quando do exercício da atividade administrativa, realiza o bem comum, ora cumprindo a literalidade da lei, ora tendo liberdade para agir e assim, buscar o melhor caminho a ser seguido.

Por derradeiro, o terceiro capítulo trará à tona importantíssimos temas relacionados a invalidação do ato administrativo, sua revogação pela própria Administração Pública, bem como a anulação realizada pelo Poder Judiciário.

Portanto, trata-se de uma pesquisa fundamentalmente bibliográfica, isto é, tem como referencial teórico a doutrina pátria, sobretudo no que se refere ao Direito Administrativo, passando pelo Direito Constitucional, contando com as mais diversas fontes legislativas, inclusive do texto Constitucional, sempre buscando trazer à tona os importantes julgados dos tribunais, em especial os do Supremo Tribunal Federal.

1 TEORIA GERAL DO ATO ADMINISTRATIVO

O estudo do ato administrativo é um dos mais importantes em todo Direito Administrativo, uma vez que é o ponto central desse ramo do direito, já que representa uma forma de manifestação da Administração Pública. Assim, se o objetivo é conhecer a Administração Pública, podendo entender suas características, seu *modus operandi*, suas finalidades, potencialidades, dificuldades é imprescindível conhecer seus atos.

A esse respeito, à luz de Diógenes Gasparini (2012, p. 109), a Administração Pública necessita de uma série de atos para atingimento dos fins a que se propõe e isso decorre do exercício de suas prerrogativas em função da lei ou do seu poder de império.

Veja-se, portanto, que o surgimento dos braços do Estado como desdobramento do modelo de Estado Unitário, o qual não é mais a regra, dado o crescimento populacional e o incremento das relações, eleva a importância dos atos praticados pela Administração Pública, já que há cada vez mais demandas da população em serviços públicos a serem atendidas.

Observa a doutrina que o estudo do ato administrativo não é de hoje, nem tem tanto tempo essa, vindo os estudiosos a se atentarem sobre o instituto a partir do século passado (CAETANO apud CARVALHO FILHO, 2018, p. 101).

Talvez esse interesse se deu, mais recentemente, em razão da intervenção maior do Estado na vida das pessoas, lançando seus tentáculos através dos atos administrativos.

Nesse contexto, a doutrina observa que na verdade ato administrativo é espécie do gênero ato jurídico, sendo este constituído de tudo aquilo que, de alguma forma, interessa ao direito, seja eventos naturais ou humanos, mas que recebem uma significação, tendo, portanto, uma consequência jurídica, integrando os chamados fatos jurídicos em sentido amplo, conforme a seguinte classificação:

[...] a) fatos jurídicos em sentido estrito: são eventos da natureza – ou seja, acontecimentos que não decorrem diretamente de manifestação de vontade humana – dos quais resultam consequências jurídicas. Exemplos são a passagem do tempo, o nascimento, a morte, uma inundação que ocasione destruição de bens etc; b) atos jurídicos: são qualquer manifestação unilateral humana voluntária que tenha a finalidade imediata (direta) de produzir determinada alteração no mundo jurídico [...] (ALEXANDRINHO e PAULO, 2014, p. 451).

Assim, os doutrinadores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2014, p. 451 e 452), asseveram que a expressão ato jurídico é mais apropriada para as situações de manifestação ou declaração unilateral, a exemplo de uma assinatura de nota promissória.

Já o contrato se caracteriza por haver mais de uma manifestação de vontade, como ocorre no contrato de compra e venda, sendo que o ato administrativo se enquadraria na categoria de atos jurídicos, pois representam manifestações humanas, notadamente da administração pública.

Logo, os atos podem ser humanos ou da natureza, sendo os primeiros de interesse do direito. Daí os atos humanos podem ser desejados ou indesejados, sendo os atos administrativos, em regra, desejados, pois representam em última análise, a expressão do interesse da coletividade.

Também deve ter ganhado força essa temática em razão da possibilidade de regulamentação ou controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

De antemão, não se discute que o Poder Judiciário pode controlar a edição de leis, podendo fazer o controle difuso ou concentrado, sempre tendo em vista a prescrição constitucional e o interesse da coletividade, conforme se nota na recente decisão do Supremo Tribunal Federal, cujo trecho vale apenas extrair do site do STF:

O Plenário (...) julgou improcedente ação direta ajuizada contra a Lei 12.684/2007 do Estado de São Paulo, que proíbe o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto no território estadual. Além disso, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, que permite a extração, industrialização, comercialização e a distribuição do uso do amianto na variedade crisotila no País (...). O Colegiado salientou, no tocante à competência legislativa para normatizar a matéria, a necessidade de busca, na Federação, de um ponto de estabilidade entre centralização e descentralização. Dessa forma, compete concorrentemente à União a edição de normas gerais e aos Estados-membros complementar a legislação federal no que couber (...). Somente na hipótese de inexistência de lei federal é que os Estados-membros exercerão competência legislativa plena (...). Sobrevindo lei federal dispendo sobre normas gerais, a lei estadual terá sua eficácia suspensa naquilo que contrariar a federal (...). De igual modo, aos Municípios compete legislar sobre assuntos de interesse local e complementar a legislação federal ou estadual no que couber (...). (...) No caso, a Lei 9.055/1995 admite, de modo restrito, o uso do amianto, de modo que a legislação local não poderia, em tese, proibi-lo totalmente. Porém, no momento atual, a legislação nacional sobre o tema não mais se compatibiliza com a Constituição, razão pela qual os Estados-membros passaram a ter competência legislativa plena sobre a matéria até que sobrevenha eventual nova lei federal. A Corte ressaltou que o processo de inconstitucionalização da Lei 9.055/1995 se operou em razão de mudança no substrato fático da norma. A discussão em torno da eventual necessidade de banimento do amianto é diferente da que havia quando da edição da norma geral. Se, antes, tinha-se notícia de possíveis danos à saúde e ao meio ambiente ocasionados

pela utilização da substância, hoje há consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma segura. Além disso, atualmente, o amianto pode ser substituído por outros materiais (...), sem propriedade carcinogênica e recomendados pela Anvisa [Agência Nacional de Vigilância Sanitária]. Portanto, revela-se a inconstitucionalidade material superveniente da Lei 9.055/1995, por ofensa ao direito à saúde (...) ao dever estatal de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (...) e à proteção do meio ambiente (...). Diante da invalidade da norma geral federal, os Estados-membros passam a ter competência legislativa plena sobre a matéria, até sobrevinda eventual de nova legislação federal. Como a lei estadual questionada proíbe a utilização do amianto, ela não incide no mesmo vício de inconstitucionalidade material da lei federal. [ADI 3.937, rel. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, j. 24-8-2017, P, *Informativo* 874.] = ADI 3.406 e ADI 3.470, rel. min. Rosa Weber, j. 29-11- 2017, P, *Informativo* 886

Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal observou o melhor interesse no sentido da proteção ao meio ambiente, bem como enfatizou a organização administrativa brasileira cunhada no texto constitucional ao estabelecer competências administrativas e legislativas no sentido de conferir a cada ente da federação a faculdade de realizar atividades nos limites previamente definidos na Carta Constitucional.

Nesse exemplo, verifica-se uma lei de proteção ambiental e de preservação da saúde das pessoas, mas o exemplo deve ser seguido para a competência administrativa no sentido do devido zelo com a manutenção dos serviços de saúde e a fiscalização ambiental, já que implica na vida das pessoas e no futuro da nação.

De qualquer sorte vale muito o estudo desse primoroso e amado tema do ato administrativo, sem o qual não há se falar de Direito Administrativo. O ato administrativo é assim entendido como o ponto central do Direito Administrativo.

1.1 CONCEITO E REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO

O ato administrativo é uma espécie de exercício da função administrativa, sob o regime jurídico de Direito Público, tendo por objetivo a aquisição, conservação, modificação, bem como a transmissão ou extinção de direitos subjetivos, sempre para visando o alcance do interesse público.

Aqui é fundamental a manifestação administrativa, sendo nociva a noção de silêncio administrativo, seja porque implica em omissão na implementação de atos

necessários ao bom andamento da vida na nação, seja pelo fato de muitas vezes caracteriza falta de respostas imprescindíveis ao cidadão.

Nesse contexto, a doutrina observa que o chamado silêncio administrativo é marcado pela ausência de exteriorização da vontade administrativa sobre determinada demanda administrativa, notadamente após o transcurso do prazo para que uma decisão a esse respeito seja tomada (FILDALGO e SOUZA, 2018, p. 310 e 311).

Além disso, enquanto no Direito Civil, conforme o artigo 111 do Código Civil implica numa espécie de declaração de vontade, no âmbito do Direito Administrativo essa interpretação tem se mostrado controversa, conforme o seguinte argumento:

[...] prevalece o entendimento negativo, com fundamento no princípio da indisponibilidade do interesse público. Se não houver previsão legal dispondo sobre os eventuais efeitos do silêncio administrativo, após o decurso do prazo fixado para a prolação de decisão, a ausência de manifestação da Administração não gera quaisquer efeitos. O administrado deve aguardar a prolação da decisão sobre o assunto na esfera administrativa ou, alternativamente, recorrer ao Poder Judiciário para que esse fixe um prazo razoável para que a decisão administrativa seja proferida, sob pena de multa diária, por exemplo [...] (FILDALGO e SOUZA, 2018, p. 310 e 311)

Nota-se, infelizmente que, na maioria das vezes, ou o administrado lança mão do Poder Judiciário, ou como é comum, uma vez sem recursos para levar a questão ao âmbito judicial, fica na dependência da “boa vontade” do Administrador e seus agentes.

Não obstante a doutrina apresentar, no art. 50 da Lei Federal 9.748/99, no que tange ao direito constitucional de petição, do próprio direito a segurança jurídica, além do artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal que exige a duração razoável do processo e a celeridade de sua tramitação, o administrador persiste na demora e no silêncio, desacreditando a máquina administrativa diante do cidadão.

Por outro lado, sabe-se que, dentre as três funções do poder que pertence ao povo, a saber o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, destaca-se aqui uma faceta do Poder Executivo que é a função administrativa, a qual é implementada por meio do ato administrativo.

Vale lembrar que a função administrativa, inclusive com a promoção de atos administrativo pode ser praticada pelos outros poderes, a exemplo do Poder Judiciário quando faz concurso para novos magistrados, conforme verifica-se no seguinte

julgado do Supremo Tribunal Federal:

[...] Concurso para a magistratura do Estado do Piauí. Critérios de convocação para as provas orais. Alteração do edital no curso do processo de seleção. Impossibilidade. (...) O CNJ tem legitimidade para fiscalizar, inclusive de ofício, os atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário (MS 26.163, rel. min. Carmen Lúcia, *DJE* de 4-9-2008). Após a publicação do edital e no curso do certame, só se admite a alteração das regras do concurso se houver modificação na legislação que disciplina a respectiva carreira. Precedentes (RE 318.106, rel. min. Ellen Gracie, *DJ* de 18-11-2005). No caso, a alteração das regras do concurso teria sido motivada por suposta ambiguidade de norma do edital acerca de critérios de classificação para a prova oral. Ficou evidenciado, contudo, que o critério de escolha dos candidatos que deveriam ser convocados para as provas orais do concurso para a Magistratura do Estado do Piauí já estava claramente delimitado quando da publicação do Edital 1/2007. A pretensão de alteração das regras do edital é medida que afronta o princípio da moralidade e da impessoalidade, pois não se pode permitir que haja, no curso de determinado processo de seleção, ainda que de forma velada, escolha direcionada dos candidatos habilitados às provas orais, especialmente quando já concluída a fase das provas escritas subjetivas e divulgadas as notas provisórias de todos os candidatos. [MS 27.165, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 18-12-2008, P, *DJE* de 6-3-2009.]

