



REVISTA Jurídica

DGCOM – DECCO / Edição nº 18 – 2019



A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: CONSIDERAÇÕES SOBRE LIMITES E POSSIBILIDADE DE CONTROLE

Articulista: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

REVISTA JURÍDICA

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: CONSIDERAÇÕES SOBRE LIMITES E POSSIBILIDADE DE CONTROLE

Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

Janeiro/2019
Rio de Janeiro

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PRESIDENTE

Desembargador Milton Fernandes de Souza

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Desembargador Cláudio de Mello Tavares

1º VICE-PRESIDENTE

Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção

2º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Celso Ferreira Filho

3º VICE-PRESIDENTE

Desembargadora Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Desembargador Gilberto Campista Guarino – Presidente

Desembargadora Lúcia Helena do Passo

Desembargadora Myriam Medeiros da Fonseca Costa

Desembargador Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira

Juíza Claudia Fernandes Bartholo Suassuna

Juíza Maria Cristina de Brito Lima

Juíza Andréa Maciel Pachá

Juíza Raquel de Oliveira

Juíza Regina Helena Fábregas Ferreira

Juiz Pedro Henrique Alves

Juíza Marcia Santos Capanema de Souza

Juíza Renata Gil de Alcântara Videira

Juíza Neusa Regina Larsen de Alvarenga Leite

Juiz Flávio Silveira Quaresma

REVISTA JURÍDICA

DIRETORIA-GERAL DE COMUNICAÇÃO E DE DIFUSÃO DO CONHECIMENTO
(DGC/M)

José Carlos Tedesco

DEPARTAMENTO DE GESTÃO E DISSEMINAÇÃO DO CONHECIMENTO (DECCO)

Marcus Vinicius Domingues Gomes

DIVISÃO DE CAPTAÇÃO DO CONHECIMENTO (DICAC)

Mônica Papf de Moura Soares

SERVIÇO DE PESQUISA E ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA (SEPEJ)

Mônica Tayah Goldemberg

PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA

André Ricardo Lima Menna Barreto

Ricardo Vieira de Lima

Sílvia Rocha de Oliveira Pimentel

PROJETO GRÁFICO

Hanna Kely Marques de Santana

ASSISTENTE DE PRODUÇÃO

Liliane Silva da Costa

REVISÃO

Ricardo Vieira de Lima

EDITORIAL

Apresentando a 1ª edição de 2019 da Revista Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, estampa-se a contribuição do Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira, enfocando o tema da discricionariedade administrativa, seus novos limites e possibilidades de controle, inclusive por parte do Poder Judiciário, uma vez que persistem graves problemas, mesmo com mais de 30 (trinta) anos da promulgação da Carta Republicana de 1988.

De forma didática e introduzindo farta citação doutrinária e jurisprudencial, o artigo é de grande importância na quadra que o Brasil atravessa, e diante das significativas modificações que o Direito Administrativo vem sofrendo, vis-à-vis o protagonismo do Poder Judiciário, mais intensamente chamado à cena por conta da crise das demais funções de Poder.

Trocando em miúdos, vive o País um momento político-institucional em que, diante da hipertrofia do Poder Executivo e, não raro, da omissão do Poder Legislativo, o Poder Judiciário, que exerce, na concepção da Voltaire, la plus belle fonction du monde, é convocado pela cidadania a efetuar um controle excepcional até mesmo de políticas públicas, diante da Constituição da República, em garantia, por exemplo, do bom funcionamento dos serviços públicos essenciais, ao mesmo tempo em que corrige e previne eventuais abusos cometidos pelo público administrador.

O emprego da discricionariedade administrativa é, na contemporaneidade, balizado pela efetiva garantia do exercício dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem admitido o controle jurisdicional da discricionariedade, objetivando, exata e justamente, a materialização das políticas públicas que visam à implementação desses direitos, afastando, por exemplo, o Princípio da Reserva do Possível, mesmo diante de normas de conteúdo programático, como é o caso do art. 196 da Carta Política Central.

Soa intuitivo que não se defende a tese do desaparecimento do ato administrativo discricionário, aquele que, no dizer de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, não tem regradados os seus elementos facultativamente vinculados (motivo e objeto) (in: Curso de Direito Administrativo, p. 143, 12ª ed., Forense, 2001), mas, sim, a de sua adequação ao Direito coevo, que tardou, mas já deu início à captação da vontade nacional, imposta pelo fato social.

Como de praxe, ao final do artigo, foram inseridos, pela equipe de jurisprudência do TJERJ, diversos julgados de nossa Suprema Corte, do Superior Tribunal de Justiça e de alguns Tribunais de Justiça.

Boa leitura.

Desembargador Gilberto Guarino
Presidente da Comissão de Jurisprudência
Janeiro/2019

SUMÁRIO

1 - APRESENTAÇÃO	8
2 - A NECESSIDADE DE RECONFIGURAÇÃO DOS LIMITES AO EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE	15
3 - A DISCRICIONARIEDADE, O PROCESSO ADMINISTRATIVO E A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES NELE PROFERIDAS	17
3.1 - DA MOTIVAÇÃO	20
3.2 - O VALOR DO PROCEDIMENTO NA MOTIVAÇÃO	23
4 - O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO E A DISCRICIONARIEDADE. A BURLA AO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO	27
5 - A DISCRICIONARIEDADE DO NÃO. A REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE NOS ATOS DE CONSENTIMENTO	29
6 - DISCRICIONARIEDADE E EFICIÊNCIA	35
6.1 - O CONTROLE DA INEFICIÊNCIA E A DISCRICIONARIEDADE	38
7 - DIREITOS FUNDAMENTAIS E DISCRICIONARIEDADE	40
8 - A COERÊNCIA ADMINISTRATIVA E A PROTEÇÃO À LEGÍTIMA CONFIANÇA	45
9 - A CONTRAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE. A REDUÇÃO DA DISTÂNCIA ENTRE O MÍNIMO E O MÁXIMO. REDUÇÃO A ZERO	48
10 - CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	55

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	61
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	84
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO	98

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS	118
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	122
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA	127

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA:

CONSIDERAÇÕES SOBRE LIMITES E POSSIBILIDADE DE CONTROLE

Cláudio Brandão de Oliveira*

1. APRESENTAÇÃO

O artigo que se apresenta versa sobre algumas das possibilidades de limitação do poder conferido aos agentes administrativos para formular escolhas discricionárias. A partir dos limites abordados no trabalho, também serão demonstradas as possibilidades de controle, inclusive o judicial.¹

No Direito Administrativo, a discricionariedade, materializada na liberdade atribuída aos agentes públicos para escolher entre dois ou mais objetos, juridicamente possíveis, sempre estará sujeita a novas atualizações e revisões. Há uma produção intensa de novos trabalhos e estudos sobre as diversas questões que envolvem a atuação do administrador. A razão de fundo para tamanho interesse pelo tema não é de difícil compreensão, e tem como fundamento o esforço, sempre atual, no âmbito do próprio

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Professor do Departamento de Direito Público da UFF. Vice-Presidente do Fórum Permanente de Estudos Constitucionais, Administrativos e de Políticas Públicas da EMERJ.

1 O artigo foi elaborado com base em anotações, pesquisas e trabalhos realizados no curso de doutoramento do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense.

Direito Administrativo, de buscar o aprimoramento dos instrumentos de controle do exercício do poder.²

O que há de novo nessa busca é o reposicionamento da sociedade e do Estado, em tempos de pós-modernidade, com reflexo na liberdade concedida aos agentes públicos para a formulação das escolhas públicas. Assim, a discricionariedade, há muito estudada pelo Direito, mantém a sua atualidade e desperta novos interesses, por parte daqueles que têm um olhar atento sobre a realidade.³

Uma das características dos tempos atuais é a maior visibilidade dos agentes públicos, fato que permite a crítica e viabiliza os movimentos de fiscalização e controle. A sociedade, mais conscientizada e com acesso às informações, tende a exigir melhores resultados no atendimento das demandas definidas como sendo prioritárias.

É diante dessa nova realidade, cada vez mais surpreendente, que devemos revisitar alguns institutos, criados para sobreviver ao longo do tempo, desde que amoldados às mutações que surgem nas relações entre sociedade e Estado, entre a política e o poder, entre liberdade ou regramento na conduta dos agentes.

A proposta do presente trabalho é a de discutir, a partir da discricionariedade, os novos limites impostos à liberdade dos agentes públicos na formulação de suas escolhas, e a possibilidade de controle judicial.

2 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar das relações de poder e seu controle, em artigo denominado “Poder, organização política e Constituição: as relações de poder em evolução e seu controle”, afirma: “Direito e poder são temas que envolvem os dois grandes instrumentos de progresso e da civilização: o poder – a energia que move os homens e as sociedades para a realização de seus objetivos, e o direito – a técnica social criada para a disciplina e contenção do poder. Para a realização dos objetivos coletivos, cada vez mais labirínticos e desafiadores, o processo histórico tornou o poder também cada vez mais colossal e complexo, possibilitando o aparecimento de gerações de megaestruturas institucionais aplicadas ao planejamento e ao emprego de imensas energias concentradas, e, por isso mesmo um crescente desafio ao próprio homem e às suas liberdades individuais. Entretanto, em paralela evolução, o direito, dando respostas aos desafios, teve dois milênios para amadurecer elaboradas estruturas institucionais de controle, destinadas a assegurar os valores tidos como insacrificáveis na convivência humana, no topo dos quais se alçam as inerentes à pessoa humana.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. In: _____. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3).

3 Celso Antônio Bandeira de Mello já fazia em sua obra a seguinte reflexão sobre a discricionariedade: “[...] em despeito do muito que já se escreveu sobre o assunto, ainda há muito espaço para que muito mais se escreva, pois há tópicos importantes que precisam ser visitados ou revisitados.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 9-10).

Ao longo do tempo, a discricionariedade e seus limites foram sendo amoldados. No início do Estado Moderno, ainda sobre a influência do conceito das Razões de Estado, de berço absolutista, a discricionariedade era o instrumento perfeito para justificar práticas abusivas e arbitrárias, imunes a qualquer tipo de controle.

Com a consolidação do Estado Moderno e do próprio Direito Administrativo como ramo do Direito propenso a controle do exercício do poder, a atividade discricionária da Administração passa a ser passível de controle, ainda que apenas em seu aspecto formal e legal, preservando-se o chamado mérito administrativo de qualquer interferência externa. Havia preocupação de que as formas de controle não atingissem as opções feitas pelo administrador, argumentando-se que não existia autorização constitucional para a substituição da vontade do gestor pela vontade do juiz. No Brasil, a jurisprudência era pacífica, no sentido de que o controle judicial de atos discricionários somente poderia atingir aspectos de legalidade.⁴

Nos dias atuais, o conteúdo do ato discricionário pode ser objeto de avaliação e controle, adotando-se novos parâmetros que se mostram compatíveis com as radicais transformações em curso na sociedade, no Estado e, como consequência, no Direito Administrativo. Alguns princípios, ainda que não previstos expressamente na Constituição, são usados para justificar a possibilidade de controle judicial do uso correto da discricionariedade administrativa. Ganha relevo, nesse cenário, o princípio da proporcionalidade⁵, apto a exigir que a atuação da Administração ocorra na exata medida da necessidade pública.