Conforme se observa no precedente acima, além do Poder Judiciário poder realizar a função administrativa, mesmo que atipicamente, esse exercício não está insuscetível de fiscalização, no caso vertente pelo Conselho Nacional de Justiça.

A esse propósito Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2014, p. 453), faz distinção entre os atos administrativos e atos políticos ou de governo, pois estes últimos implicam numa observação direta do mandamento constitucional, conforme asseveram:

[...] Os atos administrativos não se confundem com os assim chamados atos políticos ou de governo. São esses os atos da administração pública em sentido amplo, praticados em obediência direta à Constituição, com base imediata no texto constitucional (exemplos: iniciativa de leis, sanção ou veto a projetos de lei, celebração de tratados internacionais, decretação do estado de sítio, dentre outros). Os atos políticos não estão sujeitos à teoria geral dos atos administrativos. Por fim, deve-se ressaltar que, no exercício geral da atividade pública, três distintas categorias de atos podem ser reconhecidas, cada qual sendo o ato típico de um dos Poderes do Estado: atos legislativos (elaboração de normas primárias); b) atos judiciais (exercício da jurisdição); e c) atos administrativos [...].

Em seguida, além dessas observações, a doutrina ressalta que a prática de atos administrativos, embora seja típica do Poder Executivo, não é exclusivo deste, já que também os Poderes Judiciário e Legislativo praticam atos administrativos como decorrência do exercício da atividade atipicamente administrativa como a gestão interna, notadamente quanto à contratação de pessoal, licitações e etc.

(ALEXANDRINO e PAULO, 2014, p. 453).

Logo, os atos administrativos são tão importantes, pois permeiam todas as estruturas do Estado, irrigando os Poderes de energia prática para colocar no dia-a-dia a missão institucional em funcionamento, como uma engrenagem cuja força que a faz funcionar são justamente os atos que a administração pública realiza nessa qualidade, dentro da função executiva.

Em último fim, o ato administrativo permite a personificação ou efetivação da função administrativa de executar os objetivos do Estado na satisfação do bem-estar do povo, já que o Estado se compõe de um povo, elemento humano com vínculo de cidadania com ao Estado, composto ainda por um território e com soberania que é a autodeterminação desse povo.

Por sua vez, há quem afirma que a Administração Pública somente realiza atos denominados de materiais, bem como os atos regulados pelo Direito Privado e os atos administrativos, dividindo os atos em atos jurídicos e atos ajurídicos, conforme se observa:

[...] Os ajurídicos, também chamados de fatos administrativos, não se preordenam à produção de qualquer efeito jurídico. Não expressam uma manifestação de vontade, juízo ou conhecimento da Administração Pública sobre dada situação. Traduzem mero trabalho ou operação técnica dos agentes públicos. Não têm, portanto, laivos de juridicidade. Com isso não se está afirmando que deles não possa decorrer efeito de natureza jurídica, a exemplo do direito à indenização que o administrado tem se, ao ser operado, o cirurgião servidor público atuou negligentemente e lhe causou um dano estético. São exemplos de atos materiais os de dar aula e os de varrer rua. Os segundos, os jurídicos, ao contrário, predestinam-se à produção de efeitos jurídicos. São, quase sempre, emanações de vontade, juízo ou conhecimento do Estado ou de quem lhe faça as vezes, orientadas à obtenção de certos e determinados fins de direito. Visam, entre outros objetivos, a declarar, a certificar, a criar, a alterar, a transferir e a extinguir direitos e obrigações. São dessa espécie os atos praticados sob o regime de Direito Privado e os atos administrativos, a exemplo, respectivamente, da doação de bens imóveis e da requisição de bens e serviços. Esses, como dissemos, são jurídicos [...] (GASPARINI, 2012, p. 110 e 111).

Pode-se então afirmar que os atos administrativos, nessa classificação doutrinária se enquadram em atos jurídicos, pois nascem com essa natureza, decorrendo de uma vontade da administração em produzir certos efeitos que, em última análise, miram o bem-estar da coletividade e a manutenção do interesse público.

O ato administrativo é um meio para que o Estado realize as suas ações visando alcançar o bem-estar materializado na proteção e na execução de serviços públicos a esse povo, bem como administrar a coisa pública em nome desse povo.

Vale diferenciar o ato administrativo de ato da administração, sendo este caracterizado como qualquer ato jurídico praticado pela Administração Pública.

Assim, é possível ter-se ato administrativo sem ser ato da administração, a exemplo do ato legislativo ou judiciário atípico da função, como a posse de um Prefeito ou de Deputado. É possível também um ato da administração sem ser ato administrativo, como é o caso do contrato privado celebrado pela Administração Pública, a exemplo do mutuo, do comodato e da locação.

Logo, ato administrativo é exemplificado por um decreto desapropriatório, enquanto ato de administração é qualquer atividade material para execução de ato administrativo a exemplo da emissão na posse do bem expropriado.

Com relação aos elementos do ato administrativo são identificados como competência, motivo, forma, objeto e finalidade. A doutrina retira tais elementos da Lei 4717/65, sobretudo no artigo 2º da Lei de Ação Popular.

Daí, Celso Antônio Bandeira de Mello faz distinção entre elementos e pressupostos, sendo os primeiros, os requisitos indispensáveis a formação do ato administrativo, sem os quais o ato nem chega a se formar, a exemplo do objeto e da forma. O objeto seria o conteúdo e a forma seria o continente.

Por sua vez, os pressupostos seriam requisitos indispensáveis à perfeição do ato administrativo, os quais são a competência, motivo e finalidade.

Com relação a competência ou atribuição do ato administrativo, significa que o a função administrativa deve ter uma medida, um limite, um espaço de autorização para o agente público praticar o ato.

Daí que, a competência é regida pela improrrogabilidade, isto é, a competência não pode ser modificada pela vontade dos administrados, o que se difere da competência no âmbito do Poder Judiciário, onde é possível que seja ela prorrogada pela inércia das partes. No ato administrativo isso não é possível. Logo a improrrogabilidade da competência do ato administrativo é absoluta.

Por outro lado, dentro do tema competência, é interessante falar da inderrogabilidade, pois a competência do ato administrativo não pode ser modificada pela vontade da Administração Pública, em regra. Isso se difere do que acontece no âmbito do Poder Judiciário, no qual a competência pode ser modificada pela vontade desse poder.

Assim, a inderrogabilidade é relativa, já que é possível a delegação, hipótese na qual a modificação se dá de cima para baixo, a exemplo do que ocorre no

arquivamento do inquérito policial, situação em que o juiz ao discordar do pedido feito pelo Promotor de Justiça, aplica o artigo 28 do Código de Processo Penal, enviando os autos ao Chefe do Ministério Público.

Caso seja no âmbito estadual, os autos irão para o Procurador Geral de Justiça, enquanto na esfera federal, os autos são remetidos à Comissão de Coordenação e Revisão do MP. A propósito, vale vislumbrar o teor do artigo 28 do CPP:

[...] Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender [...] (sítio do Planalto, 2019).

Vale até comentar que a doutrina tem criticado esse artigo 28 do Código de Processo Penal, pois sendo o Ministério Público, titular da ação penal pública, nos termos do artigo 129 da Constituição Federal de 1988, não haveria razão para o juiz controlar esse ato legítimo do Promotor de Justiça ou do Procurador da República, o qual, lançando mãos de sua independência e autonomia funcional, expressando sua convicção, promoveria o arquivamento do inquérito policial, não tendo o juiz legitimidade para discutir tal ato, uma vez que caberia a ele rejeitar ou receber uma denúncia.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
 - II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
 - III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
 - IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
 - V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
 - VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
 - VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
 - VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
 - IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.
- § 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto

nesta Constituição e na lei.

~~§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação.~~

§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição.

~~§ 3º O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, e observada, nas nomeações, a ordem de classificação.~~

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

~~§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93, II e VI.~~

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93.

§ 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata.

Somado a isso, o argumento é que, quando o juiz discorda do arquivamento, remetendo os autos ao Chefe do Promotor ou do Procurador da República, estaria também contaminando sua imparcialidade para julgar a demanda penal. Todavia, até o presente momento, nenhum Tribunal Superior considerou o artigo 28 do CPP inconstitucional.

Daí, chegando os autos ao Procurador Geral de Justiça, no âmbito do Ministério Público Estadual, esse, poderia oferecer a denúncia, nomear outro Promotor de Justiça, requerer a devolução para a Delegacia de Polícia produzir diligências imprescindíveis ao oferecimento da ação penal ou ainda pugnar pelo arquivamento do Inquérito. Na hipótese de nomear outro Membro do MP para atuar no caso, haveria então uma exceção a inderrogabilidade, tornando-a, relativa.

Uma outra exceção a inderrogabilidade da competência do ato administrativo é a avocação, que por sua vez é feita de baixo para cima, na qual, a autoridade administrativa inferior tem competência avocada pela autoridade administrativa superior. Quanto ao motivo, trata-se de situação de fato ou de direito, em razão da qual, ou pela qual se realiza a função administrativa. Daí, enquanto o motivo é a situação em si, de fato ou de direito, a motivação se apresenta como a exposição do motivo.

Discute-se se a motivação do ato administrativo é obrigatória, tendo Maria Sylvia Zanella di Pietro (2016) se posicionado no sentido de que todo ato administrativo tem motivação, o que gera a crítica quanto aos atos gestuais ou sonoros, a exemplo de um guarda de trânsito.

Uma segunda corrente, seguindo a visão de Osvaldo Aranha Bandeira de Melo sustenta que os atos administrativos vinculados têm motivação obrigatória, enquanto os atos administrativos discricionários não seriam dotados dessa motivação.

Para essa corrente então, os cinco elementos do ato administrativo vinculado estariam todos presentes e descritos em lei, enquanto nos atos administrativos discricionários, o motivo e o objeto não constariam de norma legal.

A crítica a essa segunda corrente se rodeia no fato de que não há nenhuma correlação entre uma coisa e outra, pois, a motivação seria útil nos atos decisórios que são discricionários, já que, nos atos administrativos vinculados, a lei já teria retirado essa liberdade.

Por sua vez, uma terceira corrente, seguindo as lições de José dos Santos Carvalho Filho, entende que o ato administrativo deve ter motivação quando há obrigação de motivação, conforme o artigo 169, § 4º da Constituição Federal, artigo 8º da Lei 11.417/2006, artigo 49 da Lei 8.666/1993; e artigo 56, § 3º da Lei 9784/1999. Assim, por exemplo, na Lei de Licitações, Lei 8.666/93, a licitação só pode ser revogada se houver motivo para tanto.

Art. 8º O art. 56 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso." (NR)

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

A propósito, vale citar o dispositivo constitucional mencionado pela terceira corrente que exige motivação do ato administrativo quando a lei assim o determinar:

[...] Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

§ 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites.

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II - exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal [...] (sitio do Planalto, 2019).

Aponta-se também, no que concerne a motivação, a teoria dos motivos determinantes, pela qual, quanto o ato administrativo não for de motivação obrigatória, caso o agente exponha o motivo, ele se vincula aos motivos. Um exemplo disso é quando a banca examinadora expuser os motivos de correção e a atribuição de notas, estará vinculada aos motivos.

Ainda vale observar que a teoria dos motivos determinantes não tem nada a ver com a chamada teoria dos motivos transcendentais, estando esta pertencente ao Direito Constitucional, notadamente quanto aos efeitos vinculantes de uma decisão de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 102, § 2º, da CF/88:

Art. 102. Enquanto viger o regime especial previsto nesta Emenda Constitucional, pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos recursos que, nos termos do art. 101 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, forem destinados ao pagamento dos precatórios em mora serão utilizados no pagamento segundo a ordem cronológica de apresentação, respeitadas as preferências dos créditos alimentares, e, nessas, as relativas à idade, ao estado de saúde e à deficiência, nos termos do § 2º do art. 100 da Constituição Federal, sobre todos os demais créditos de todos os anos.