Essa possibilidade de controle, ainda tímida no Brasil, com frequência é utilizada em outros países, partindo-se da premissa de que o exercício da discricio-

4 Sobre o tema, cita-se, dentre muitas, a seguinte decisão: “STF - AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 777502 RS (STF) - Data de publicação: 22/10/2010 - Ementa: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557 DO CPC. APLICABILIDADE. ALEGADA OFENSA AO ART. 2º DA CF. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. APRECIÇÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Matéria pacificada nesta Corte possibilita ao relator julgá-la monocraticamente, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, e da jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal. 2. A apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário tido por ilegal e abusivo não ofende o Princípio da Separação dos Poderes. Precedentes.”

5 Foi com base nesse princípio que se começou a aceitar o controle das medidas desproporcionais impostas pela Administração aos particulares, com base no exercício do poder de polícia. Qualquer restrição aos direitos de liberdade e de propriedade, previstos na Constituição, somente se legitima quando é proporcional ao interesse público existente.

nariedade somente é legítimo quando observa os limites definidos pelo Direito e produz resultados compatíveis com a lógica e a razoabilidade.⁶

Não se pode tolerar a mera invocação, pelo administrador, da liberdade de escolha reconhecida pela ordem jurídica para justificar decisões desproporcionais, contrárias ao bom senso e que descumprem comandos constitucionais. A jurisprudência evoluiu e os Tribunais Superiores no Brasil já reconhecem a possibilidade maior de controle sobre as opções supostamente discricionárias do administrador.⁷

A discricionariedade consolida-se, não mais como instrumento revelador da vontade do governante, mas da satisfação do interesse público, delimitado pelo direito e respaldado na Constituição. No mesmo sentido, o Direito Administrativo ocupa-se, não mais em apenas legitimar opções discricionárias do administrador com a justificativa genérica de adoção dos vagos conceitos de conveniência e oportunidade. A legitimidade das decisões administrativas envolve, atualmente, a adoção de procedimentos administrativos corretos, com decisões fundamentadas e capazes de indicar que o resultado obtido preserva o direito e revela-se eficiente.

Uma das missões do Direito Administrativo é o desenvolvimento de condições jurídicas para a prevenção e repressão do abuso no exercício do poder.⁸ As

6 No Reino Unido cabe aos juízes examinar o mérito da ação discricionária, na busca da intenção implícita da lei, de modo a afastar o excesso de poder (*ultra vires*). Na França, o Conselho de Estado admite, nas operações de urbanismo e nas expropriações, que se pondere a noção do custo-benefício, como índice de proporcionalidade entre o sacrifício do direito individual e a utilidade pública do ato, conforme o entendimento firmado na decisão do caso Ville Nouvelle Est, em 28 de maio de 1971. No Direito britânico, a discricionariedade é vista como uma faculdade atribuída pelo poder soberano – *the Queen-in-Parliament* – consistente num poder de eleição que deve ser exercido nos limites concretos fixados pela lei, ou nas normas administrativas regulamentares (*guidelines*). O desrespeito caracteriza uma decisão administrativa *ultra vires*, controlável pela apreciação dos fatos, do *error of law* (erro de direito), pela técnica dos precedentes, pela *natural justice* ou *procedural impropriety* (obediência a regras procedimentais) e pelo princípio da *reasonableness* (razoabilidade).

7 O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre o tema: “1. Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido” (STJ, REsp 429.570/GO, 2.^a T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 11.11.2003, DJ 22.03.2004).

8 Odete Medauar registrou essa tendência na evolução do Direito Administrativo da seguinte forma: “Na França buscou-se em traduzir fórmula jurídica a obrigação de observância do fim, criando-se a figura do vício do ato administrativo por desvio de poder ou desvio de finalidade.”

autoridades, ou seja, agentes públicos com poder decisório, com frequência inco-
mum, tendem a usar de forma abusiva as prerrogativas que o direito lhes confere.⁹

A discricionariedade não é o mero exercício de liberdade por um agente público, normalmente com atribuições administrativas. É mais do que isso. A discricionariedade somente existe quando há limites definidos na ordem jurídica para o exercício da margem de liberdade conferida ao administrador. Se não há limite ou controle, não há discricionariedade, mas outra forma de exercício do poder normalmente denominada *arbitrio*.

O arbitrio não significa escolhas erradas, mas sim escolhas feitas sem limites ou controle. O exercício do poder, feito dessa forma, pode gerar soluções adequadas e justas, ou perversas e inadequadas. Ainda que não soe bem, o arbitrio pode produzir soluções justas, mas o fato é que a sociedade não pode conviver com incertezas e correr riscos, em razão da impossibilidade de, juridicamente, controlar seus governantes.

Não há, no Direito Administrativo, melhor justificativa para o exercício do arbitrio ou da prática de abusos, do que a discricionariedade. O caminho das escolhas livres conferido ao administrador pode, com certa facilidade, ser desviado em direção a opções que efetivamente não representam o interesse público.

O uso abusivo, arbitrário, autoritário ou desproporcional de liberdades conferidas pelo ordenamento jurídico ao gestor público constitui forma ilegítima de exercício do poder. O pretexto de agir de forma discricionária, com liberdade de escolha, servia para mascarar outros propósitos que não necessariamente passavam pelo atendimento do interesse público.

Há um esforço secular no aprimoramento das formas e do objeto de controle da atividade administrativa do Estado. Durante muito tempo, as possibilidades de controle envolviam somente a verificação da compatibilidade dos atos e contratos celebrados pelo Poder Público com a lei.

A discricionariedade administrativa é a margem de escolha juridicamente conferida a órgãos ou agentes administrativos para a formulação de escolhas

(MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 121).

⁹ É necessário que se reconheça, com maior destaque, o princípio da vedação à arbitrariedade, entendido como a proibição de tomada de decisões, no âmbito estatal, unicamente com base em avaliações subjetivas do agente público. Qualquer decisão ou deliberação pública deve ser pautada pelo Direito. Apesar de debatida ainda hoje, a questão já constava do texto da Constituição Espanhola de 1978, que determinava, em seu artigo 103, que “*la Administración actúe con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*”.

públicas. A discricionariedade está presente nas situações em que a Administração, por seus agentes, pode escolher entre duas ou mais alternativas, juridicamente possíveis.

Sobre o tema, há consenso de que o exercício da discricionariedade deve ser limitado pelo Direito, sob pena de se configurar uma situação de arbítrio. Também é certo que a escolha a ser feita pelo agente público deve ser aquela que melhor atenda ao interesse público, na situação concreta.

Se não há divergência significativa sobre o conceito de discricionariedade administrativa, a questão dos limites ainda é tema em evolução. Discute-se com intensidade até onde o administrador pode justificar suas escolhas discricionárias, sem ter que prestar conta aos órgãos de controle e à própria sociedade.

A discricionariedade, como instituto, pressupõe um mínimo de democracia, de ordem jurídica consolidada, reconhecida e efetivamente respeitada por todos. Também é fundamental que exista a divisão das funções estatais entre órgãos independentes que efetivamente exerçam entre si um controle recíproco constitucionalmente estabelecido.

Em ambiente sem democracia, a liberdade sem controle, exercida pelo administrador, revela o exercício do arbítrio e não deve ser confundida com uma atividade verdadeiramente discricionária.

O sentido de democracia, aqui tratado, não se refere apenas ao governo da maioria através de representantes¹⁰ eleitos, sem que exista o compromisso com direitos reconhecidos pela ordem jurídica aos grupos minoritários. A democracia substancial pressupõe que os eleitos assumam o compromisso com o bem-estar de todos, inclusive dos mais fracos. Ela envolve o cidadão no processo de escolhas públicas. É o direito de não apenas eleger a pessoa do governante, mas a forma como a maioria entende que o interesse público deve ser conduzido, de acordo com a ordem constitucional previamente definida, e com respeito aos direitos considerados fundamentais.

A discricionariedade é, assim, o exercício de liberdade na formulação das escolhas públicas, com limites efetivos definidos na ordem jurídica. A existência de limites, definidos pelo Direito, e o respeito, por parte do administrador, são essenciais

10 “A versão ‘moderna’ da democracia é mais simples e pragmática: trata-se apenas de um processo pelo qual certos *indivíduos* adquirem poder de decidir em nome de outrem através de um processo de *competição* pelo voto.” (PEREIRA, Paulo Trigo. “A teoria da escolha pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal?” In: *Análise Social*, vol. XXXII (141), 1997 (2º), pp. 419-442).

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

para a configuração da verdadeira discricionariedade, objetivando viabilizar o controle dos eventuais abusos e legitimar as escolhas feitas.

Ainda que muitos não percebam, a classificação que divide os atos da Administração em vinculados ou discricionários está relacionada com o ambiente democrático no qual o administrador acate as determinações do legislador, quanto à escolha a ser feita (ato vinculado), ou use a sua liberdade na formulação das escolhas públicas, de acordo com os limites previamente definidos na ordem jurídica (ato discricionário). Democracia e discricionariedade estão, portanto, diretamente relacionadas.

2 - A NECESSIDADE DE RECONFIGURAÇÃO DOS LIMITES AO EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE

A discricionariedade, inicialmente tratada como poder ilimitado da Administração, constitui, nos dias atuais, o poder/dever de definir, entre as várias possibilidades, a que melhor atenda ao interesse público.

Por não ser absoluto, o exercício da discricionariedade deve estar sujeito a limites e controles, democráticos e juridicamente estabelecidos. Os limites começam a ser definidos pela exigência de um adequado procedimento administrativo que produza um resultado eficiente, devidamente justificado e compatível com os direitos fundamentais.

Assim, o presente trabalho indica que a mera invocação dos critérios de conveniência e oportunidade não é suficiente para justificar as escolhas da Administração Pública. Depois, deve ficar evidenciado que o desempenho da atividade discricionária depende de um correto procedimento que conduza à melhor solução, devidamente justificada e compatível com a materialização dos direitos considerados fundamentais.

É dever que se impõe ao administrador público esgotar todas as possibilidades para encontrar a melhor solução ao desafio

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

que a discricionarietà traz. Não há margem de tolerância para a aceitação de soluções ineficientes, e que não possam ser adequadamente justificadas.

Os limites ao exercício da discricionarietà foram sendo amoldados ao longo do tempo e de acordo com a evolução da relação entre sociedade e Estado. No processo de aprimoramento, a liberdade, inicialmente prevista em abstrato, deve sofrer limitações durante o procedimento de construção e escolha da melhor decisão. Revela-se incompatível com a atual ordem jurídica o exercício de qualquer função estatal sem limite ou controle.

A seguir, algumas considerações serão feitas sobre a forma de definição dos limites para a formulação das escolhas administrativas.

3 - A DISCRICIONARIEDADE, O PROCESSO ADMINISTRATIVO E A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES NELE PROFERIDAS

Foi longo o tempo necessário para a aceitação da existência de processos fora do ambiente jurisdicional. Os estudos sobre a matéria processual se desenvolveram em torno de um instrumento jurídico capaz de permitir a busca por solução justa a um conflito de interesses. Tudo caminhava para a consolidação do monopólio jurisdicional do processo, com desprezo para a forma de desenvolvimento das funções administrativa e legislativa.

Nos dias de hoje, o processo administrativo, com suas espécies e procedimentos, é estudado como forma de limitação do uso da discricionariedade administrativa, sendo, ainda, um instrumento de obtenção de decisões administrativas mais justas e razoáveis. A observância de regras mais rígidas, quanto à necessidade de adoção de procedimento específico, antes da tomada de decisões administrativas, com observância dos princípios que regem a atividade administrativa do Estado, é considerada fundamental para que a discricionariedade não seja simplesmente resultante do exercício do arbítrio, por parte do administrador, com a singela justificativa da adoção de critérios de conveniência e oportunidade. A discricionariedade, precedida da realização de

um procedimento, resultará em decisão plenamente justificada e compreensível, aos olhos dos administrados.