(...)

§ 2º Na vigência do regime especial previsto no art. 101 deste Ato das

Disposições Constitucionais Transitórias, as preferências relativas à idade, ao estado de saúde e à deficiência serão atendidas até o valor equivalente ao quádruplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º do art. 100 da Constituição Federal, admitido o fracionamento para essa finalidade, e o restante será pago em ordem cronológica de apresentação do precatório.

Há ainda quem apresente o elemento da causa para o ato administrativo, não havendo previsão na Lei 4.717/1965, sobretudo no artigo 2º. Mesmo assim, a causa sem si não é conceito autônomo, se constituindo numa correlação entre o motivo e o objeto para que se alcance a finalidade desejada.

Quanto a forma do ato administrativo, seria o modo de expressão da função administrativa.

Daí, há divergência sobre o princípio que regula a forma, sendo que no Direito Privado, nos termos do artigo 1.245 do Código Civil, por exemplo, apresenta um sistema de formas livres e excepcionalmente solene. Já no Direito Público, a regra é o princípio da solenidade das formas, sendo excepcional a forma livre, a exemplo do Parágrafo Único do artigo 60 da Lei 8666/93, quando pequena a compra de pronto pagamento:

[...] Da Formalização dos Contratos

Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento [...] (sitio do Planalto, 2019).

Já em relação ao objeto do ato administrativo, seria o fim imediato ou o fim direto da função administrativo, exemplificado no desejo de fazer uma obra. Tal objeto deve ter requisitos de validade como a possibilidade, pelo qual o objeto não pode ser materialmente impossível e também quanto a licitude, ou seja, o objeto deve ser juridicamente permitido. Maria Sylvia (2016) ainda acrescenta aos requisitos do objeto do ato administrativo a certeza e a moral.

Por fim, entre os elementos do ato administrativo surge a finalidade, ou seja, fim mediato, indireto da função administrativa, notadamente na consecução do interesse público.

Derivam da finalidade a teoria do abuso de poder, tanto na modalidade desvio de poder, quanto no excesso de poder. Quanto a este, seria o abuso na quantidade

em ato de administração, a exemplo da imissão na posse em bem expropriado com utilização de excesso de força policial. Já o desvio de poder é caracterizado no abuso qualitativo em ato administrativo, a exemplo do decreto.

Nota-se que as crescentes demandas por serviços públicos têm, nas últimas décadas levado o Estado a contar cada vez mais com a iniciativa privada na consecução de muitos serviços públicos, todavia, a Administração Pública tem o dever de fiscalizar a prática desse ato e zelar pelo cumprimento das normas.

Nesse ponto vale destacar que recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no que tange aos serviços de saúde, ressaltou a necessidade de observância da devida segurança jurídica que assiste aos consumidores dos serviços públicos, conforme se observa na decisão abaixo, cujo trecho foi extraído do site do STF:

[..] O Plenário julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei 9.656/1998, que dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde, bem como do art. 2º da MP 2.177-44/2001, que modificou o referido diploma normativo. (...) No mérito, a Corte afirmou que os arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei 9.656/1998, assim como o art. 2º da MP 2.177-44/2001, por preverem a incidência das novas regras relativas aos planos de saúde em contratos celebrados anteriormente à vigência do diploma normativo em questão, implica em afronta ao art. 5º, XXXVI, da CF. No ponto, destacou que a vida democrática pressupõe segurança jurídica, e esta não se coaduna com o afastamento de ato jurídico perfeito e acabado mediante aplicação de lei nova, sendo impróprio inserir nas relações contratuais avençadas em regime legal específico novas disposições, sequer previstas pelas partes quando da manifestação de vontade. No tocante aos demais dispositivos impugnados na ação direta, a Corte os reputou compatíveis com o texto constitucional (...). A nenhuma pessoa será negado tratamento em hospital público, considerada a universalidade do sistema. Porém, se o poder público atende a particular em virtude de situação incluída na cobertura contratual, deve o SUS ser ressarcido, tal como faria o plano de saúde em se tratando de hospital privado. Muito embora o poder público atue gratuitamente em relação aos cidadãos, não o faz no tocante às entidades cuja atividade-fim é justamente assegurar a cobertura de lesões e doenças, cabendo, nessa senda, distinguir os vínculos jurídicos em jogo: constitucional, entre Estado e cidadão (...); obrigacional, entre pessoa e plano de saúde; e legal, entre Estado e plano de saúde [...] (ADI 1.931, rel. min. Marco Aurélio, j. 7-2-2018, P, *Informativo* 890).

Portanto, mesmo podendo editar leis e praticar atos com o fito de regular as relações, a Administração Pública deve ter por fundamento o respeito aos princípios constitucionais expressos e implícitos que regulam toda a atividade administrativa, neste caso há destaque para a segurança jurídica, já que uma mudança, da noite para o dia, na engrenagem dos planos de saúde, acaba alcançando o administrado em situação inesperada, sendo essa surpresa tida como não condizente com a ordem jurídica constitucional.

1.2 ATRIBUTOS E PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O ato administrativo é uma espécie de ato jurídico, mas se diferencia pela finalidade, ponto peculiar dentro da Teoria Geral do Direito, pois se trata de uma manifestação de vontade, de maneira unilateral da Administração Pública, que na condição que é de Administração Pública, tem por finalidade direta ou imediata, obter, proteger, transferir, modificar, resolver ou declarar direitos, ou ainda, age impondo obrigações às pessoas ou a si mesma (MEIRELLES, 2016, p. 173).

Daí, após conceituar o ato administrativo, falando dos seus atributos da presunção de veracidade ou legitimidade, da imperatividade e auto executoriedade, os quais tornam o instituto diferenciado dos demais temas jurídicos, o grande Hely Lopes Meirelles (2016, p. 182-187), pode então trazer à tona a classificação dos atos administrativos.

Sobre a presunção de veracidade ou legitimidade, o autor lança mão dos princípios estatuídos nos artigos 19 e 37 da Carta Política:

[...] Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

II - recusar fé aos documentos públicos;

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (sitio do Planalto, 2019).

Logo, como o ato administrativo somente poderá ser criado com base na legalidade e não se pode recusar fé aos documentos públicos, há que se presumir sua veracidade.

Já a imperatividade do ato administrativo significa que esse ato traz consigo uma coercibilidade para seu cumprimento e execução a partir do momento da existência do ato, sendo indiferente quanto às questões de validade ou invalidade, tendo que ser cumprido enquanto estiver no ordenamento jurídico, pois se trata de manifestação do Poder Público que expressa a vontade geral da nação.

Ocorre que esse atributo da imperatividade, todavia, não é absoluto, conforme ensina Hely Lopes Meirelles:

[...] Esse atributo não está presente em todos os atos, visto que alguns deles (v.g., os atos enunciativos, os negociais) o dispensam, por desnecessário à sua operatividade, uma vez que os efeitos jurídicos do ato dependem exclusivamente do interesse do particular na sua utilização. Os atos, porém, que consubstanciam um provimento ou uma ordem administrativa (atos normativos, ordinatórios, punitivos) nascem sempre com imperatividade, ou seja, com a força impositiva própria do Poder Público, e que obriga o particular ao fiel atendimento, sob pena de se sujeitar a execução forçada pela Administração (atos autoexecutórios) ou pelo Judiciário (atos não autoexecutórios) [...] (2016, p. 185).

Um exemplo dessa imperatividade é a previsão de uma conduta como infração de trânsito, sendo obrigatória, enquanto em vigor a norma legal que a determina.

Por sua vez, a autoexecutoriedade implica que o ato administrativo enseje imediata execução, de forma direta pela própria Administração Pública, não dependendo de ordem judicial (MEIRELLES, 2016, p. 185).

Isso disso é que a Administração Pública poderá fechar uma rua se necessário a segurança dos pedestres ou até demolir um imóvel, já que, em caso de risco, não há tempo hábil para pedir autorização ao Judiciário.

Daí, vale lançar mãos da classificação de ato administrativo de Hely Lopes Meirelles (2016, p. 188-203), o qual afirma haver divergência na doutrina, mas traz à tona que seriam: a) atos gerais ou normativo; b) atos individuais; c) atos internos e externos; d) atos de império, de gestão e de expediente; e) atos de expediente; f) atos vinculados e discricionários; g) ato simples, complexo e composto, dentre outros.

Vale aqui exemplificar os atos simples, complexo e composto:

[...] Ato simples: é o que resulta da manifestação de vontade de um único órgão, unipessoal ou colegiado. Não importa o número de pessoas que participam da formação do ato; o que importa é a vontade unitária que expressam para dar origem... Ato complexo: é o que se forma pela conjugação de vontades de mais de um órgão administrativo. O essencial, nesta categoria de atos, é o concurso de vontades de órgãos diferentes para a formação de um ato único... Ato composto: é o que resulta da vontade única de um órgão, mas depende da verificação por parte de outro, para se tornar exequível [...] (MEIRELLES, 2016, p. 196-197).

Diversas outras categorias existem, pois, a doutrina é bastante fértil nesse sentido, acompanhando a proliferação dos atos administrativos na proporção do crescimento da população e complexidade das relações no seio da nação.

1.3 NOTÁVEIS ESPÉCIES DE ATO ADMINISTRATIVO

É gigantesca a literatura que versa sobre as espécie de atos administrativos e há certa razão para tanto, já que com o crescimento dos Estados Soberanos, tanto em questão territorial, quanto no aumento de sua população, urge o alargamento dos braços administrativos e também crescem a cada dia novas demandas por atuação administrativa, daí também ser imenso o número de atos administrativos que devem seguir na mesma proporção do aumento populacional e complexidade das relações humanas.

José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 139 a 156), traz diversas espécies de atos administrativos, notadamente quanto: à forma de exteriorização (decretos e regulamentos, resoluções, deliberações regimentais; instruções, circulares, portarias, ordens de serviço, provimentos e avisos; alvarás; ofícios; pareceres; certidões, atestados e declarações; despachos); ao conteúdo (licença, permissão, autorização, admissão; aprovação, homologação e visto; atos sancionatórios e atos funcionais).

Assim, são diversas as espécies de atos administrativos, mas cumprem tecer alguns comentários sobre licença, autorizações e permissões, conforme destacado na doutrina de Jorge Munhós de Souza e Carolina Barros Fidalgo (2018, p. 331 e 332):

[...] licença é caracterizada como um ato administrativo vinculado e definitivo. Isso significa dizer que, uma vez preenchidos os requisitos legais para a sua edição, não haverá liberdade para a Administração Pública não a outorgar ou mesmo para revoga-la. A obtenção de licença, como regra, é direito subjetivo do administrado que satisfizer os requisitos legais. São exemplos de licenças a licença (ou alvará) para construir, a licença para dirigir, dentre outras... autorizações e permissões, por outro lado, seriam atos administrativos precários e discricionários, isto é, atos para cuja edição e revogação a Administração Pública dispõe de certa margem de liberdade. A diferença doutrinária entre eles reside no interesse predominante a ser atendido com sua outorga. As autorizações seriam atos administrativos cuja edição promoverá preponderantemente interesse privado (embora, logicamente, não conflite com o interesse público) e as permissões atenderiam preponderantemente o interesse público [...].

Ainda com relação à licença, a doutrina observa que no âmbito da jurisprudência, tem-se admitido a revogação de licença de obras, desde que para atender interesse público superveniente, tendo como critério a necessidade ou não de indenização do administrado.