Somente no último quarto do século passado ganhou força o entendimento de que o processo não se limita a proporcionar o desempenho eficiente e justo da função jurisdicional. Na formulação das escolhas administrativas e das deliberações legislativas existe um processo, constitucionalmente previsto, que vai orientar e permitir a tomada de decisões e deliberações socialmente justas, e no tempo certo.

Assim, observa-se que os atos administrativos não são praticados de forma isolada. Eles integram um procedimento administrativo que juridicamente é necessário para a sua formação. O procedimento serve para registro do ato, conta sua história e o legitima quando a autoridade que o conduz indica as razões que levaram à sua escolha, e o caminho necessário à sua edição.

O procedimento administrativo e a correta fundamentação das decisões dele resultantes, ainda que discricionárias, são temas atuais e estratégicos. Desprezava-se, nos atos discricionários, qualquer rigor no seu processo de formação e na sua decisão final, com o equivocado argumento de que a escolha envolvia exclusivamente a valoração, por parte da Administração, de critérios de conveniência e oportunidade. Em complemento, alegava-se que era desnecessária a divulgação dos critérios utilizados, por envolver matéria sujeita à “reserva da administração”, imune, portanto, às diversas modalidades de controle externo. Por fim, ainda na premissa equivocada, havia a percepção de que qualquer tentativa de controle implicaria a indevida invasão de um poder sobre assunto constitucionalmente destinado a outro, caracterizando lesão ao princípio constitucional da separação entre os poderes.

O processo administrativo, com procedimentos e princípios setoriais que lhe dão identidade própria, é o palco onde se desenvolve a atividade administrativa do Estado e são praticados os atos administrativos, inclusive os discricionários. Por ser o espaço de construção de decisão administrativa, a relevância do procedimento vem sendo reconhecida pelo Direito. Parte-se da constatação lógica de que as imperfeições no processo de construção geram resultados insuficientes, ilegais ou desproporcionais.

Hoje é possível afirmar que a atuação da Administração está procedimentalizada e suas decisões são proferidas após o transcurso de cada uma das etapas, logicamente organizadas e devidamente instruídas.¹¹ O processo administrativo não

¹¹ As decisões administrativas são tomadas de forma escrita e devidamente fundamentada. São excepcionais as situações nas quais se admitem atos verbais e sem procedimento prévio. Constituem exemplo dessa situação as ordens urgentes decorrentes do exercício do poder de polícia.

é mais considerado um entrave burocrático e desnecessário à construção da decisão administrativa.¹² Ele é importante na construção daquela que deve ser a melhor solução, considerados, não só a legalidade como princípio, mas também a proporcionalidade e a economicidade.

Também deve ser lembrado que a valorização do procedimento permite uma maior participação do administrado no processo decisório, democratizando a atividade administrativa do Estado, inclusive a discricionária. O procedimento administrativo democrático contribui para a busca do consenso, deixando clara a possibilidade da legítima interferência do particular, na qualidade de interessado, no processo decisório público, além de viabilizar o controle quando alguma irregularidade for verificada.

O controle sobre as etapas do procedimento administrativo, considerado o instrumento de construção do ato, reduz a possibilidade de crítica ao resultado final, repita-se, construído ao longo das diversas etapas e com a participação do interessado.¹³

12 Segundo Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva: “O procedimento – nascido a serviço do acto para explicar o seu nascimento e exaltar o seu domínio, através da distinção entre acto recorri-vel (“procedimento”) e actos instrumentais – destruiu praticamente o acto, reduzindo-o a um mero resumo dos elementos pré-formados no decurso do procedimento. [...] De acordo com esta corrente, a nova perspectiva acerca do procedimento apresentaria duas vantagens significativas relativamente à tradicional doutrina do acto administrativo: a) A possibilidade de uniformização do tratamento dogmático de toda atividade administrativa, pois o procedimento constitui um fenómeno comum a todos os domínios da Administração pública e encontra-se, por isso, em condições de ‘fazer a ponte’ entre a actuação de gestão pública e de gestão privada. b) A possibilidade de entender a integralidade da atividade da Administração, assim, como do seu relacionamento com os privados, ao longo do tempo, e não apenas no ‘momento’ da prática do acto administrativo. [...] No que concerne à primeira das referidas vantagens, ela decorre do facto da complexidade da função administrativa ser, hoje em dia, de tal ordem que praticamente nenhuma decisão é *one shot*, ou seja, nenhuma decisão se esgota em um único ato, pelo que se a sucessão de decisões não fosse ordenada, elas encavalitarse-iam e contradizezer-se-iam. No tocante à segunda das vantagens apontadas, só o procedimento permitiria considerar a totalidade das actuações administrativas. Haveria, assim, que olhar para a actuação administrativa na sua integralidade, considerando o seu desenvolvimento progressivo ao longo do tempo, tal como ela se manifesta no procedimento, não bastando analisar o momento terminal e estático do acto que lhe põe termo.” (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 302).

13 Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva afirma: “Isto porque a participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua resolução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante fator de legitimação e de democraticidade de actuação da Administração Pública. (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Op. cit., p. 402).

O procedimento, por não ser um mero acessório dentro do processo decisório, precisa ter o reconhecimento de sua autonomia, em que as decisões, ainda que intermediárias, são tomadas de forma fundamentada e coerente com a etapa em curso.

A via procedimental, necessária para legitimar os atos estatais, é caminho aparentemente sem volta. As leis de procedimento administrativo, elaboradas em muitos países, inclusive no Brasil, refletem a importância constitucional que o tema exige, pois tornam o cidadão, antes súdito, participante de forma ativa do processo decisório público, retirando-o da plateia para alçá-lo ao palco.

Não é desprezível o argumento de que o procedimento ocupa hoje papel tão relevante, ou, por vezes, mais importante, que a decisão final. O ato praticado ao final do procedimento é o reflexo das provas que foram produzidas e dos argumentos que ao final foram considerados mais sólidos. Busca-se um resultado natural e incontroverso, possível somente nas situações nas quais o procedimento é respeitado por ter observado todos os princípios a ele aplicáveis.

A importância do procedimento e das decisões nele proferidas fez com que o Direito voltasse sua atenção para o processo de formação das decisões, incorporando ao seu regime jurídico uma série de princípios previstos na Constituição, ou reconhecidos pela doutrina. A incorporação do processo administrativo a um sistema jurídico mais rígido e contemporâneo impactou o conteúdo das decisões, notadamente as discricionárias, bem como a atuação dos agentes.

3.1 DA MOTIVAÇÃO

Os atos, inclusive os administrativos, como manifestação de vontade de quem os pratica, devem ter respaldo jurídico e guardar compatibilidade com a realidade e com o ordenamento jurídico previamente estabelecido. No mesmo sentido, os atos somente serão considerados válidos se forem compatíveis com a realidade. A combinação entre realidade e direito forma o motivo do ato administrativo, um de seus elementos ou requisitos.

Por ser elemento, o motivo é indispensável para a existência e a validade dos atos praticados pela Administração Pública. O ato somente se considera perfeito quando a justificativa sobre o fato se revele compatível com a realidade, e a razão jurídica apresentada seja adequada ao direito. Não basta, portanto, a existência de uma base fática e a mera invocação de um fundamento jurídico, para que se considere válido um ato. Há necessidade de adequação, harmonia e proporcionalidade entre eles, sob pena de nulidade.

A origem autoritária da discricionariedade trazia como característica a desnecessidade de explicação das razões que justificavam as escolhas da Administração. O motivo do ato era desconhecido e não precisava ser revelado. Somente o seu resultado era disponibilizado, sem permitir acesso à informação e à conseqüente possibilidade de controle.

A leitura de obras mais remotas de Direito Administrativo indica que a prática de atos sem a devida justificativa era aceita e até mesmo considerada normal e necessária para viabilizar um campo próprio de atuação do Administrador, imune a críticas e controles. Eram invocados os famosos critérios de conveniência e oportunidade, repetidos ainda hoje para não justificar decisões, ainda que relevantes e com forte impacto na vida das pessoas.

O princípio da motivação foi construído pela doutrina e recebeu forte oposição dos que defendiam maior liberdade decisória para autoridades administrativas, sempre com a justificativa de que o exercício do poder discricionário era livre e não deveria estar sujeito a controles externos.

O chamado mérito administrativo, protegido pela “reserva de administração”¹⁴, não poderia ser objeto de sindicabilidade ou de controle. Argumentava-se que a valoração dos critérios de conveniência e oportunidade somente poderia ser feita pela própria autoridade competente, e que qualquer interferência externa implicaria a violação ao princípio da separação entre os poderes.

14 Até hoje na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal são utilizados como justificativa, para inviabilizar o controle, a preservação do mérito administrativo e da reserva de administração. Vejam-se os julgados a seguir: “O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. [...] Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação *ultra vires* do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais.” (RE 427.574-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-12-2011, Segunda Turma, DJE de 13-2-2012). “Ofende a denominada reserva de administração, decorrência do conteúdo nuclear do princípio da separação de poderes (CF, art. 2º), a proibição de cobrança de tarifa de assinatura básica no que concerne aos serviços de água e gás, em grande medida submetidos também à incidência de leis federais (CF, art. 22, IV), mormente quando constante de ato normativo emanado do Poder Legislativo fruto de iniciativa parlamentar, porquanto supressora da margem de apreciação do chefe do Poder Executivo Distrital na condução da administração pública, no que se inclui a formulação da política pública remuneratória do serviço público.” (ADI 3.343, Rel. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgamento em 1º-9-2011, Plenário, DJE de 22-11-2011).

Ocorre que a liberdade conferida ao administrador não é necessariamente exercida em proveito dos administrados. A ausência de divulgação das razões de fato e de direito que justificaram a prática do ato dificultava o manejo dos instrumentos de controle, por parte daqueles que se sentiam prejudicados, e estimulava a prática de abusos e arbitrariedades.

Assim, a motivação dos atos decisórios tornou-se tema estratégico nos estudos que levam à contenção do exercício do poder e, especialmente, à possibilidade de controle da atividade administrativa. A exigência de fundamentação dos atos decisórios, discricionários ou vinculados, passou a ser tratada como direito do administrado, mas sua implantação não foi rápida no Brasil.

Constitui direito do administrado saber quais foram as razões utilizadas pelo agente público para a prática do ato. Assim, houve o progressivo reconhecimento de que os atos mais importantes, de conteúdo decisório e capazes de produzir impacto sobre eventuais direitos de particulares, deveriam ser motivados. O agente público, encarregado da prática do ato, deveria expor, de forma clara e compreensível, as razões que justificaram sua escolha.

Na atualidade, são raras as situações nas quais a ordem jurídica dispensa a Administração da obrigação de expor as razões de sua escolha. Existem, assim, atos com motivo, mas sem motivação. Com a desnecessidade de fundamentação, são inacessíveis, aos administrados, as razões que levaram à tomada da decisão, fato que torna difícil o exercício de qualquer forma de controle.

Construiu-se a teoria dos motivos determinantes, capaz de permitir o controle dos atos motivados, ainda que discricionários, através da verificação da compatibilidade das razões de fato com a realidade, e das razões de direito com a lei.¹⁵

A Constituição brasileira de 1988¹⁶ contribuiu para o debate, ao prever

15 Segundo Alexandre de Moraes: “Pela teoria dos motivos determinantes, os motivos expostos pelo administrador como justificativa para a edição do ato associam-se à validade do ato, vinculando o próprio agente, de forma que a inexistência ou a falsidade dos pressupostos fáticos ou legais ensejadores do ato administrativo acabam por afetar sua própria validade, mesmo que o agente não estivesse obrigado a motivá-lo. [...] A teoria dos motivos determinantes aplica-se a todos os atos administrativos, pois, mesmo naqueles em que a lei não exija a obrigatoriedade de motivação, se o agente optar por motivá-lo, não poderá alegar pressupostos de fato e de direito inexistentes ou falsos. Portanto, toda vez que a administração motiva o ato administrativo, esse somente será válido se os motivos expostos forem verdadeiros.” (MORAES, Alexandre de. “Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários”. In: *Revista de Direito Administrativo* (2006)). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42538>. Acesso em 10 set. 2017.

16 “Art. 93, X: as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.

que as decisões administrativas dos tribunais devem ser motivadas, sem ressalva a qualquer tipo de ato, vinculado ou discricionário. Por tornar obrigatória a fundamentação da decisão administrativa dos tribunais, o princípio da motivação passou a ser exigido também para os atos da mesma natureza praticados pelos demais Poderes.

Posteriormente, no art. 50 da Lei nº 9.784/1999¹⁷, que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, foi definida a obrigação de motivação dos atos administrativos de conteúdo decisório, enumerando-se, de forma exemplificativa, os atos que necessariamente receberiam motivação.

Observa-se, por fim, que os atos praticados pela Administração, ainda que no exercício de sua competência discricionária, devem ser adequadamente motivados, indicando de forma clara e precisa as razões de fato e de direito que justificaram a escolha feita. O ato administrativo discricionário, uma vez motivado, poderá ser objeto de controle caso a opção feita acabe por atingir direito de alguém.¹⁸

3.2 O VALOR DO PROCEDIMENTO NA MOTIVAÇÃO

Já se mencionou que os atos administrativos são construídos a partir de um procedimento administrativo, instaurado por autoridade competente e na forma correta. O procedimento bem instruído e regularmente realizado permitirá, por exemplo, a fundamentação *per relationem*, ou seja, que a motivação não se concentre no ato isoladamente, mas no procedimento que lhe deu origem.¹⁹

17 “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.”

18 A Constituição brasileira, no inciso XXXV, do art. 5º, adota o sistema da jurisdição única, ao permitir o controle judicial de qualquer ato que viole ou ameace direitos, ainda que proveniente da Administração Pública, no exercício da discricionariedade.

19 “[...] em suma, o palco do ato é o procedimento, relevando toda estrutura procedimental e não apenas o acto final, daí a relevância da fundamentação *per relacionem*” (ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 19).

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

Durante o procedimento são praticados vários atos de acordo com uma sequência que deve ser lógica. Os atos intermediários, praticados durante o procedimento, também devem ser motivados, salvo aqueles de natureza ordinatória, destinados ao mero encaminhamento do processo. O procedimento motivado elimina dúvidas e imprecisões, quanto ao desfecho do processo, tudo em benefício do administrado.

Ao final do processo, a fundamentação deve trazer referências à fase instrutória, não se admitindo decisões contrárias às provas e alegações produzidas. O que se pretende é que a decisão final de cada processo administrativo não seja mais um mero exercício do poder discricionário, no limite do arbítrio, mas um ato no qual a margem de liberdade do agente competente foi sendo reduzida durante o procedimento, de forma que sua decisão, antes de constituir uma simples valoração de critérios de conveniência e oportunidade, reflita o que se desenvolveu durante o procedimento.

A motivação, atrelada ao procedimento, serve para deslocar a importância maior do ato final, que é a decisão, para o seu processo de formação, que são as provas, as alegações e a correta observância dos princípios setoriais aplicáveis ao processo administrativo. Evita-se, com um bom procedimento, devidamente instruído e motivado, decisões que tragam grau relevante de surpresa para os interessados.²⁰

A instrução, devidamente justificada e bem realizada, fornece à autoridade encarregada da decisão os elementos necessários para declarar aquela que é a melhor solução e, conseqüentemente, a única. Por outro lado, se o resultado do ato for incompatível com o resultado da instrução, evidencia-se vício capaz de justificar o controle da decisão. Se a instrução foi realizada de forma errada ou precária, a deci-

²⁰ “Como já dito, a procedimentalização da atividade desempenhada pela Administração Pública estabelece parâmetros normativos que vinculam a atuação do agente público e funcionam como mecanismo orientador prévio das decisões administrativas. Desse modo, a instituição de um controle pautado nos procedimentos administrativos e nos resultados apresenta-se como a solução viável encontrada para os riscos de insegurança jurídica e quebra da probidade administrativa gerados pela abertura da discricionariedade. Ademais, a possibilidade de realização do controle procedimental nas decisões tomadas favorece a atuação administrativa ativa e possibilita a tomada de decisão eficiente, uma vez que o agente sente-se respaldado pelo ente controlador, que, dessa forma, verifica o correto cumprimento do procedimento e não se limita a punir as minúcias da lei. O controle dos procedimentos, adotado ao longo desse processo, é condição necessária para a flexibilização consciente e responsável da margem de discricionariedade do agente público. A realização do controle nos procedimentos possibilita ao agente ‘tranquilidade’ para atuar, o que, conseqüentemente, incentiva uma atuação mais eficiente da Administração. Portanto, o agente precisa estar seguro e respaldado pelo próprio ordenamento para que possa tomar uma decisão desprovida do medo, baseada, apenas, na busca pelo interesse público.” (XAVIER, Gabriela Costa; XAVIER, Camila Costa. “Novos rumos da Administração Pública eficiente: participação administrativa, procedimentalização, consensualismo e as decisões colegiadas”. In: *Âmbito Jurídico.com.br* (2014)). Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14126. Acesso em 10 set. 2017.

são também ficará comprometida, por não ter sido a autoridade municiada, através do procedimento, das informações necessárias sobre as razões de fato e de direito necessárias a uma boa escolha.

Observa-se, portanto, que a motivação deve levar em consideração aspectos formais e materiais. Os formais estão relacionados com o procedimento utilizado para fornecer à autoridade competente elementos seguros para sua escolha. A questão material envolve a correta exposição das razões de fato e de direito, de forma a indicar, clara, suficiente e congruentemente, as razões que levaram a escolha.

A progressiva exigência de motivação não impediu a burla ao princípio, notadamente com o emprego de falsas motivações ou de motivações feitas com base em conceitos indeterminados ou imprecisos, de difícil controle. Nesse ponto, entender que é possível aproveitar, para o processo administrativo, o que dispõe o Código de Processo Civil sobre os requisitos da sentença e das demais decisões judiciais, é de grande importância.²¹

O parágrafo primeiro do art. 489 do Código de Processo Civil enumera os vícios mais comuns na fundamentação de decisões judiciais. A ocorrência de um dos vícios apontados é causa de invalidação da sentença ou decisão judicial, por falta de adequada motivação.

É fato que os mesmos vícios, agora expressamente vedados na legislação processual civil, com muita frequência são verificados nas decisões administrativas discricionárias. A aplicação das normas processuais civis relativas à fundamentação das decisões, com as adaptações necessárias ao processo administrativo, vai contribuir para a eliminação de falhas no sistema de controle dos atos da administração. Os atos administrativos de conteúdo decisório, praticados no processo administrativo com os vícios enumerados no parágrafo primeiro do art. 489 do CPC, são passíveis de invalidação.

21 “Art. 489 [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

Conclui-se que as decisões discricionárias, além de serem resultantes de um processo administrativo regularmente instaurado e instruído, devem ser efetivamente motivadas, com respeito às vedações contidas no art. 489 do Código de Processo Civil.

4 - O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO E A DISCRICIONARIEDADE. A BURLA AO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

Um dos temas mais interessantes do Direito Administrativo é o reconhecimento de valor jurídico ao silêncio administrativo, ou seja, da falta de manifestação expressa da Administração, após o término do prazo previsto, para que fosse apresentada uma solução para a questão submetida a exame.

É notório que a Administração deve proferir decisões nos processos submetidos à sua apreciação. Mesmo em situações nas quais a Administração pode agir de forma discricionária, é necessário que a opção seja formalmente expressa em um ato devidamente justificado.

Ocorre que, em determinadas situações, não há decisão. A Administração se omite, não edita o ato necessário à conclusão do processo administrativo e descumpra o dever de decidir. Nos processos administrativos instaurados para a apreciação dos requerimentos feitos pelos administrados, é necessário prever qual a consequência jurídica do silêncio administrativo, e com isso não permitir que as pretensões regularmente manifestadas fiquem indefinidamente sem resposta.

Em alguns ordenamentos jurídicos adota-se o silêncio negativo. A falta de manifestação da Administração, após determi-

nado prazo, sobre requerimentos feitos pelos administrados, é interpretada como indeferimento. A negativa injustificada permite que o prejudicado utilize os instrumentos de controle à sua disposição, inclusive o judicial, e evite a consumação de uma injustiça.

A outra possibilidade é o silêncio positivo, no qual a falta de manifestação é interpretada como deferimento tácito à pretensão manifestada. O inconveniente do silêncio positivo seria a admissibilidade de manifestações administrativas sem a necessária motivação. A Administração poderia deferir pretensões ilegais ou injustas sem ter que justificar.

Salvo situações excepcionais, previstas na Constituição ou nas leis, há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação quanto ao manejo do silêncio administrativo como forma de decisão e conseqüente exercício da discricionariedade administrativa²². A Administração tem o dever de decidir através de atos claros, explícitos e congruentes. Não cabe atribuir à inércia da autoridade, após determinado prazo, o efeito jurídico da concordância tácita (silêncio positivo), sob pena da violação a vários princípios, dentre eles o da motivação. Deflagrado qualquer procedimento, o que se espera da Administração é a efetiva instrução e conclusão, com decisão final compatível com as provas produzidas e argumentos apresentados.

Entre as alternativas, melhor aceitar a tese do silêncio negativo, na qual a inércia da Administração, após determinado prazo, significaria a recusa da pretensão do administrado, permitindo o controle judicial dos desdobramentos jurídicos. Assim, esgotado o prazo para a tomada da decisão, e, diante da inércia da Administração, o interessado já estaria legitimado a buscar, através de recurso administrativo ou da propositura de ação, a preservação do seu direito, tacitamente negado pela falta de pronunciamento da autoridade competente.

O princípio da motivação, na forma como foi previsto na Lei de Processo Administrativo federal, e aprimorado no Código de Processo Civil, constitui um dos principais fundamentos para a consumação das escolhas administrativas, ainda que em ambiente discricionário. O silêncio administrativo viola o dever de decidir, e os seus efeitos, caso aceitos, devem estar previstos na legislação.

Admitir que a Administração possa se manifestar/decidir pelo silêncio, através da sua inércia, é atentar contra o princípio da motivação e retroceder aos tempos de arbítrio.

²² Uma das exceções é a sanção tácita a projetos de lei. O silêncio do presidente da República, após quinze dias, é constitucionalmente interpretado como sanção tácita.