Daí, se a revogação se der antes de iniciada a obra, não há necessidade de indenização, mas se a revogação se der após o início da obra, há sim necessidade

de indenização ao administrado (SOUZA e FIDALGO,2018). Vale exemplificar casos em que a jurisprudência autoriza a revogação da licença:

LICENÇA PARA CONSTRUIR. REVOGAÇÃO. OBRA NÃO INICIADA. LEGISLAÇÃO ESTADUAL POSTERIOR. I. COMPETÊNCIA DO ESTADO FEDERADO PARA LEGISLAR SOBRE ÁREAS E LOCAIS DE INTERESSE TURÍSTICO, VISANDO A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PAISAGÍSTICO (C.F., ART. 180). INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 15 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; II. ANTES DE INICIADA A OBRA, A LICENÇA PARA CONSTRUIR PODE SER REVOGADA POR CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SEM QUE VALHA O ARGUMENTO DO DIREITO ADQUIRIDO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (STF - RE: 105634 PR, Relator: Min. FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 20/09/1985, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 08-11- 1985 PP-20107 EMENT VOL-01399-02 PP-00399) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. REVOGAÇÃO DE LICENÇA PARA CONSTRUIR. A LICENÇA PARA CONSTRUIR TRAZ A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E DEFINITIVIDADE, PODENDO SER REVOGADA QUANDO SOBREVIER INTERESSE PÚBLICO RELEVANTE, HIPÓTESE NA QUAL FICARÁ O MUNICÍPIO OBRIGADO A INDENIZAR O PARTICULAR PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS. MAPEAMENTO DE ÁREAS DE RISCO DA ÁREA CENTRAL DO MUNICÍPIO DE ANGRA DOS RESIS, TENDO RESTADO CONFIRMADO QUE O LOCAL ONDE SE LOCALIZA O TERRENO DO APELANTE É CARACTERIZADO COMO ÁREA DE RISCO GEOLÓGICO – GEOTÉCNICO, NÃO EDIFICANTE. LIMITAÇÃO FUNDAMENTADA NO RISCO GEOLÓGICO. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. DEVOLUÇÃO SIMPLES DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE IPTU E ITBI E DAS DESPESAS DE FLS. 21/24. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. (TJ/RJ, AC, 0021177-60.2010.8.19.0003, Rel. PAULO SÉRIGO PRESTES DOS SANTOS, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, DJ. 30.10.2014) [...] (MUNHÓS e FIDALGO, 2018, p. 331).

Portanto, a revogação da licença para construir por parte da Administração Pública foi tida como legal e constitucional, já que é decorrente da supremacia do interesse público, e neste caso específico como há um risco geológico demonstrado, há um dever do ente público zela pela segurança das pessoas.

Assim, se outra fosse conveniente conceder a licença para a realização de construções, agora já não se demonstra oportuno tal comportamento da administração pública. Verifica-se ainda, que no caso vertente, não houve discriminação arbitrária, perseguição ao administrado, de forma que não se violou a impessoalidade administrativa, mas sim, uma decisão cunhada em fundamento objetivo, conquanto vela pela segurança do patrimônio e sobretudo do cidadão.

2 ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS E ATOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS

Esses atos administrativos são notáveis em razão de expressarem o maior ou menor grau de liberdade para a Administração Pública decidir, conforme entende Diógenes Gasparini (2012, p. 131 e 132), o qual faz distinção entre essa importante classificação:

[...] Quanto ao grau de liberdade da Administração Pública para decidir, os atos administrativos podem ser: vinculados e discricionários. São vinculados os praticados pela Administração Pública sem a menor margem de liberdade. A Administração Pública edita-os sem qualquer avaliação subjetiva. A lei, nesses casos, encarrega-se, em tese, de prescrever, com detalhes, se, quando, e como a Administração Pública deve agir. São atos vinculados: os que outorgam licença para construir, os que cedem aposentadoria e os que admitem o administrado em escolas e hospitais públicos...São discricionários os atos praticados pela Administração Pública com certa margem de liberdade. A administração edita-os depois de uma avaliação subjetiva. São atos discricionários: os que outorgam permissão de uso do bem público [...].

Portanto, nos atos vinculados não há liberdade de escolha ou de decisão da Administração Pública, o que já ocorre com os atos administrativos, havendo grande importância, tanto na limitação do Administrador que não detém ampla margem de liberdade, bem como há flexibilidade, em certos casos, para optar dentro da discricionariedade de certos atos, o melhor caminho a ser tomado pelo setor público, sempre visando à coletividade.

2.1 CONCEITO E APLICAÇÃO DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS E VINCULADOS

Trata-se de uma das principais classificações dos atos administrativos explorados na prática diária da atuação administrativa.

O modelo de Estado tem muita influência na proliferação dessas espécies de atos, pois nos regimes democráticos se exige maior transparência da administração pública e a necessidade de controle e extrema legalidade pode redundar em uma quantidade de atos administrativos vinculados pela lei.

Assim, o administrador teria pouca ou nenhuma liberdade de escolha na realização desses atos. Em outros regimes, o Estado talvez dê mais liberdade para o administrador decidir no caso concreto, prevalecendo maior quantidade de atos

discricionários, muitas vezes tendendo a uma certa arbitrariedade.

Dessa maneira, vale as lições de Diógenes Gasparini (2012, p. 148), informando sobre o que ele entende em relação aos atos vinculados:

[...] são atos administrativos praticados conforme o único comportamento que a lei prescreve à Administração Pública. A lei prescreve, em princípio, se, quando e como deve a Administração Pública agir ou decidir. A vontade da lei só estará satisfeita com esse comportamento, já que não permite à Administração Pública qualquer outro. Esses atos decorrem do exercício de uma atribuição vinculada ou, como prefere boa parte dos autores, do desempenho do poder vinculado, em cuja prática a Administração Pública não tem qualquer margem de liberdade. Exemplo dessa atuação encontra-se na concessão da aposentadoria compulsória (CF, art. 40, § 1º, II). Implementada a condição – setenta anos de idade - à Administração Pública só resta outorgar o benefício, mesmo que não seja solicitado. A vinculação ainda dar-se-á no caso da não implementação da aquisição desse direito, pois a Administração Pública somente pode indeferir o pedido. Assim, vinculação ou atribuição vinculada é a atuação da Administração Pública em que a lei não lhe permite qualquer margem de liberdade para decidir ou agir diante de uma situação concreta. Sabe-se que se está diante de uma atribuição dessa natureza em razão do enunciado legal, consubstanciado nas expressões: será concedido, será outorgado, ou outra da mesma índole. Embora seja assim, sabe-se que não há ato totalmente vinculado. Em algum de seus aspectos, como, por exemplo, em relação ao momento de sua edição, o ato pode ser discricionário [...].

Dessa maneira, o ato vinculado tem o condão de proteger os interesses do administrado, inclusive em direitos individuais e no exercício das liberdades públicas, velando contra eventuais atuações pessoais, evitando perseguições e cumprindo todo espectro de garantia legal.

Também vela pela aplicação imediata da lei, desde que satisfeitos os próprios requisitos traçados pela lei. Se pensa que, em muitos casos, nem mesmo a lei é cumprida, sendo, por vezes desrespeitada pelo Administrador, pelos juízes e tribunais, imagine-se, uma atuação administrativa contando apenas com atos discricionários?! Certamente muitos não seriam assistidos em seus direitos peculiares.

Vale ressaltar que, quando se diz que os poderes descumprem a lei, vale exemplificar que o texto constitucional traz no rol do artigo 6º diversos direitos sociais assegurados na Lei Maior, mas que na prática não é realizado pelos poderes, a exemplo, do trabalho, da saúde, da educação, moradia, lazer e etc.

Quando se via para os prazos legais para o juiz proferir uma decisão, julgando o mérito das causas, isso quase nunca é cumprido, as vezes havendo uma atuação administrativa como se o agente público estivesse fazendo um favor para o cidadão consumidor de serviços públicos e providências estatais.

Quando o Estado passou diversos serviços públicos para a iniciativa privada, para citar outro exemplo, acreditava-se na melhoria da prestação, dado o controle e regulação pelo Poder Público, e o resultado é, praticamente, a mesma ineficiência na prestação dos serviços. Juiz que não decide, administradores que não atuam, não agem, não viabilizam serviços, saúde que não funciona, educação precária, segurança inexistente, essa é a realidade da atuação da Administração Pública no Brasil, salvo raríssimas exceções.

Logo, o que seria do cidadão caso não existissem atos vinculados para obrigar o administrador a fazer valer o comando normativo? O ideal, é um estado de equilíbrio entre uma atuação com liberdade, sem esquecer-se do necessário controle e vinculação quando exigidos. Já em relação ao ato discricionário, da mesma maneira, Diógenes Gasparini (2012, p. 149), leciona que:

[...] são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha se faz por critérios de conveniência e oportunidade, ou seja, de mérito. Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou outro modo. O ato administrativo discricionário, portanto, além de conveniente, deve ser oportuno. A oportunidade diz respeito com o momento da prática do ato. O ato é oportuno ao interesse público agora ou mais tarde? Já ou depois? A conveniência refere-se à utilidade do ato. O ato é bom ou ruim, interessa ou não, satisfaz ou não ao interesse público? A oportunidade e a conveniência do ato administrativo compõem o binômio chamado pela doutrina de mérito. Mérito é a indagação da oportunidade e conveniência do ato; é a zona franca em que a vontade do agente decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público; é a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade, conforme ensina José Cretella Júnior. Por fim, diga-se que o mérito não é requisito do ato administrativo nem se confunde com o mérito do Direito Processual Civil [...].

Logo, há uma margem de decisão para o administrador que deve verificar o mérito administrativo, ou seja, o momento mais adequado para o ato cumprir sua finalidade, assim como analisar se o ato praticado naquele momento e daquela forma satisfará o interesse público.

Em certos casos, realizar determinada política pública atende aos anseios de possibilitar determinado oferecimento de um serviço público como a construção de uma praça para realização de competições, já que é interesse público o lazer, entretanto, naquele momento talvez, o mais imprescindível para a comunidade é primeiro construir uma unidade de saúde, exigência mais urgente daquela população.

Assim, o mérito está em escolher o melhor momento e a utilidade na tomada de decisão e prática do ato.

Em muitos casos, a relativa subjetividade inerente ao mérito administrativo acaba por deturpar as finalidades dos atos, a exemplo, dos investimentos em atos relacionados a prevenção primária da criminalidade, notadamente às políticas públicas em educação, saúde, moradia, organização urbana, medidas que trariam melhores resultados em prevenção à criminalidade, mas que demandam diversas décadas para surtir efeitos, o que faz com que o administrador público, opte por políticas públicas que lhe deem maior resultados político em termos de visibilidade, a exemplo do a construção de estradas, pavimentação de ruas, inauguração de obras públicas.

Caso o fim seja a redução da violência e da criminalidade, a opção do administrador, mesmo que dentro de certo grau de conveniência e oportunidade, a construção de quadras, ruas, pavimentação e etc., não atinge os fins almejados na redução, no futuro da violência e da criminalidade.

Quanto aos atos vinculados, vale lançar mão das lições de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2017, p. 512 e 513), para os quais:

[...] Atos vinculados são os que a administração pratica sem margem alguma de liberdade de decisão, pois a lei previamente determinou o único comportamento possível a ser obrigatoriamente adotado sempre que se configure a situação objetiva descrita na lei. Não cabe ao agente público apreciar oportunidade ou conveniência administrativas quanto à edição do ato, uma vez atendidas as condições legais, o ato tem que ser praticado invariavelmente....Atos discricionários são aqueles que a administração pode praticar com certa liberdade de escolha, nos termos e limites da lei, quanto ao seu conteúdo, seu modo de realização, sua oportunidade e sua conveniência administrativas. [...].

Em todos os casos, vale registrar que deve ocorrer devida observância a legalidade própria da atuação administrativa, seja na concretização dos atos vinculados, já que preenchidos os requisitos legais, seja na escolha da conveniência e oportunidade na prática do ato discricionário.

Contudo não é o que se observa, pois, por vezes, atos vinculados são preteridos pelo Poder Público que insistem na omissão, tendo o administrado que ir ao Poder Judiciário para ver seu pleito realizado, em outras tantas vezes, há ilegalidade na escolha do ato a ser praticado ou na forma de sua efetivação, ao arrepio da conveniência e da oportunidade.

Daí os autores exemplificam os atos vinculados na concessão de licença-maternidade prevista e regulamentada na Lei 8.112/1990, pois atendidas as condições legais, não há como se negar tal benesse ao servidor (ALEXANDRINO e PAULO, 2017, p. 513).

Assim, a lei não dar margem de escolha ao administrador que fica limitado pela expressão da vontade do legislador, o qual, ao regular o caso concreto, de forma legitimamente estabelecida pelo mandato, determinar uma providência ou uma abstenção do poder público.

Tal efeito vinculante é também decorrência da convivência harmônica entre os Poderes da República, os quais devem emanar o interesse da coletividade.

Daí que, certos atos por expressarem direitos e conquistas do cidadão, ou imprescindíveis para o exercício de direitos especialmente protegidos, não podem ficar a critério do administrador, até por que já se sabe antemão quais os totais efeitos desejáveis desses atos, muitas vezes, se constituindo patrimônio inerente ao núcleo essencial de direitos do cidadão ou ao mínimo existencial.

Por um lado, se é salutar a existência de atos vinculados que representam uma proteção do cidadão em face do Estado enquanto administração, já que, por vezes, o administrador se esquece que trabalha em prol da coletividade e não para o Estado em si, não cumprindo a razoabilidade e a proporcionalidade exigida na prática de certos atos, a exemplo do administrador que podendo escolher entre a política pública de construir ou melhorar uma escola, resolve realizar festas sofisticadas que demandam grandes somas de recursos para contratação de artistas e etc.

Nota-se o mal-uso do ato discricionário, o que evidencia a importância determinantes da existência dos atos vinculados.

O ato vinculado também realiza a segurança jurídica, pois é praticado no sentido da produção de efeitos que se espera dele, fazendo que o administrado possa se programar, compreendendo que tal natureza vinculativa fornece melhor grau de previsibilidade da atuação da administração pública.

Também o ato vinculado protege a legalidade, pois deve ter expressa previsão legal, além do que implica na fiel observância da impessoalidade, pois o administrador, diante da necessidade de nomeação de candidato aprovado em concurso público, não pode ser, em regra, preterido, além que não seja bem-visto pelo administrador.

E assim, caminha o ato administrativo vinculado no passo da moralidade e eficiência, já que é lei quem o estabelece e está foi calculada pelo legislador para

produzir no mundo fático o desejo objetiva e abstratamente traçado antes que o interesse público e a indisponibilidade de tal interesse possa ser contaminado por outros indesejáveis interesses.

Porém a crítica que se faz é no sentido de que a proliferação de atos vinculados acaba por engessar a administração pública, pois esta deve ter a flexibilidade necessária para buscar a consecução de seus fins primordiais na realização de serviços públicos para o atendimento da população.

Dentro dessa crítica, vale mencionar as observações de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 255), tratando dos fundamentos que justificam a discricionariedade:

[...] Sob o ponto de vista jurídico, utiliza-se a teoria da formação do Direito por degraus, de Kelsen: considerando-se os vários graus pelos quais se expressa o Direito, a cada ato acrescenta-se um elemento novo não previsto no anterior; esse acréscimo se faz com o uso da discricionariedade; esta existe para tornar possível esse acréscimo. Se formos considerar a situação vigente no direito brasileiro, constataremos que, a partir da norma de grau superior - a Constituição - , outras vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até chegar-se ao ato final de aplicação ao caso concreto, em cada um desses degraus, acrescenta-se um elemento inovador, sem o qual a norma superior não teria condições de ser aplicada. Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar, isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação, com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis [...].

Logo, para dar maior liberdade à administração pública há necessidade de melhor valorização dos atos discricionários, já que não são atos arbitrários, havendo uma previsão legal, pelos menos de forma mais contida quando comparado com os atos vinculados.

Como exemplo dos atos discricionários na licença para tratar de interesses particulares, da mesma forma prevista na Lei 8.112/1990, mas, porém, a própria lei utiliza a expressão “a critério da Administração”, dando uma margem de escolha ao administrador (ALEXANDRINO e PAULO, 2017, p. 513).

Essa margem de escolha, dentro dos limites previamente definidos pela lei permite o controle do ato e o atingimento de seus fins, sem, contudo, engessar a administração. Parte do princípio que a atuação do administrador tem a presunção de busca pelo interesse público, bem como há necessidade de melhor adequação de sua

decisão ao caso concreto. Assim, os atos discricionários viabilizam maior flexibilidade a atuação administrativa, mais rapidez, menos burocracia e maior eficiência.

A atuação discricionária não significa a margem da lei, da impessoalidade e ao arrepio da moralidade e publicidade, ao contrário, toda atuação administrativa deve ser nos estritos limites de tais princípios, porém, situações cotidianas exigem mais flexibilidade, celeridade, proporcionalidade e eficiência. Os valores devem estar em harmonia com a razão de ser do Estado e da Administração Pública que é o fim em prol da pessoa humana. Para então que a Administração atinja os fins de beneficiar a população, diga se de passagem, cada vez mais necessitada e exigente de serviços públicos melhores, sobretudo na área de saúde, educação, segurança e etc., urge que a Administração tenha a sua disposição a dinâmica necessária para atender ao povo.

Isso não afasta a necessidade de controle dos atos, assim como ocorre com as ouvidorias, corregedorias, Agências Reguladoras, Poder Hierárquico, não podendo a atuação administrativa descambar para uma irresponsabilidade e arbitrariedade, mas a existência e manutenção dos atos discricionários se constituem na própria sobrevivência da Administração Pública. Diversas são as naturezas dos atos que, conforme visto nos precedentes do STF, podem perfeitamente ser controlados pelo Poder Judiciário, seja na nomeação de pessoa para ocupar certo cargo, o que seria um ato tipicamente administrativo, até a anulação ou revogação dos seus próprios atos.

3 TEORIA DA INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Como os demais ramos do direito que podem sofrer alterações ou serem revogados, os atos administrativos podem ser invalidados pela própria Administração Pública e também pelo Poder Judiciário.

Assim, enquanto a própria Administração Pública tem o poder de invalidar os seus próprios atos na perspectiva da conveniência e oportunidade, ou mesmo na hipótese de ilegalidade do ato, o Poder Judiciário, uma vez chamado a decidir, poderá apreciar o ato administrativo, mas somente no que tange a sua legitimidade, não podendo agir como se fosse um administrador, ingressando no mérito do ato administrativo.

3.1 REVOGAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

A revogação é uma espécie de invalidação, cuja motivação para tanto são os critérios da conveniência ou oportunidade da administração. A doutrina classifica a revogação em tácita, na medida em que a autoridade praticar ato incompatível com o anterior e expressa, quanto houve manifestação do desejo da autoridade em desfazer um ato discricionário válido (BALTAR NETO e TORRES, 2017, p. 2010).

Ressalta-se ainda sobre a revogação que, a Administração, na verdade, revê o seu julgamento acerca do mérito do ato administrativo, passando a entendê-lo como inconveniente, devendo ser retirado do mundo jurídico. E nesse ponto, a doutrina (BALTAR NETO e TORRES, 2017, p.210) assevera que, somente os atos administrativos discricionários admitem revogação, já que, somente eles envolvem mérito administrativo capaz de aferição pela autoridade administrativa. Também se observa que, será competente para revogar o ato administrativo, tanto a autoridade que o praticou, quanto a autoridade de hierarquia superior a ela.

Ocorre que há doutrina apresentando atos insuscetíveis de revogação (CARVALHO FILHO apud BALTER NETO, 2018, p. 2010 - 2011):

[...] 1) os atos que exauriram os seus efeitos (ex.: ato que deferiu as férias já gozadas de servidor); 2) atos vinculados; 3) ato que geraram direito adquirido (seriam os atos individuais...tais como o ato que concede uma licença ambiental); 4) atos integrativos, que são aqueles que integram um processo ou procedimento administrativo, em face da preclusão administrativa; 5)

meros atos administrativos como pareceres, certidões e atestados [...]

A revogação é um importante instituto para que a Administração corrija a direção, mesmo que o ato não seja ilegal, mas certamente se for inconveniente para a própria Administração Pública que visa o interesse público, deve o ato trazer danos à sociedade

3.2 A ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Ao contrário da revogação que visa atacar um ato administrativo, ainda que legal, mas inoportuno ou inconveniente, a anulação tem lugar nos casos em que o ato administrativo é criado em discordância com a lei.

Daí, é tranquilo o entendimento de que tanto a Administração Pública, quanto o Poder judiciário possam anular o ato ilegal.

Vale então, vislumbrar na doutrina, quanto a capacidade ou competência do Poder Judiciário de anular o ato administrativo, pois quanto a Administração Pública parece lógica essa função ou poder, uma vez que ela deve zelar pela correção de atitudes e comportamentos na estrita obediência ao sistema legal e constitucional que não só lhe dá poder para anular tal ato, como lhe comissiona uma obrigação de fazê-lo:

[...] O Poder Judiciário, dentro da sua competência de fiscalizar a atuação da Administração, pode, inclusive, adentrar na análise do mérito administrativo visando aferir sua adequação a princípios constitucionais ou do direito administrativo, tais como o princípio da moralidade ou da razoabilidade, mas jamais poderá o Poder Judiciário substituir o mérito do administrador pelo mérito do julgador, vez que um Poder não pode usurpar a competência do outro. Se o Legislativo outorgou competência para que a Administração escolha o momento e o objeto do ato administrativo, tal faculdade é exclusiva da administração. No entanto, a impossibilidade de substituição do mérito administrativo não pode ser confundida com a verificação, por parte do Poder Judiciário, da observância das leis e dos princípios que regem os atos administrativos. Nessas situações, trata-se de aferição não só da legalidade, mas da legitimidade (conformidade com as normas e princípios) do ato administrativo [...] (BALTAR NETO e TORRES, 2017, p. 213).

Logo, diante da hipótese em que um servidor é punido com uma punição de dez dias de suspensão do serviço, em consequência de infração disciplinar que previa uma margem de cinco a quinze dias, não seria possível, ao Poder Judiciário ingressar no mérito da quantidade de punição.

Porém, caso o procedimento administrativo disciplinar ocorreu ao arrepio do devido processo legal, cabe sim ao Poder Judiciário invalidar o ato administrativo, anulando o procedimento de punição, o qual deve ser refeito.

Porém o tema não tão tranquilo, pois em questões envolvendo o ingresso ou não no mérito administrativo, há certa divergência dos Tribunais, conforme vislumbra a doutrina:

[...] O STJ tem jurisprudência firmada no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário analisar o mérito administrativo, mas somente aferir a regularidade do procedimento e a legalidade do ato de demissão (MS 12660/DF, Rel Min Marilza Maynard – Desembargadora Convocada do TJ/SE – data da publicação 22/08/2014). Neste diapasão, cabe lembrar que compete ao Poder Judiciário imiscuir-se no mérito do ato administrativo, ainda que discricionário, para averiguar os aspectos de legalidade do ato, mormente quanto as questões de cunho eminentemente ambientais demonstram a incúria da Administração em salvaguardar o meio ambiente (AgRg no AREsp 476067/SP, Relator Ministro Humberto Martins – Data da Publicação/ Fonte Dje 28/05/2014) [...] (BALTAR NETO e TORRES, 2017, p. 213).