5 - A DISCRICIONARIEDADE DO NÃO. A REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE NOS ATOS DE CONSENTIMENTO

Banaliza-se na Administração Pública o uso cômodo, mal-doso ou preguiçoso da discricionariedade, para dizer não, ou seja, para negar, aos administrados, pretensões legitimamente formuladas junto a órgãos públicos. Tal situação ocorre, com maior frequência, nos atos administrativos em que a Administração deve manifestar sua concordância com o desempenho, por particulares, de atividades sujeitas a algum tipo de controle estatal. São os atos de consentimento, que, na sua grande maioria, têm como fundamento o exercício da polícia administrativa.²³

23 “Nesse sentido, o agente, dominado pelo ‘medo’ do controle e punições, opta, muitas vezes, pelo comportamento reiterado do ‘não’. Assim sendo, em caso de dúvidas sobre como atuar, o agente público escolhe pelo não fazer, e, dessa forma, não se compromete com os resultados advindos da decisão. O receio do controle e o excesso de legalismo geram um comportamento do servidor que atua em estrito cumprimento ao estabelecido. O modelo estruturado dessa forma inibe atuações eficientes e criativas do servidor, que é impossibilitado de atuar de forma proativa por receio do controle e punições. Desse modo, o modelo adotado pela Administração Pública funciona como um fator asfíxiante da proatividade e criatividade do servidor, que opta por adotar um padrão de comportamento mediano. [...] Nesse contexto, o servidor público não é incentivado a desenvolver sua criatividade e, conseqüentemente, oprimido pelo medo, opta por cumprir somente o previsto pelas normas. Desse modo, como já visto, o controle burocrático ortodoxo apresenta-se como um

Os chamados “atos de consentimento” viabilizam o controle estatal sobre atividades privadas de maior sensibilidade social, e que, por isso, só podem ser exercidas após manifestação favorável da Administração. A maior parte desses atos se legitima através do exercício do poder de polícia, especificamente na forma como é exercido no Brasil.²⁴

Nos dias atuais, na forma como estão definidas as relações entre sociedade e Estado, é necessário compreender a real dimensão desse segmento de atuação da atividade estatal. Na verdade, o poder de polícia é aquele atribuído ao Estado para limitar e condicionar o exercício de alguns direitos fundamentais, notadamente a liberdade e a propriedade, em nome do interesse público. O direito de liberdade deve ser interpretado em sentido amplo, alcançando, não só a liberdade física, mas também a profissional, religiosa, de comunicação e manifestação de pensamento, e a econômica.

dos instrumentos causadores da ineficiência administrativa. Portanto, embora na generalidade dos casos o controle burocrático seja necessário, em situações excepcionais esse controle pode representar um mecanismo que inviabiliza a própria concepção de eficiência administrativa. [...] Conforme já relatado, tendo em vista as deficiências do modelo burocrático ortodoxo, e considerando as complexas necessidades da sociedade atual, tornou-se necessário o avanço e desenvolvimento de novos instrumentos capazes de propiciar uma Administração Pública eficiente, que busca alcançar o bem comum. Um dos instrumentos visto como possível melhoria nos níveis da eficiência pública é o aumento da liberdade decisória concedida ao agente público. Ou seja, o agente, diante do caso concreto não previsto na norma, tem a possibilidade de ponderar os interesses e verificar qual a solução ‘ótima’ do ponto de vista da eficiência, visando atender o fim último da atuação Estatal: o bem comum. Ou seja, a abertura de certa margem de discricionariedade através da proliferação dos conceitos jurídicos indeterminados é um importante mecanismo que possibilita o atendimento dos interesses sociais e a tomada de decisão mais eficiente. Contudo, com a abertura desta margem de discricionariedade o agente não mais se esconde atrás das leis, ao cumpri-las de forma estrita, pelo contrário, a esse agente é conferido o poder de valoração e escolha diante do caso concreto, sempre com o intuito último de alcançar o bem comum.” (XAVIER, Gabriela Costa; XAVIER, Camila Costa. “Novos rumos da Administração Pública eficiente: participação administrativa, procedimentalização, consensualismo e as decisões colegiadas”. In: *Âmbito Jurídico.com.br* (2014)). Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14126. Acesso em 10 set. 2017.

24 Código Tributário Nacional (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966): “Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Observa-se, portanto, que, no exercício do poder de polícia, a Administração pode limitar e condicionar o exercício de direitos fundamentais, em nome da preservação do interesse público. São limitações juridicamente estabelecidas que definem as condições e as restrições impostas a determinadas pessoas, em benefício da sociedade, e que atingem o pleno exercício dos direitos fundamentais.

Uma das formas de manifestação do poder de polícia se materializa com a prática de atos de consentimento. Eles servem para que a Administração manifeste sua concordância com o desempenho, por particulares, de atividades submetidas ao seu controle, em razão do poder de polícia. Assim, por exemplo, a construção no solo urbano depende da edição de uma *licença*; só podem conduzir veículos automotores motoristas devidamente *habilitados*; só podem exercer profissões de nível superior profissionais *regularmente inscritos* em entidade de classe; o desempenho de atividades comerciais depende de várias *licenças* de competência de órgãos municipais e estaduais.

Não são poucas as atividades, essencialmente privadas, que só podem ser exercidas por particulares, após a manifestação favorável do Poder Público, através de ato expresso de concordância, com frequência resultante de processo demorado e desgastante.

Nos atos de consentimento, a Administração aprecia requerimentos feitos por particulares que pretendem exercer seus direitos, muitos considerados fundamentais, ainda que não absolutos, e que dependem da manifestação favorável da Administração.

Parece lógico que qualquer pretensão nesse sentido somente poderia ser indeferida por razões suficientemente fortes e devidamente justificadas, sob pena de violação ao sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais.

No Brasil, ninguém produz, trabalha, constrói ou progride, de forma lícita, sem depender de várias manifestações favoráveis da Administração. São licenças, autorizações, alvarás, habilitações e outros atos de concordância, praticados em processos administrativos demorados e burocráticos²⁵. Deve ser ponderado se há excesso ou real necessidade de tantos atos de consentimento no Direito brasileiro, com impacto direto no exercício dos direitos fundamentais.

Apesar da discussão, devem ser reconhecidos como necessários alguns atos de consentimento usados pelo Estado para viabilizar o desenvolvimento, por par-

25 A demora e as dificuldades para acompanhamento de alguns processos administrativos são tão intensas, que acabaram por justificar o reconhecimento, como agente público de colaboração, da pessoa do despachante, encarregado de acompanhar a tramitação dos requerimentos junto aos órgãos e repartições públicas. Em tese, caso os processos e procedimentos que dão origem aos atos de consentimento fossem organizados, não haveria necessidade da contratação de alguém para fazer o seu acompanhamento.

ticulares, de atividades sensíveis socialmente. Ao expedir um ato no qual concorda com o desempenho de atividade privada sujeita a seu controle, o Poder Público exerce uma forma de controle prévio, visando à diminuição de riscos de danos à sociedade e seus integrantes.

A classificação que divide os atos administrativos em discricionários e vinculados é especialmente importante nos atos de consentimento praticados no exercício do poder de polícia. Nos atos vinculados, adota-se a única solução juridicamente possível. Assim, preenchidos os requisitos previamente definidos e divulgados pelo Poder Público, a Administração não pode indeferir o requerimento feito pelo administrado.

Por outro lado, nos atos de consentimento discricionários, além do preenchimento dos requisitos jurídicos, o deferimento do pedido feito pelo administrado depende da avaliação dos famosos e obsoletos critérios de conveniência e oportunidade. Assim, em tese, a Administração pode indeferir pretensões manifestadas por particulares, relacionadas com o uso de bens que integram o seu patrimônio, ou com a forma de exercício de sua liberdade, por meio da mera invocação genérica dos conceitos indeterminados de conveniência e oportunidade.

A discricionariedade nos atos de consentimento, sem a exigência de motivação específica, é instrumento de grande instabilidade jurídica. Permite, por exemplo, que autoridades inseguras, ou sem uma adequada orientação jurídica, façam a opção pelo mais fácil, que é o indeferimento. Usar a discricionariedade para simplesmente dizer não, sem a apresentação da razão de fato, do fundamento jurídico e da motivação, é medida injusta e arbitrária.

A própria Administração, ciente da insegurança de seus agentes e dos males que a incerteza jurídica produz, pode adotar providências para limitar, por inspiração própria, seu poder discricionário. A definição de critérios prévios, impessoais, estabelecidos como sendo a escolha da Administração e não do agente, serve como proteção aos que têm a incumbência de tomar as decisões. Trata-se de situação na qual a própria Administração reduz o seu campo de escolhas e se autovincula.²⁶

26 “Na ótima reflexão de Paulo Modesto, a autovinculação se releva administrativamente útil pelo fato de: 1) evitar ‘disparidade de resposta dos órgãos da estrutura administrativa a demandas equivalentes’, concretizando o princípio da isonomia de modo mais abrangente; 2) reduzir ‘o risco de litígios acerca da aplicação da lei, em face de suspeita de decisão caprichosa ou discriminatória’, na medida em que restringe a margem de escolha do agente público em cada caso; 3) acelerar a ‘capacidade de resposta da máquina pública a demandas repetitivas’, já que a decisão atual aproveita ponderações e reflexões realizadas em casos anteriores, reduzindo, em muitas situações, os períodos de instrução e preparação da decisão; e 4) antecipar ‘decisões futuras em matérias de alta incerteza,

Não há, no Brasil, garantias jurídicas mais efetivas para os agentes administrativos, notadamente quando instados a tomar decisões sobre temas administrativos mais polêmicos. Já os agentes políticos estão sujeitos a um regime jurídico próprio e a regras especiais de responsabilidade que permitem a tomada de decisões mais polêmicas sem maiores riscos. O receio de não ser corretamente interpretado e de ser responsabilizado por decisões mais sensíveis, faz com que os servidores adotem as soluções mais fáceis e confortáveis, negando a pretensão dos administrados. Criou-se a cultura do não, na qual a dúvida do agente sempre acarreta uma resposta negativa a requerimentos feitos por particulares. O agente administrativo adquire a ideia de que, negando pretensões mais polêmicas, estaria agindo com rigor e, assim, ficaria protegido da atuação dos órgãos de controle. A discricionariedade do não despreza a busca por melhores resultados, ignora direitos elementares dos administrados e estimula a manutenção, no serviço público, de funcionários com espírito de burocratas, no pior sentido que a palavra pode receber, preocupados em não se comprometer, ainda que com a íntima convicção de que poderiam avançar no atendimento das demandas dos administrados.

O receio de controle ou de punições faz com que os agentes administrativos, sempre que levados a decidir fora do que já foi previamente definido pelo legislador, reiteradamente optem pelo não. A discricionariedade se transforma num problema para o servidor que age movido pelo medo e que se considera juridicamente desprotegido. O resultado da discricionariedade do não, movida pelo receio ou pela comodidade dos agentes, é a ausência de compromisso com o interesse do administrado, destinatário dos serviços públicos. O modelo não estimula a criatividade e a ousadia na Administração: ao contrário, o bom servidor é o que não causa problema e cumpre os protocolos administrativos, sem inovar ou criar.