Logo, embora em regra não se admita que o Poder Judiciário ingresse no mérito administrativo para anular o ato administrativo, a experiência jurisprudencial brasileira tem demonstrado, cada vez mais exemplos, de que é possível sim ao Poder Judiciário adentrar nessa seara.

Nesse ponto, à luz dos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 262 e 263), no que tange ao controle judicial dos atos administrativos vinculados não há qualquer restrição, já que tais atos possuem elementos definidos ele lei, podendo, ao verificar a conformidade do ato com a norma, decretar a nulidade em caso de reconhecer que essa conformidade não se encontra presente.

Já no que se refere aos atos discricionários, o controle judicial também é cabível, mas há uma maior restrição a essa análise judicial, notadamente, quanto ao necessário respeito pela discricionariedade administrativa nos exatos limites que a lei assegura à Administração Pública (DI PIETRO, 2016, p. 262).

A autora (DI PIETRO, 2016, p. 263) prossegue no raciocínio de que, em relação ao ato discricionário, o Poder Judiciário pode apreciar o ato relativamente a legalidade e assim verificar se o administrador não ultrapassou os limites dessa discricionariedade, o que levaria a invalidação do ato, já que a autoridade administrativa violou o espaço de liberdade querido pela lei, de maneira que invadiu o campo da legalidade. A partir daí, Maria Sylvia Di Pietro (2016, p. 263), traz à tona teorias que visam fixar limites a atuação discricionária, implicando em ampliação do controle judicial sobre os atos administrativos:

[...] Uma das teorias é a relativa ao desvio de poder, formulada com esse objetivo; o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou, quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei. Outra é a teoria dos motivos determinantes, já mencionada: quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência. Por exemplo, quando a lei pune um funcionário pela prática de uma infração, o Judiciário pode examinar as provas constantes do processo administrativo, para verificar se o motivo (a infração) realmente existiu. Se não existiu ou não for verdadeiro, anulará o ato [...].

Então, pode-se concluir que, quanto aos atos vinculados não paira sobre de dúvidas que o Poder Judiciário poderá realizar o controle dos atos administrativos, bem como, no que se refere aos atos discricionários, poderá fazê-lo também naquilo que ultrapassar a legalidade, houver desvio de poder ou se desviar dos próprios motivos determinantes da existência do ato administrativo.

3.3 OUTRAS FORMAS DE INVALIDAÇÃO DO ATO

A doutrina (BALTAR NETO e TORRES, 2017, p. 216 e 217) apresenta outras formas de invalidação do ato administrativo, dentre as quais podem-se destacar:

- a) Cassação: é uma espécie de anulação do ato que consiste em invalidá-lo quando, o ato nasce regular, mas torna-se irregular no momento de sua execução, a exemplo do que ocorre na expedição de alvará para construção, concedido de maneira regular, mas tem de ser cassado em virtude de irregularidade na execução da obra;
- b) Caducidade: nesta hipótese o ato administrativo era válido, mas tem de ser invalidado posteriormente pelo fato de lei nova, trazendo a impossibilidade, seja tácita ou expressa, da manutenção daquele ato como válido, a exemplo o surgimento de uma lei proibindo a permissão de uso, a qual, era até então, possível de ser outorgada pela Administração, mas que com o advento da lei nova não será mais possível;
- c) Contraposição ou derrubada: um ato administrativo deve ser extinto quando surge um novo ato administrativo com efeito contraposto. Daí, havendo contradição entre os efeitos de dois atos administrativos, deve prevalecer o mais recente, tornando o ato mais antigo inválido;
- d) Renúncia: aqui um beneficiário de um direito pode recusar-se em ser o seu detentor, havendo a extinção do ato constitutivo;
- e) Recusa: por sua vez, opera quando o beneficiário do ato administrativo recusa os efeitos que o ato iria produzir. Daí, como o ato ainda não está produzindo efeitos, dependendo da concordância do destinatário, COM A recusa deste, o ato torna-se inválido.

4 CONTROLE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO JUDICIÁRIO DIANTE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

As políticas públicas são exemplos do exercício legítimo da função administrativa que assim, utilizando-se de atos administrativos concretizam os objetivos do Estado na consecução do bem comum.

Daí inúmeras atividades são desenvolvidas pelo Poder Público, como leis e programas que visam tornar o ambiente da federação menos desigual, como a política de cotas, por exemplo.

Mas também essas políticas se desenvolvem na área mais concreta da prestação de serviços de saúde, educação, com a construção de prédios para que tais atos sejam praticados, obras públicas como estradas, escolas, presídios, hospitais, praças e etc.

Um exemplo disso é materializado na Lei nº 12.990/2014, pela qual o legislador determinou as cotas para negros em concursos públicos federais, fato muito questionado pela doutrina em geral, alguns imputando uma violação ao princípio do concurso público, da proporcionalidade, da eficiência e da igualdade.

Para dirimir as controvérsias, a Ordem dos Advogados do Brasil, por sua vez, ingressou com Ação Declaratória de Constitucionalidade em face da referida Lei nº 12.990/2014, militando pela constitucionalidade do diploma legal em tela.

O Supremo Tribunal Federal, em oito de junho de 2017, massacrou as divergências, e assim, no julgamento da ADC 41/DF, tendo como Relator o Ministro Luís Roberto Barroso, declarou que é constitucional a reserva de vagas para negros, conforme o informativo 868 (CAVALCANTE, 2018, p. 28).

Dentre os principais entendimentos, no julgamento da ADC 41/DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Lei 12.990/2014, observa aos três planos da igualdade, de acordo com o ensinamento de Márcio André Lopes Cavalcante (2018, p. 29):

[...] A igualdade formal, como vimos, impede a lei de estabelecer privilégios e diferenciações arbitrárias entre as pessoas, isto é, exige que o fundamento da desequiparação seja razoável e que o fim almejado seja compatível com a Constituição. No caso analisado, o fundamento e o fim da Lei nº 12.990/2014 são razoáveis, motivados por um dever de reparação histórica e por circunstâncias que explicitam um racismo estrutural na sociedade brasileira a ser enfrentado. Quanto à igualdade material, o racismo estrutural gerou uma desigualdade material profunda. Desse modo, qualquer política redistributivista precisará indiscutivelmente assegurar vantagens competitivas aos negros. Por fim, a igualdade como reconhecimento significa

respeitar as pessoas nas suas diferenças e procurar aproximá-las, igualando as oportunidades. A política afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014 tem exatamente esse papel. Há uma dimensão simbólica importante no fato de negros ocuparem posições de destaque na sociedade brasileira. Além disso, há um efeito considerável sobre a autoestima das pessoas. Afinal, cria-se resistência ao preconceito alheio. Portanto, a ideia de pessoas negras e pardas serem símbolo de sucesso e ascensão e terem acesso a cargos importantes influencia a autoestima das comunidades negras. Ademais, o pluralismo e a diversidade tornam qualquer ambiente melhor e mais rico. Dessa forma, o STF concluiu que a Lei nº 12.990/2014 supera o teste da igualdade formal, material e como reconhecimento [...].

Nesse contexto, sempre prevaleceu que o Administrador Público é livre para realizar as políticas mais convenientes a sua ideologia partidária, ao seu programa de governo e assim outros setores públicos, até então, não ousaram interferir nessas escolhas, pelo menos em regra. Isso numa retrospectiva histórica.

Ocorre que a demanda por obras e serviços públicos vem aumentando, bem como as pessoas têm obtido maior acesso aos órgãos jurisdicionais, sejam pelo aparelhamento da Defensoria Pública, seja pela efetivação dos Órgãos do Ministério Público e sua atuação, sobretudo via ação civil pública.

Então, cada vez mais o Poder Judiciário vem sendo chamado a decidir sobre as políticas públicas, sendo discutível até que ponto é possível ingressar no ato administrativo.

4.1 CORRENTE FAVORÁVEL A ADJUDICAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA

Há quem defenda a possibilidade de o Poder Judiciário interferir nas políticas públicas, implementando-as através de decisões, atendendo pedidos de particulares, sobretudo do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Dessa maneira, o Poder Judiciário poderia ingressar no mérito da escolha da política pública, na medida em que, atendendo a pedidos formulados em ações judiciais, dar provimento favorável ao pedido do autor. Interesse raciocínio nesse sentido favorável é a superação do entendimento de que as normas de direitos sociais, por terem caráter meramente programático, seriam insuscetíveis de conferir direitos subjetivos a serem implementados pelo Poder Judiciário, conforme ensina Marcelo Novelino (2016, p. 460). Exemplos são variados, desde a determinação para a realização de cirurgias, tratamentos médicos, contratação de vagas para internação, construção de presídios e diversas obras e serviços.

O próprio Supremo Tribunal Federal já julgou ação direta de inconstitucionalidade por omissão na qual se pleiteava declarar a omissão do Governo Brasileiro quanto aos investimentos em educação. A esse respeito, veja-se a decisão do STF:

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação ao disposto nos arts. 6º; 23, V; 208, I; e 214, I, da Constituição da República. Alegada inércia atribuída ao presidente da República para erradicar o analfabetismo no País e para implementar o ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos os brasileiros. Dados do recenseamento do IBGE demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos. Ausência de omissão por parte do chefe do Poder Executivo federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação. A edição da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei 10.172/2001 (Aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente. [ADI 1.698, rel. min. Cármen Lúcia, j. 25-2-2010, P, *DJE* de 16-4-2010.] (site do STF)

Nessa oportunidade o Supremo até conheceu da ação, embora no mérito tenha entendido que, apesar do investimento em educação não ser suficiente, pois tem-se o analfabetismo no Brasil, o Governo Federal tem destinado quantia cada vez maior para a Educação, conforme demonstrou a Advocacia Geral da União.

Embora essa ação não tenha sido julgada procedente, somente pelo fato da Corte Máxima do país conhecer e julgar o mérito sinaliza que o Poder Judiciário pode e deve verificar se as políticas públicas têm sido implementadas, inclusive podendo determinar tais ações.

O principal argumento dessa corrente favorável é o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional inserido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Outro argumento favorável é a possibilidade de efetivação dos Direitos Sociais, os quais são Direitos Fundamentais prestacionais, notadamente ligados ao bem-estar da sociedade, constituindo-se num mínimo existencial, ou seja, num conjunto de valores básicos, sem os quais, a existência do ser humano estaria comprometida.

Sobre o mínimo existencial, valem as valiosas lições de Marcelo Novelino (2016, p. 463):

[...] A expressão mínimo existencial surgiu na Alemanha, em uma decisão do Tribunal Federal Administrativo de 1953, sendo posteriormente incorporada na jurisprudência do Tribunal Constitucional daquele país. Deduzido a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social, o termo designa um conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna. No âmbito dos direitos sociais, Ana Paula de Barcellos (2002) aponta a saúde, a educação, a assistência aos desamparados (alimentação, vestuário e abrigo) e o acesso à justiça como direitos integrantes do mínimo existencial

e que, por conseguinte, devem ter prioridade na formulação e execução das políticas públicas. A possibilidade de se invocar a reserva do possível em relação aos direitos sociais que compõem o mínimo existencial não encontra resposta homogênea na doutrina. De um lado, há quem defenda não existir um direito definitivo ao mínimo existencial, mas sim a necessidade de um ônus argumentativo pelo Estado tanto maior quanto mais indispensável for o direito postulado. De outro, há quem atribua caráter absoluto ao mínimo existencial, não o sujeitando à reserva do possível. Nesse sentido, o entendimento do Ministro Celso de Mello ao ressaltar a “impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial [...]”.

Daí o cidadão necessitaria de um mínimo de saúde, educação, lazer, moradia, abrigo, alimentação, vestuário, o que perfaz um núcleo mínimo de direitos relacionados à dignidade da pessoa humana e como tal, poderia ser efetivada por decisões judiciais, dada a eficácia da norma constitucional que os alberga.