Como forma de minimizar os riscos de abuso nos atos de consentimento, deve-se buscar a prévia definição, na lei, das possibilidades de indeferimento das pretensões dos administrados, consagrando a liberdade como regra e a inibição ou limitação como exceção. É interessante definir que a maior parte dos atos dessa categoria deve ser vinculada, ou com margem reduzida de discricionariedade, e nesse sentido deve caminhar a legislação que tratar da matéria. Assim, sempre que o administrado pre-

facilitando a mobilização de capitais privados em tempo útil para a oferta de bens e serviços para a própria Administração ou a adesão de terceiros a políticas públicas” (MARRARA, Thiago. “A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa”. In: *GenJurídico.com.br*, 07 mar. 2018). Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/03/07/a-boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discricionariedade-administrativa/>. Acesso em 10 set. 2017.

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

encher os requisitos legais, seu pedido deve ser deferido, dentro de prazo razoável.²⁷ Em sentido oposto, se a Administração negar a pretensão do requerente de forma indevida ou retardar a apreciação de requerimentos feitos, surge para o destinatário do ato a possibilidade de deflagração dos instrumentos de controle.

Por não ser possível eliminar de forma completa a discricionariedade nos atos de consentimento, deve-se estimular a redução da margem de discricionariedade ou a ampliação das possibilidades de controle, como forma de não permitir a interferência indevida do Estado sobre o exercício de direitos considerados fundamentais, notadamente a liberdade e a propriedade.

A redução da margem de discricionariedade nos atos de consentimento pode ser feita por via legal, mencionando-se, na lei, que, preenchidos os requisitos previamente definidos, a regra seria o deferimento da pretensão formulada pelo administrado. As razões de conveniência e oportunidade não poderiam ser invocadas, de forma genérica, para não atender a postulação feita, competindo à Administração detalhar as razões que justificaram o entendimento de que o pedido é inoportuno ou inconveniente.

Qualquer limitação a direitos deve ser excepcional e devidamente fundamentada. Assim, nos atos de consentimento discricionários, a Administração somente poderia indeferir o pedido feito por particulares nas hipóteses expressamente autorizadas em lei, e de forma justificada. Trata-se de medida que inibe a recusa injustificada, imotivada ou com motivação precária.

²⁷ O princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, também se aplica ao processo administrativo.

6 - DISCRICIONARIEDADE E EFICIÊNCIA

A discricionariedade não pode justificar a escolha de resultados medíocres, insuficientes.²⁸ Qualquer serviço prestado pressupõe a real possibilidade de sua fruição, por parte dos usuários. A ineficiência, ainda que com outras denominações, pode ser invocada, por exemplo, para justificar o controle judicial de políticas públicas, como já admitiu o Supremo Tribunal Federal²⁹.

28 “No tocante à segunda diretriz referida, a eficiência, abandona-se a ideia de que a gestão da coisa pública basta ser eficaz, ou seja, consista apenas em desenvolver processos para produzir resultados. A administração pública gerencial importa-se menos com os processos e mais com os resultados, para que sejam alcançados com o menor custo, no mais curto lapso de tempo e com a melhor qualidade possíveis.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Administração Pública e autonomia gerencial. Contrato de gestão. Organizações sociais. A gestão associada de serviços públicos. Consórcios e convênios de cooperação”. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: 214, pp. 35-53, out./dez. 1998).

29 “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, I e III, da CB/88). Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou

Articlista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

A eficiência, como princípio previsto na Constituição, indica que o administrado/cidadão não tem apenas o direito de exigir que a Administração observe o que determina a lei, mas também o direito de exigir os melhores resultados possíveis.³⁰

É feliz a afirmação hoje difundida de que a construção da democracia na modernidade exigia apenas a investidura legítima dos representantes do povo. Mais uma vez, a forma preponderou sobre o conteúdo, pois bastava uma eleição na qual a maioria escolhia seu representante, e não representante de todos, para justificar as escolhas que seriam tomadas a seguir. O pós-modernismo democrático exige, além da investidura legítima, o exercício legítimo e o resultado legítimo, ou seja, os eleitos devem exercer seus mandatos de acordo com as propostas apresentadas aos eleitores, e o resultado deve ser aquele efetivamente prometido. A sociedade não deve se contentar apenas em escolher seu governante, mas em escolher como será governada e os resultados esperados.³¹

A busca pela eficiência administrativa pressupõe a formulação de escolhas, comportamento que indica o uso da discricionariedade. A tradicional valoração de critérios de conveniência e oportunidade não é suficiente para justificar as escolhas do administrador público.

Todo o cuidado com o processo formador das escolhas não pode resultar na formulação de escolhas que não sejam as melhores. O exercício da discricionariedade consiste hoje na busca pela melhor solução que não foi possível de ser prevista pelo legislador. A liberdade conferida ao administrador é para que ele faça a melhor escolha. Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, nada que proteja a formulação de escolhas medíocres e descompromissadas com os valores hoje protegidos na ordem constitucional.

coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 367.432-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJE 14.5.2010).

30 Segundo Alexandre Aragão, “O princípio da eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o princípio da legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. “O marco regulatório dos serviços públicos”. In: *Interesse Público* – I.P. Belo Horizonte: nº 27, Ano 6, set./out. 2004).

31 “Esta abordagem deriva de uma concepção de que a democracia não *deve* substituir a tirania de um rei ou de uma oligarquia pela tirania da maioria, mas sim servir os interesses da colectividade e as referências dos cidadãos em relação aos bens públicos. É claramente uma abordagem *normativa*, pois trata do que *devem ser* os objectivos de um regime democrático.” (PEREIRA, Paulo Trigo. “A teoria da escolha pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal?”. In: *Análise Social*, vol. XXXII (141), 1997 (2º), pp. 419-442).

Juarez de Freitas possui estudos muito sérios e aprofundados sobre o “direito fundamental à boa Administração Pública”³², o qual pode ser definido como “o direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.”³³

O direito à boa administração nada mais é do que uma forma peculiar e inteligente de tratar a questão da eficiência e do uso correto da discricionariedade administrativa.³⁴ É no exercício da discricionariedade que a Administração pode exercer o seu dever de escolher bem a solução que se mostre mais justa, avaliada no caso concreto e visando à satisfação do interesse público. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos afirmam que “o exercício da discricionariedade implica sempre um raciocínio a partir da situação concreta para as opções de actuação legalmente conferidas e um teste de adequação da actuação concretamente escolhida em relação aos traços da situação concreta selecionados como relevantes à luz do interesse público prosseguido”.³⁵

Não é razoável conduzir a discussão para o campo ideológico, ao argumento de que o princípio da eficiência foi inserido na Constituição, por meio de Emenda Constitucional com notória inspiração liberal.³⁶ A questão é mais complexa. Mesmo antes da Reforma Administrativa já era possível afirmar que a Constituição, na sua redação original, já trazia elementos suficientes para justificar a busca por melhores resultados na Administração Pública.

Muito mais do que a adoção de critérios liberais, a eficiência deve ser interpretada como sendo o princípio a ser usado na busca do efetivo atendimento

32 *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

33 *Idem*, *Ibid*.

34 O Código do Procedimento Administrativo português, em seu artigo 5º, trata expressamente das boas práticas administrativas: “Artigo 5º Boas práticas administrativas 1 - No prazo de um ano, a contar da data da entrada em vigor do presente decreto-lei, o Governo aprova, por Resolução do Conselho de Ministros, um ‘Guia de boas práticas administrativas.’ 2 - O guia referido no número anterior tem carácter orientador e enuncia padrões de conduta a assumir pela Administração Pública.”

35 *Direito Administrativo Geral – Introdução e princípios fundamentais*. Tomo I, 2ª ed. Lisboa: Dom Quixote, 2006, p. 186.

36 A Emenda Constitucional nº 19, denominada “Reforma Administrativa”, foi promulgada no mandato do então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, e seguiu movimento adotado em muitos Estados, no sentido de reduzir o tamanho do Estado e seu grau de intervenção na ordem econômica e social.

das necessidades eleitas na Constituição como prioritárias.³⁷

Essa é a melhor possibilidade de utilização da eficiência como princípio. É através dela que a Administração vai buscar a inspiração para atender as demais demandas da sociedade, anunciadas na forma de Direitos Fundamentais. Enganam-se os que acham que a eficiência é princípio colocado à disposição do Estado em detrimento da cidadania. Ao contrário, a eficiência deve ser considerada de forma associada com outros direitos e princípios previstos na Constituição. Assim, sua finalidade é a de assegurar direitos e inibir qualquer comportamento estatal tendente a não observar o direito à boa administração.

No exercício da discricionariedade, por força da Constituição, a Administração tem a obrigação de buscar a solução mais eficiente, devidamente justificada no processo administrativo, e que reflita o atendimento dos princípios e valores reconhecidos no ordenamento jurídico, notadamente a dignidade da pessoa humana.

6.1 O CONTROLE DA INEFICIÊNCIA E A DISCRICIONARIEDADE

A ineficiência deve ser controlada, inicialmente, no âmbito de cada Poder, e no desempenho das suas diversas funções, dentre elas a administrativa. É necessário desenvolver um sistema de controle interno que leve em consideração, não somente a compatibilidade dos atos e contratos celebrados pelo Poder Público com a lei, em sentido formal. A autotutela deve, também, envolver outros princípios, dentre eles a eficiência e a razoabilidade, e também o compromisso com a efetiva implantação das normas constitucionais que impõem ao Estado o dever de disponibilizar serviços capazes de assegurar a dignidade na vida em sociedade.

Também é possível, no ambiente constitucional brasileiro, cogitar do controle externo da ineficiência administrativa. Os Tribunais de Contas, órgãos inde-

³⁷ Julio Cesar de Sá da Rocha e Ricardo Oliveira Rotondano afirmam: “Isso porque a exigência constitucional da eficiência administrativa é um dos pilares para a configuração plena do princípio da legalidade. Princípio este que não mais satisfaz se apenas aplicado em seu modelo formal – cumprimento literal da norma – e que, para alcançar o verdadeiro objetivo constitucional, deve ser empregado em seu aspecto material – cumprimento das garantias individuais e coletivas.” (ROCHA, Julio Cesar de Sá da; ROTONDANO, Ricardo Oliveira. “Uma necessária limitação ao atual conceito de discricionariedade administrativa: fundamentos da Teoria da Discricionariedade Mínima e aplicação no Direito Ambiental”. In: *Sequência* – Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, V. 32, nº 63, pp. 101-132, dez. 2011). Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n63p101>. Acesso em 10 set. 2017.

pendentes na estrutura do Estado, são competentes para fiscalizar e controlar atos e contratos celebrados na administração de todos os Poderes, inclusive no aspecto da economicidade. Na sua atuação podem sustar atos ou solicitar ao Poder Legislativo a suspensão de contratos. É inegável que o controle feito pelo Tribunal de Contas pode atingir escolhas ineficientes, resultantes do uso indevido da discricionariedade administrativa.

Em um plano maior, o Poder Judiciário vem admitindo o controle excepcional de políticas públicas quando houver descumprimento de princípios ou direitos previstos na Constituição. A eficiência, se violada através do uso indevido da discricionariedade, deve ser protegida, competindo ao Poder Judiciário, se for provocado, adotar as providências necessárias.

Também em situações concretas, nas quais a Administração faz opções por soluções obsoletas, desproporcionais ou insuficientes, com prejuízo ao administrado, é possível o controle judicial da atuação discricionária da Administração, manifestamente ineficiente. Saliente-se que não há invasão indevida do Poder Judiciário sobre assuntos sujeitos à exclusiva apreciação da Administração.

Já se mencionou que a ineficiência é inconstitucional, por violar princípio expresso contido no art. 37 da Constituição. Toda atividade estatal que se revelar contrária à Constituição está sujeita a controle, inclusive o judicial.