O mínimo existencial não é somente uma teoria é o reconhecimento pelo Estado de que, enquanto ser humano, o cidadão tem direito a um conjunto de prestações positivas em seu favor, sem as quais, a vida não possui dignidade, sendo o administrado apenas um sujeito de deveres e um objeto da atuação estatal, quando na verdade, deve ser tratado como o fim e a razão de ser do Estado.

São prestações básicas de serviços e condições para que o cidadão, no seio da nação brasileira possa se desenvolver dignamente.

A esse respeito vale dizer que tais prestações básicas realizam os fins da justiça social, concretizam os objetivos da República, atuam para o desenvolvimento regional e nacional, implementam a ordem econômica e evitam problemas de saúde pública, desamparados e até previnem a criminalidade.

Contudo, a Administração Pública deve ser fiscalizada, seja por meio de seus órgãos internos como as ouvidorias, seja através de uma supervisão do próprio cidadão contribuinte que deve receber prestações de contas e publicidade das realizações públicas, bem como é função do Poder Legislativo e do Poder Judiciário fiscalizar o real cumprimento das leis e da Constituição.

Vale ainda observar que bastaria ao poder público observar adequadamente a prestação positiva no que tange ao trabalho, para que através desse direito o próprio cidadão estaria apto a conquistar todas as demais prestações relacionadas à saúde, à educação, à moradia, ao lazer e etc.

Havendo então observância do direito ao trabalho e este dignamente exercido com remuneração compatível, o Estado não precisaria investir em políticas tão

assistencialistas, temporárias, paliativas. Nesse mesmo sentido, outro argumento favorável é a vedação do retrocesso social, princípio também ligado aos Direitos Sociais, tendo o Poder Judiciário como seu protetor. Sobre a vedação do retrocesso social, vale explorar as ideias de Marcelo Novelino (2016, p. 463 e 464):

[...] o princípio da vedação de retrocesso, o qual proíbe a redução injustificada do grau de concretização alcançado por um direito fundamental prestacional, tem sido objeto de inúmeras controvérsias doutrinárias envolvendo a terminologia, natureza, âmbito de incidência, fundamento jurídico e intensidade de aplicação. A nomenclatura utilizada para designar este princípio é bastante diversificada. Dentre os vários termos utilizados pela doutrina estão “proibição de retrocesso”, “vedação de retrocesso social”, “efeito cliquet”, “proibição de contrarrevolução social”, “proibição de evolução reacionária”, “eficácia vedativa/impeditiva de retrocesso” e “não retorno da concretização”. No tocante à natureza e ao âmbito de incidência, o princípio costuma ser invocado tanto como limite extrajurídico oponível ao Poder Constituinte originário, quanto como limite jurídico imposto aos poderes públicos encarregados da concretização dos direitos fundamentais de caráter prestacional. Nesse sentido, teria por finalidade impedir a extinção ou redução injustificada de medidas legislativas ou de políticas públicas adotadas para conferir efetividade às normas jusfundamentais. A abrangência deste princípio deve ficar restrita, no entanto, aos direitos já sedimentados na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo ou sobre os quais haja consenso profundo formado ao longo do tempo, não devendo sua aplicação se estendida aos pormenores da regulamentação [...].

Logo, não se pode retroceder ao passado de não efetivação dos direitos sociais já consagrados e materializados na vida da nação, sob pena de insegurança jurídica, retorno ao status indesejado do ontem e violação aos objetos de progresso da sociedade e da humanidade.

Soma-se a isso o fato de, ao admitir retrocesso, violar a estabilidade de situações e posições jurídicas resultantes de políticas públicas já implementadas, ofendendo valores já consagrados como a segurança jurídica, a isonomia, a efetividade, a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito (NOVELINO, 2016, p.464).

Ocorre que, tal princípio da vedação do retrocesso social ainda encontra obstáculo na reserva do possível e no aspecto de liberdade do legislador de modificar a situação fática através da lei, mas também ganha força no, cada vez mais mencionado, princípio da proibição de proteção deficiente, no que tange a concretização de direitos fundamentais de cunho prestacional, os quais devem ser assegurados de forma adequada e suficiente (NOVELINO, 2016, p. 465).

4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Por sua vez, a corrente contrária a interferência do Poder Judiciário nas Políticas Públicas tem por principal argumento o princípio da separação dos poderes. Assim, a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas e nos atos administrativos que tenha essa natureza, seria uma intervenção indevida de um poder em outro poder.

Essa corrente contrária também argumenta no sentido de que, ao interferir na política pública, o Poder Judiciário acaba por prejudicar o planejamento orçamentário já previamente aprovado e previsto anteriormente pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo.

Um outro argumento é o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal que poderia estar sendo violada pelo Administrador ao acatar as determinações do Poder Judiciário.

Também no sentido contrário, há quem defenda que a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas acabaria ofendendo o princípio da reserva do possível, já que o Executivo depende de condições orçamentárias e financeiras para prover as ações que estaria sendo determinadas via decisões judiciais.

A reserva do possível é entendida como uma limitação, tanto no aspecto jurídico, quanto no sentido fático, na implementação de direitos fundamentais, sendo uma denominação extraída a partir de decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em 1972, momento em que entendeu que, em se tratando do direito a vagas no ensino superior, apesar do direito a educação estar consagrado expressamente na Constituição, caberia ao legislador, em primeiro lugar, avaliar quais os interesses da coletividade deveria ser atendidos prioritariamente pelo orçamento, dada a reserva do possível (NOVELINO, 2016, p. 461). Além disso, a doutrina extrai vários desdobramentos da reserva do possível:

[...] A estreita relação entre as circunstâncias econômico-financeiras e a efetividade dos direitos fundamentais sociais, cuja implementação impõe prestações materiais por parte do Estado, sujeita-os às condições fáticas, econômicas e financeiras vigentes. A reserva do possível deve ser analisada sob três aspectos: I) a disponibilidade fática; II) a disponibilidade jurídica; e III) a disponibilidade e proporcionalidade da prestação. A disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais é um dos aspectos mais controvertidos. A limitação e escassez

dos recursos materiais disponíveis para o atendimento das infindáveis demandas sociais condicionam, em certa medida, a realização das prestações importas pelos direitos sociais aos volume de recursos susceptível de ser mobilizado pelos poderes públicos...a disponibilidade jurídica está relacionada à existência de autorização orçamentária para cobrir as despesas exigidas judicialmente do Estado (princípio da legalidade da despesa)...Na perspectiva do demandante do direito social, devem ser analisadas a proporcionalidade da prestação e a razoabilidade de sua exigência...Se os poderes públicos agirem de modo irrazoável ou com a clara intenção de neutralizar a eficácia dos direitos fundamentais sociais, torna-se necessária intervenção do Judiciário com o intuito de viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado [...] (NOVELINO, 2016, p. 461 e 462).

Logo, de um lado emerge o mínimo existencial, demonstrando a necessidade de atuação do Poder Judiciário para realizar a proteção do valor da dignidade da pessoa humana, mesmo que para tanto tenha que controlar a atuação dos poderes públicos por meio de atos administrativos ou sua omissão.

Por outro lado, soma-se ao mínimo existencial a vedação do retrocesso social, fazendo com que o Poder Judiciário possa agir para evitar leis e políticas públicas ineficientes e que vão mais longe ao regredir no âmbito de proteção aos direitos fundamentais já implementados e sedimentado na consciência nacional.

Nesse interim, aparece a reserva do possível, exigindo um balanceamento entre a necessidade de implementação das prestações sociais e os limites fáticos, jurídicos, orçamentários e etc., os quais devem passar pelo crivo da razoabilidade.

4.3 CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Os Tribunais Superiores mantêm o discurso no sentido de que, em regra, não cabe ao Poder Judiciário ingressar no mérito administrativo, bem como ingressar nas escolhas do administrador em escolher determinada política pública, porém, em casos excepcionais, o Poder Judiciário estaria sim, autorizado pela Constituição Federal a decidir, adotando medidas capazes de implementar Direitos Fundamentais.

Inicialmente vale destacar que no âmbito do Supremo Tribunal Federal é pacífico o entendimento no sentido de que a Corte tem competência para verificar a constitucionalidade de implementação de políticas públicas pelos entes federados, conforme se verifica na decisão abaixo extraída do próprio site do STF:

[...] Programa Universidade para Todos (PROUNI). Ações afirmativas do Estado. Cumprimento do princípio constitucional da isonomia. (...) A educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade. A Lei 11.096/2005 não laborou no campo material reservado à lei complementar. Tratou, tão somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado. (...) Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um discrimen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade ("ciclos cumulativos de desvantagens competitivas"). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem [...] (ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, j. 3-5- 2012, P, DJE de 22-3-2013).

Na decisão acima, nota-se claramente o Supremo Tribunal Federal permitiu a política pública de compensação, justificando sua constitucionalidade com base na igualdade material ao permitir programa que favoreça grupos sociais historicamente não desfavorecidos no seio da nação brasileira.

Em outra importante decisão, agora de forma mais contundente, o Supremo Tribunal Federal que o Poder Judiciário pode sim determinar a implementação de políticas públicas constitucionalmente prevista, não se tratando o caso de interferência no poder discricionário, conforme vale a pena verificar:

O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. [RE 559.646 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 7-6-2011, 2ª T, DJE de 24-6-2011.] = ARE 654.823 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 12-11-2013, 1ª T, DJE de 5-12-2013

Veja-se que se trata de políticas públicas relacionadas à segurança, o que nitidamente tem previsão expressa no texto da Constituição Federal de 1988.

Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal não nega a existência do princípio ou situação da reserva do possível, mas por diversas oportunidades vem

entendendo inconstitucional toda vez que o Estado lança mão da reserva do possível de forma arbitrária para justificar sua negligência, chegando a denominar de ilícita essa conduta estatal que é notada no dia-a-dia da atuação da administração pública no Brasil, de acordo com o trecho da seguinte decisão do Ministro Celso de Mello, extraído da Arguição de Preceito Fundamental - ADPF nº 45 MC/DF (NOVELINO, 2016, p. 463):

[...] Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor de pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência [...].

Logo, nota-se claramente que o Supremo Tribunal Federal se alinha no sentido a permitir o ingresso do Poder Judiciário no âmbito de controle dos atos da Administração Pública para permitir a realização de direitos fundamentais. Ainda se pode extrair na decisão acima o fundamento do mínimo existencial, seja, em seu estabelecimento, isto é, a implementação ou a atuação do Poder Judiciário nos casos em que se verifique a falta de implementação, pois esta omissão implicaria na não preservação de condições materiais mínimas ao cidadão.

O próprio Ministro Celso de Mello já havia afirmado que o argumento de ser os direitos sociais normas programáticas não pode ser invocado de forma inconsequente pelo Poder Público para fraudar justas expectativas, inclusive caso isso ocorra, o governante estaria sendo infiel ao que determina a própria Constituição da República, conforme se verifica no trecho da decisão no bojo do RE 393.175 AgR/RS, em 12.12.2006, citado por Marcelo Novelino (2016, p. 460):

[...] O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado [...].

O fato de a norma ser programática não significa que não deve ser aplicada, notadamente em se tratando de saúde pública, conforme o artigo 196 da Carta Política, bem como o STF rechaçou ser tal argumento cabível para frustrar a expectativa das pessoas por parte do Estado.

Veja-se que o governante a pretexto do seu poder discricionário tem sido omissos quanto à realização de políticas fundamentais ao papel do Estado, já que, conforme foi mencionado temas ligados à saúde e a segurança.