7 - DIREITOS FUNDAMENTAIS E DISCRICIONARIEDADE

Um dos limites ao exercício da discricionariedade administrativa é a preservação da máxima efetividade das normas que tratam de direitos fundamentais. É razoável o entendimento de que a mesma ordem jurídica, que fixa em abstrato os limites que não podem ser vencidos pelo administrador, pode, diante de situações concretas e, com base, também, no Direito, reduzir o campo de liberdade das escolhas, inicialmente projetado.³⁸

38 “A discricionariedade administrativa passa por uma estranha e contraditória renovação: certas forças a alargam; outras a fazem encolher. [...] As forças de extensão são geradas, em primeiro lugar, pela ampliação do uso de normas programáticas e finalidades públicas tanto pela Constituição, quanto pelas leis que regem o comportamento da administração pública, principalmente ao lhe imporem planos e programas contendo objetivos de concretização gradual. [...] Em segundo lugar, a discricionariedade ganha espaço por força do movimento de agencificação que se fortalece em meados da década de 1990, acompanhado de forte tendência de deslegalização e tecnização. Nesse movimento, a administração indireta torna-se mais robusta e, para exercer as competências de regulação de bens públicos, serviços públicos privatizados e atividades privadas de interesse público, beneficia-se de uma ampla margem de ação que será utilizada para a edição de atos normativos disciplinadores dos segmentos sociais e econômicos sob sua vigilância, bem como de atos administrativos e materiais dos mais variados. Essa ampliação das formas de ação estatal no contexto do Estado regulador guarda relação com a flexibilidade de que as autoridades públicas necessitam para lidar com microrrealidades muito específicas e altamente dinâmicas.” (MARRARA, Thiago. “A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa”.

Assim, dentro de tal contexto, um dos fundamentos que podem ser usados para justificar a redução do uso da discricionariedade, é a conformação do ato com direitos considerados fundamentais, ou seja, aqueles considerados mais importantes para uma vida digna em sociedade. É inegável que toda construção em torno dos direitos fundamentais pode impactar no processo de formulação das escolhas públicas.

Qualquer estudo sobre o tema deve partir da premissa de que a discricionariedade não pode ser invocada para negar ao administrado a fruição de direitos que a ordem jurídica qualificou como fundamentais. O que se busca é a máxima eficácia para as normas que versam sobre direitos fundamentais, limitando-se a atuação dos Poderes quanto à possibilidade de inibição dos seus efeitos.

Os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles de natureza individual e relacionados com a liberdade, nas suas diversas formas de manifestação. Esses direitos exigem do Estado comportamento negativo consistente em não invadir o campo próprio de proteção em torno do cidadão, definido pelo Direito.

Novas gerações de direitos fundamentais foram sendo reconhecidas e incorporadas ao rol anterior. Os direitos de segunda geração se relacionam com o atendimento das necessidades materiais da sociedade, são aqueles relacionados com a cultura, a educação e a saúde. Os de terceira geração, inspirados nos ideais de fraternidade, se materializam em direitos hoje considerados difusos, como a proteção ao meio ambiente e a proteção ao patrimônio histórico e cultural. Além das três gerações clássicas, a doutrina reconhece hoje a existência de outras gerações relacionadas com a evolução da medicina e da ciência.

São os direitos fundamentais de segunda geração que têm especial importância para o presente estudo. Eles exigem da Administração Pública uma efetiva atuação na prestação dos serviços necessários à redução das desigualdades entre os membros da sociedade.

Inspirados nos ideais de isonomia, interpretada em seu sentido material, os direitos de segunda geração exigem que o Estado disponibilize serviços públicos necessários para proporcionar uma vida digna aos que não dispõem de recursos para arcar com seus custos. São direitos de segunda geração os direitos sociais em geral e, notadamente, o acesso à educação, à cultura e à saúde.

In: *GenJurídico.com.br*, 07 mar. 2018). Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/03/07/a-boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discricionariedade-administrativa/>. Acesso em 10 set. 2017.

Em relação aos direitos fundamentais de segunda geração, de natureza prescricional, cultivou-se, durante muito tempo, o entendimento de que tal categoria de direitos fundamentais seriam previstos em normas constitucionais de conteúdo programático, e que não teriam a força normativa suficiente para permitir que seus destinatários exigissem do Estado sua materialização. Utilizava-se o notório argumento de que os recursos são escassos e o Estado não tem condição de disponibilizar, para imediata fruição, todos os serviços de sua competência. Construiu-se, em razão do tema, a teoria da reserva do financeiramente possível, capaz de justificar a impossibilidade de imediato atendimento de toda demanda social por serviços públicos.

Entende-se, na atualidade, que tais categorias de direitos devem ser interpretadas, quanto à sua eficácia, de formas diferentes. No plano abstrato, de fato compete ao administrador formular as escolhas necessárias para a implementação das políticas públicas que serviram à disponibilização dos serviços públicos que refletem esses direitos. Há inegável margem de discricionariedade, em razão da impossibilidade econômica de se oferecer, de forma plena, o cardápio dos direitos sociais.

A falta de recursos faz com que o gestor tenha que optar entre as soluções possíveis, elegendo aquelas que, no seu entender, devem ser primeiro disponibilizadas. Ainda assim, em determinadas situações o Supremo Tribunal Federal vem admitindo o controle judicial do uso da discricionariedade, quando se trata de materialização de políticas públicas necessárias à implementação dos direitos fundamentais.³⁹

No plano individual, importante modificação na jurisprudência pode ser observada nas duas últimas décadas. Os tribunais, inicialmente, resistiam à tese de

³⁹ “A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, § 2.º, da CF) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República [decisão anterior à EC 53/2006], e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (art. 208, IV, da CF) [decisão anterior à EC 53/2006], não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’” (STF, Ag no RE 410.715/SP, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.2005, DJE 03.02.2006).

que o Poder Judiciário poderia deferir medidas que tivessem por objetivo o atendimento, em situações concretas, de direitos relacionados com o acesso aos serviços de saúde e de educação. Argumentava-se que haveria violação ao princípio constitucional da separação entre os poderes. Em momento posterior, principalmente com a multiplicação das ações reivindicando medicamentos, os tribunais, com respaldo da Suprema Corte, passaram a entender que, no plano individual, os direitos fundamentais de segunda geração constituem direito subjetivo público, capaz de permitir, ao destinatário, o manejo de ações contra o Estado, visando à sua implementação.

Portanto, nas questões individuais, notadamente em relação ao acesso aos serviços de saúde e educação, entende-se que a margem de discricionariedade foi, aos poucos, sendo reduzida, ao ponto de não mais integrar o campo de escolha do administrador público. Não há, portanto, qualquer justificativa discricionária para negar a uma criança matrícula em escola ou creche pública, ou para negar medicamento ou tratamento a quem não pode pagar por serviços privados de saúde.

A discricionariedade é uma possibilidade que se reconhece, a partir de situações abstratamente consideradas. Há um caminho entre a previsão genérica da possibilidade de escolha pelo administrador, entre duas ou mais alternativas, e o resultado do ato. No percurso, alguns fatores, jurídicos ou decorrentes da realidade, podem restringir ou eliminar o cardápio de opções inicialmente previstas.⁴⁰ Não se pode invocar as possibilidades discricionárias para negar vigência a direitos fundamentais, ou não aplicar os princípios que regem a atividade administrativa do Estado.

Nesse sentido, a possibilidade de escolher entre alternativas diferentes, reconhecida pelo legislador, pode ser reduzida ou eliminada, no momento da prática do ato, sem que tenha ocorrido qualquer manifestação expressa do legislador nesse sentido.

Argumenta-se, em contrário, que compete ao legislador, e somente ao legislador, definir os limites para o exercício da discricionariedade e, conseqüentemente, da liberdade, por parte do administrador público, na formulação de suas escolhas. Definido, em atos normativos, dotados de generalidade e abstração, o ponto máximo que pode ser alcançado, somente o agente administrativo competente poderia

40 Segundo Jean Rivero, “[...] não existe um acto administrativo inteiramente discricionário. Designa-se assim um acto em relação ao qual a legalidade não impusesse condições à Administração e que, desde logo, escaparia a qualquer controlo jurisdicional; o Conselho de Estado deixou de admitir a existência de tais actos a partir do começo do século XX. Com efeito, qualquer acto está no mínimo submetido a duas condições impostas pelo direito; uma relativa à autoridade para o tomar, a outra relativa aos fins que deve prosseguir e que não é, necessariamente, o interesse público; pelos menos nestes dois pontos a Administração está sempre vinculada.” (RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 36).

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

valorar critérios de conveniência e oportunidade, e definir o ponto exato de sua atuação, entre o mínimo e o máximo. A escolha administrativa seria, assim, protegida pela reserva de administração, sendo juridicamente inviável qualquer tipo de controle externo que tivesse por objetivo reduzir a margem de discricionariedade definida em abstrato.

Ocorre que não se deve atribuir, somente ao legislador, a possibilidade de definir os limites quanto à possibilidade de formulação das escolhas administrativas. Não é só a lei, produto da ação do legislador, que pode restringir o uso da discricionariedade. Inexiste, na hipótese, uma espécie de reserva legal, na qual somente quando houver previsão expressa na lei, a liberdade poderia ser reduzida, salvo, evidentemente, pela valoração de critérios de conveniência e oportunidade, feita pelo agente público. Entender dessa forma seria desprezar outras e importantes fontes do Direito que também podem levar à contração das possibilidades de opção.

É no Direito, e não na lei em sentido estrito, que vamos encontrar a diminuição das possibilidades de formulação das escolhas administrativas. A Constituição, com seus princípios, direitos e valores que impactam na atuação de todos os Poderes, é o grande fator de redução da discricionariedade administrativa. Assim, situações que, avaliadas em abstrato, são capazes de permitir uma maior margem de liberdade, por parte do administrador, quando analisadas concretamente e confrontadas com princípios constitucionais ou com direitos fundamentais, acabam por indicar um determinado resultado, ou uma margem muito restrita para a formulação de escolhas.

8 - A COERÊNCIA ADMINISTRATIVA E A PROTEÇÃO À LEGÍTIMA CONFIANÇA

A atividade discricionária, abstratamente considerada, pode envolver inúmeras possibilidades de escolha para o agente público. O melhor cenário das escolhas públicas não pode significar, ao final do procedimento, escolhas livres, descompromissadas e juridicamente irresponsáveis. A atividade administrativa, inclusive a discricionária, possui destinatários na sociedade, pessoas que esperam um mínimo de coerência, por parte da Administração, representada por seus agentes.⁴¹

Nos capítulos anteriores, foi mencionada a necessidade de redução da margem de liberdade conferida ao administrador, seja através do procedimento, da exigência de motivação das decisões, ou da busca por eficiência. Não se defende o fim da discricionariedade, mas sua conformação com o direito, e a vedação ao seu uso arbitrário.

41 “A Teoria das Autolimitações Administrativas constitui, na verdade, um conjunto de instrumentos diversos, mas complementares, que visam a assegurar a razoabilidade, a coerência e a isonomia no tratamento conferido pela Administração Pública aos cidadãos, em uma expressão do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal substancial, que vedam as iniquidades estatais.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Teoria das Autolimitações Administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos”. In: *Revista de Doutrina da 4ª Região*, nº 35, 30 abr. 2010). Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/34707/Teoria_autolimita%C3%A7%C3%B5es_administrativas_aragao.pdf. Acesso em 10 set. 2017.