Ainda no que tange a saúde, o Supremo Tribunal Federal recentemente reafirmou seu entendimento pacífico quanto a possibilidade do Poder Judiciário implementar ou determinar a implementação de políticas públicas relacionadas a promoção de serviços de saúde pública, conforme o seguinte julgado que vale a pena ser transcrito, pois além de demonstrar o perfeito cabimento da interferência do Poder Judiciário na política de saúde, demonstrou que o Estado tinha sim condições orçamentárias para implementar os serviços, mas sua omissão foi justamente as pessoas com transtornos mentais e mesmo assim o Estado recorreu e argumentou a tese da impossibilidade de o judiciário ingressar nesse mérito:

O direito fundamental à saúde dos portadores de transtornos mentais encontra arrimo não somente nos arts. 5º, 6º, 196 e 197 da Carta da República, como também nos arts. 2º, § 1º, e 6º, I, d, da Lei 8.080/1990, na Portaria 3.916/1998 do Ministério da Saúde, além dos arts. 2º, 3º e 12 da Lei 10.216/2001, que, conforme visto, redireciona o modelo assistencial em saúde mental no Brasil. A linha de argumentação desenvolvida pelo Estado requerido quanto à insuficiência orçamentária é inconsistente, porquanto comprovado que os recursos existem e que foram repassados pela União, não se podendo opor escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Comprovação nos autos de que não se assegurou o direito à saúde dos portadores de transtornos mentais no Estado do Pará, seja da perspectiva do fornecimento de medicamentos essenciais ao seu tratamento, seja no que diz respeito à estrutura física e organizacional necessárias à consecução dos objetivos previstos pelo legislador constitucional e também pelo ordinário ao editar a Lei 10.216/2001. A hipótese dos autos não cuida de implementação direta de políticas públicas, mas, sim, de cobrança realizada diretamente pela União, com fundamento na competência constitucional concorrente, para que os requeridos cumpram a sua parcela de responsabilidade no atendimento da política nacional de assistência aos pacientes com transtornos mentais. A omissão dos réus em oferecer condições de saúde dignas aos portadores de transtornos mentais exigiu a intervenção do Judiciário, tal como solicitado pela União para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades locais no tocante a esse tema, ainda mais quando demonstrados os repasses do Executivo federal para a concessão desse mister. Os usuários dos serviços de saúde, no caso, possuem direito de exigir de um, de alguns ou de todos os entes estatais o cumprimento da referida obrigação e, na hipótese, a União demonstrou que fez a sua parte, com o que se credenciou a cobrar dos requeridos a observância de suas obrigações. Os argumentos lançados nos agravos não são inéditos e já foram devidamente sopesados. A própria dedução de pedido alternativo de simples dilação de prazo para o adimplemento das medidas impostas indica que o recurso apresentado não deve prosperar. Ademais, ficaram bem divisadas as esferas de responsabilidade da União e da parte ré no atendimento aos portadores de transtornos mentais. Análise exaustiva do acervo probatório, tanto da perspectiva da falta de medicamentos, quanto no que se refere a instalações físicas, passando, ainda, pela reiteração de

comportamento omissivo por parte dos réus em oferecer condições de saúde dignas aos portadores de transtornos mentais. Assim, contrariamente ao sustentado pelas agravantes, *in casu*, o Judiciário está plenamente legitimado a agir, sobretudo em benefício dos portadores de transtornos mentais, pessoas vulneráveis que necessitam do amparo do Estado. Prazo razoável fixado para a adoção de medidas de extrema importância para o atendimento dos portadores de deficiência mental e a multa bem aplicada em patamar proporcional para estimular o cumprimento da obrigação, sem prejudicar a prestação pela parte ré de outras políticas públicas. [ACO 1.472 AgR-segundo, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 1º-9-2017, P, DJE de 18-9-2017.

Nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal fez questão de dizer que os argumentos do Poder Público em não realizar a política pública não são inéditos, bem como, o STF reafirmou com todas as letras a possibilidade e legitimidade do Poder Judiciário agir, sobretudo na proteção dos portadores de transtornos mentais, isto é, pessoas vulneráveis que precisam ainda mais da proteção do Estado, informando ainda o cabimento de multa para a omissão ao cumprimento da decisão.

Por fim, vale ainda citar no campo de atos discricionários que são as formas de contratação de pessoal para a administração pública, o Supremo Tribunal Federal regulou a opção do Administrador em contratar funcionário de forma temporária para área de saúde:

[...] O serviço público de saúde é essencial, jamais pode se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à administração estadual (...) ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções [...] (ADI 3.430, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 12-8-2009, p. DJE de 23-10-2009).

Veja-se que se percorrer toda federação brasileira, se encontra servidores temporários contratados para setores permanentes como os serviços de saúde, educação, nos presídios e etc. Dessa maneira, é árduo o caminho do cumprimento das leis e da Constituição no Brasil, sendo flagrante o sentimento de desobediência, sobretudo por parte dos governantes e administradores, das normas legais, quando deveriam ser os primeiros a cumpri-las.

Tal comportamento omissivo faz alimentar um descrédito nos atos discricionários e uma corrente que a cada dia ganha mais adeptos no sentido da diminuição de atos dessa natureza e na prevalência de atos vinculados.

Esse ambiente, conduto é equivocado no prisma de maior agilidade e flexibilidade da atuação da Administração Pública, pensando na prestação de serviços públicos necessitados pelo cidadão.

Portanto, fica demonstrado que, embora havendo na doutrina duas correntes, sendo uma contrária a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, notadamente em razão do princípio da reserva do possível e a separação dos poderes; assim como há a corrente favorável, fundada no princípio da inafastabilidade da jurisdição, no mínimo existencial e na vedação do retrocesso social, o Supremo Tribunal Federal tem decidido no sentido de que é perfeitamente possível a atuação no Poder Judiciário na seara dos atos administrativos ou sua omissão quanto a realização de Direitos e garantias fundamentais, especialmente aqueles que decorrem diretamente da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ser um Estado Democrático significa que não bastam leis que regulem as relações entre as pessoas, e entre essas e os poderes públicos, mas o conteúdo da lei deve respeitar os ditames da Constituição e sua finalidade deve ser a pessoa humana.

Não é por outra razão que o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 ao elencar as balizas nas quais o Brasil se estruturou, traz a Democracia como valor supremo.

Daí, democracia está atrelada ao conceito de Estado Democrático de Direito, identidade da República, mas não só isso, seu conteúdo certamente está inserido no conceito contemporâneo de soberania, cidadania, sem falar que inexistência de dignidade da pessoa humana sem democracia, bem como deixa claro o sentido democrático nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, brilhando ainda mais com a liberdade de ideias num clima de pluralismo político e por fim, para não pairar qualquer dúvida, a democracia é conceituada na observação de que todo poder emana do povo.

Assim, no âmbito do Direito Administrativo, pode-se observar atuação direta do princípio do Estado Democrático na construção do princípio que a doutrina chama pedra de toque do regime administrativo que é o princípio da supremacia do interesse público.

Dessa maneira, a legalidade é uma segurança necessária para frear o arbítrio do Estado, proteção contra o excesso de discricionariedade, abusos de poder, desvios de poder e desvios de finalidade. A legalidade traça o horizonte de previsibilidade do ato administrativo, dando tranquilidade ao administrador e aos administrados que podem ter o mínimo de razoabilidade de planejamento de suas vidas. A legalidade protege a probidade e afasta o déspota, realizando o interesse da coletividade no anseio de que o administrador seja coerente e zeloso nos negócios públicos. A legalidade significa um dos maiores avanços do antigo Estado Absolutista para o Estado de Direito. Ocorre que, além de Estado de Direito, o momento atual exige um Estado Democrático de Direito.

Assim, a noção de juridicidade dá liberdade à Administração Pública pela legalidade perversa que burocratizou durante muito tempo os serviços públicos e a atuação administrativa, primando pela execução de políticas públicas, cada vez mais voltadas para à satisfação dos administrados.

Verifica-se ênfase na perspectiva sistêmica, cujo centro irradiador de vontades e ordens é a Constituição Federal e uma finalidade que exige maior dedicação em prol dos destinatários de toda função administrativa que é a coletividade e seu bem-estar. Não se quer dizer que o princípio da legalidade deve ser afastado, mas é salutar que ele exista e conviva com os demais, sendo aplicado em conjunto, no caso concreto.

Os novos tempos exigem novas ideias, novos planejamentos, novas atitudes, inclusive da Administração Pública que conforme ficou verificado, assim tem-se, portanto, em certos casos, havendo muito que avançar.

Mas, já se pode notar na relativização do princípio da continuidade do serviço público, sem esquecer-se do dever de prestar um serviço adequado. Também, se nota esse avanço no reconhecimento do devido processo legal administrativo, aplicando-se seus corolários do contraditório, da ampla defesa e da duração razoável.

Nesse mesmo sentido é a relativização do conceito de contrato administrativo, pois de certo modo, e em determinados casos é cediço que a Administração Pública atua como particular, a exemplo da locação.

Constata-se uma relativização do serviço público e uma proliferação de agências reguladoras, concentrando-se o Estado na tarefa maior de fiscalizar e deixando, cada vez mais, a atividade executória para outros entes com condições mais especializadas. Porém, ocorre que a sociedade não sentiu esses benefícios tão sonhados em melhorias de prestações de serviços, sendo esta uma promessa de futuro.

Não obstante, emerge um comportamento da Administração Pública, sendo exigida a se adaptar às soluções não adversariais de conflitos a exemplo da conciliação e mediação, a exemplo do que já se faz no processo civil e também no processo penal com a transação penal, talvez com a relativização da legalidade estrita em prol da juridicidade inerente ao respeito pela ordem constitucional, dotada de princípios, essa exigência se concretize.

Finalmente, um dos maiores fenômenos observados no Direito Administrativo nos últimos anos é no que tange ao ingresso do Poder Judiciário na esfera de discricionariedade dos atos administrativos, muitas vezes implementando políticas públicas, o que tem o ponto positivo no sentido de atendimento à certas demandas da população, mas por outro lado, demonstra a falha na tradicional divisão de poderes, além de implicar na interferência, às vezes, indevida, no planejamento da Administração Pública.

Nesse sentido, o comportamento omissivo da Administração Pública e dos governantes em geral faz alimentar um descrédito nos atos discricionários e uma corrente que a cada dia ganha mais adeptos no sentido da diminuição de atos dessa natureza e na prevalência de atos vinculados. Esse ambiente, contudo, é equivocado no prisma de maior agilidade e flexibilidade da atuação da Administração Pública, pensando na prestação de serviços públicos necessitados pelo cidadão.

Logo, ficou demonstrado que, embora havendo na doutrina duas correntes, sendo uma contrária a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, notadamente em razão do princípio da reserva do possível e a separação dos poderes; assim como há a corrente favorável, fundada no princípio da inafastabilidade da jurisdição, no mínimo existencial e na vedação do retrocesso social, o Supremo Tribunal Federal tem decidido no sentido de que é perfeitamente possível a atuação no Poder Judiciário na seara dos atos administrativos ou sua omissão quanto a realização de Direitos e garantias fundamentais, especialmente aqueles que decorrem diretamente da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 25. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BALTAZAR, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito administrativo**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CAVALCANTE, Mário André Lopes. **Principais julgados do STF e STJ comentados**. 32. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodium, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella. **Direito administrativo**. 29. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE, José Emmanuel Filho; BURLE, Carla Rosa. **Direito administrativo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2016.

PLANALTO. **Código Penal**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.
Acesso em: 05 out. 2019.

PLANALTO. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em:
06 set. 2019.

PLANALTO. **Lei das Licitações**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 06 set.
2019.

SOUZA, Jorge Munhós de; FIDALGO, Carolina Barros. **Legislação administrativa para concursos – doutrina, jurisprudência e questões de concursos**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2018.

STF. **Notícias**. 2017. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=300015>.
Acesso em: 28 jun 2019; 28 set 2019; 10 out 2019; 15 out 2019.