A coerência administrativa, fundada na ideia de isonomia, impede que em situações idênticas sejam adotadas soluções diferentes⁴². Assim, por exemplo, se no exercício de sua atividade discricionária, a Administração defere pretensão formulada por A, no momento imediatamente posterior, sem que houvesse qualquer modificação da situação de fato ou de direito, B formula requerimento idêntico, não parece lógico, à luz do princípio da isonomia, que a Administração adote comportamento diferente do anterior.⁴³

A vedação ao comportamento contraditório é também aplicável às pessoas administrativas que devem atuar de forma a gerar estabilidade e privilegiar a confiança dos administrados.⁴⁴ Se a Administração, no uso da discricionariedade, após ponderar todas as questões relevantes que o caso exigia, adotou uma determinada solução, há o claro indicativo de que, nas demais situações, idênticas à que foi inicialmente apreciada, o desfecho será idêntico. A primeira solução dada em casos que podem se repetir cria a ideia de precedente adminis-

42 “[...] garante a segurança e a liberdade. [...] Derivou-se um princípio geral da segurança jurídica, cujo conteúdo é aproximadamente este: as pessoas – os indivíduos e as pessoas colectivas – têm o direito de poder confiar que os seus actos ou as decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas sejam alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas ou em actos jurídicos editados pelas autoridades com base nessas normas [...]. Aos próprios actos da Administração é reconhecida uma determinada força (a força de caso decidido)” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva / Fundação Mário Soares, 1999, pp. 74-75).

43 Hartmut Maurer explica que, para haver a “redução do poder discricionário a zero” (“*Ermessensreduzierung auf Null*”), no caso concreto somente uma solução teoricamente possível deixa de apresentar vício do poder discricionário – transgressão de limites, abuso de poder ou violação de direitos fundamentais ou princípios gerais do direito. (MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 2001).

44 Sobre o tema, assim se posicionou o STF no Mandado de Segurança nº 31.695: “MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA – RESERVA PERCENTUAL DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS (CF, ART. 37, VIII) – CANDIDATO CLASSIFICADO EM PRIMEIRO LUGAR PARA AS VAGAS VINCULADAS A ESSA ESPECÍFICA CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL – ESTABELECIMENTO, PELO EDITAL E PELA LEGISLAÇÃO PERTINENTE, DE PARÂMETROS A SEREM RESPEITADOS PELO PODER PÚBLICO (LEI Nº 8.112/90, ART. 5º, § 2º, E DECRETO Nº 3.298/99, ART. 37, §§ 1º E 2º) – DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO – A QUESTÃO DA VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO EDITAL – PRECEDENTES – **CLÁUSULA GERAL QUE CONSAGRA A PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO – INCIDÊNCIA DESSA CLÁUSULA (‘NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM’) NAS RELAÇÕES JURÍDICAS, INCLUSIVE NAS DE DIREITO PÚBLICO QUE SE ESTABELECEM ENTRE OS ADMINISTRADOS E O PODER PÚBLICO – PRETENSÃO MANDAMENTAL QUE SE AJUSTA À DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO – RECURSO IMPROVIDO.” (STF, MS 31.695-AgR, 2.ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.02.2015, DJE 10.04.2015). (Grifos nossos).**

trativo e estimula as pessoas a agirem de acordo com o que efetivamente é aceito pela Administração.⁴⁵

A definição de critérios que serão adotados em casos semelhantes cria uma espécie de autovinculação, na qual a Administração, por coerência, deve adotar a solução idêntica à que foi tomada anteriormente em caso análogo. Ocorre o desaparecimento da discricionariedade nos casos futuros, por ter a Administração já se posicionado sobre a matéria. A mudança do padrão decisório anterior somente se justifica e se legitima, diante da alteração da situação de fato ou de direito, quando comparada com os casos anteriores.

A boa-fé, muito debatida nas relações de Direito Privado, também deve ser observada nas relações de Direito Público, especialmente no âmbito administrativo.⁴⁶ É preciso estimular a confiança dos administrados na manutenção, para todos, dos critérios e soluções tornados homogêneos, por vontade da própria Administração.

Reprime-se que a Administração use de suas prerrogativas para enganar ou iludir o administrado que acreditou na manutenção, no seu caso, do mesmo tratamento dado a outras pessoas que estavam na mesma situação.

O princípio da segurança jurídica, previsto na Lei de Processo Administrativo federal (Lei nº 9.784/1999), em boa hora foi positivado no Brasil. Sua lógica é simples e prevê que não se deve aplicar, de forma retroativa, uma nova interpretação. Qualquer alteração promovida pela própria administração em seu modo de atuar, fruto de nova interpretação, não deve ser aplicada para situações anteriores, salvo se mais benéficas ao administrado.

Assim, a coerência administrativa, em respeito à boa-fé do administrado, é fator jurídico capaz de reduzir ou eliminar a margem inicial de liberdade prevista para o administrador.

45 Entra-se, aqui, na seara da teoria dos fatos próprios, também conhecida como princípio do *venire contra factum proprium*.

46 “[...] a segurança jurídica tem muita relação com a ideia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. [...] Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 85).

9 - A CONTRAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE. A REDUÇÃO DA DISTÂNCIA ENTRE O MÍNIMO E O MÁXIMO. REDUÇÃO A ZERO

A chamada contração do poder discricionário, fenômeno estudado em muitos países, mas com destaque na Alemanha, prevê que, no exercício da discricionariedade, parta-se da possibilidade de escolha entre alternativas diferentes. Ocorre que, no exame de cada caso, a Administração pode ver reduzida sua margem de liberdade inicial para restritas opções. Em situação mais extremada, a liberdade inicial pode desaparecer e, ao final, se chegar à conclusão de que apenas uma das alternativas inicialmente consideradas é imune a qualquer vício ou crítica, a autoridade deve, então, adotar, e não escolher, a única possibilidade restante.⁴⁷

47 Jean Rivero afirma: “[...] mesmo nos actos mais vinculados pela norma jurídica a Administração conserva sempre um mínimo de poder discricionário: é o que se chama ‘a escolha do momento’. É livre para apreciar, consoante as necessidades do seu funcionamento, quando é que poderá tomar as decisões que se lhe impõem, pelo menos dentro de limites razoáveis. [...] Entre este máximo e este mínimo, na maior parte dos casos a lei, embora fixe à Administração alguns dos elementos da decisão, deixa-lhe em relação a outros liberdade de apreciação; esta liberdade tem por objeto que o próprio exercício da competência (a Administração pode escolher entre acção e abstenção), quer o conteúdo da decisão, por exemplo os meios a utilizar com vista ao fim procurado.” (RIVERO, Jean. Op. cit., p. 95).

Esse fenômeno corresponde à situação em que, diante das circunstâncias do caso concreto e do procedimento administrativo que a Administração deve seguir para a escolha discricionária, a gama de alternativas seja reduzida a um número menor, ou até que se chegue a uma única conduta possível.

Não se defende o fim da discricionariedade, ao contrário, o que se sustenta é que a mesma deve ser considerada a partir da situação inicial, quando ainda não foi deflagrado o procedimento para a adoção da escolha. Diante de um quadro que ainda é hipotético, é possível se falar em discricionariedade, diante das escolhas possíveis, em um momento no qual nenhum outro fator foi considerado.

A partir do momento em que se persegue a busca da melhor solução, a expectativa é que, diante da correta instrução do procedimento e da consideração dos diversos fatores que se mostrem relevantes, a escolha não reflita uma valoração subjetiva do agente, por vezes apenas justificada com a vaga invocação dos critérios de conveniência e oportunidade.

Deve-se buscar, durante o procedimento corretamente instruído, a redução da margem de liberdade inicialmente estabelecida. Não se trata de reduzir poderes do administrador, mas de compreender que a discricionariedade não se materializa com escolhas aleatórias ou com falsas justificativas.

Por ser um dever, a decisão administrativa, ainda que discricionária, deve ser a melhor possível, diante das circunstâncias que se apresentam. Durante o processo de construção da decisão, a Administração, por seus agentes, deve proceder à redução natural do catálogo de opções que inicialmente eram oferecidas. Trata-se de dever, e não mera faculdade. A discricionariedade deve ser exercida de forma impessoal, i.e., a escolha é da Administração, representada por seu agente competente. Não se trata de escolha personalíssima, em razão da vontade do agente, mas da busca da solução que melhor atenda aos princípios e valores que inspiram a atividade administrativa do Estado.

É evidente que a busca por uma única solução válida nem sempre é bem-sucedida. Por vezes, a redução do leque de opções já é relevante, competindo ao administrador escolher entre duas ou mais soluções, juridicamente aceitas e equivalentes. A redução da margem de liberdade, através do adequado procedimento, nesses casos, serve para descartar as soluções, inicialmente cogitadas, que não sejam razoáveis ou juridicamente viáveis.

Em situações nas quais, após o procedimento adequado, ainda permanecem opções a ser escolhidas pelo agente competente, há o efetivo exercício da competên-

cia discricionária até o final, sendo, no entanto, imprescindível que, mesmo diante da liberdade remanescente, a escolha seja justificada. Reforça-se o argumento de que a discricionariedade é o instrumento para a materialização do interesse público, no momento de formulação das escolhas em nome do Estado.

É preciso que se desenvolva, no âmbito da Administração, uma técnica aplicável ao processo decisório, que tenha, no procedimento, o ambiente para o seu desenvolvimento.

Em um plano ideal, deve-se buscar a discricionariedade mínima, ou seja, o esgotamento de todas as possibilidades para se chegar à solução mais justa e compatível com o Direito.⁴⁸

Em situações especiais, a redução acima mencionada poderia significar a eliminação da liberdade de escolha entre objetos inicialmente possíveis.⁴⁹ Trata-se da redução a zero da discricionariedade, com a conseqüente eliminação da possibilidade de valoração, por parte do agente público, de critérios de conveniência e oportunidade. A redução da discricionariedade a zero pode resultar da influência dos direitos fundamentais, de outras normas constitucionais ou de princípios positivados ou reconhecidos na ordem jurídica.

A eliminação da influência da vontade do agente no processo decisório faz com que a adoção da única solução considerada válida, em razão de tudo que se apurou no procedimento, indique um comportamento, ao final, vinculado. Essa é a ideia: reconhecer que existem situações nas quais, em termos hipotéticos, duas ou mais soluções seriam juridicamente aceitas, mas que, ao final, ponderadas as questões relevantes, a escolha se transmudou em vinculada, não por vontade do legislador, mas por obra do adequado procedimento.

Cada vez mais os direitos fundamentais assumem o protagonismo jurídico que deles se espera. Os diversos seguimentos do Direito, inclusive nas relações entre

48 A própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se orientando nesse sentido: “[...] Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise ‘in abstracto’ da norma jurídica, é preciso o confronto desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir.” (STJ, REsp 879.188-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 02.06.2009).

49 Daí a assertiva de Hartmut Maurer, de que mesmo o poder discricionário é, sempre, juridicamente vinculado, pois, em suas palavras, “[...] não existe um poder discricionário livre, mas somente um juridicamente vinculado”. Como esclarece o autor alemão, “se a autoridade não observa essas vinculações, ela atua antijuridicamente. Na literatura, fala-se do vício no exercício do poder discricionário. Contra isso nada pode ser objetado, contanto que seja considerado que esses vícios no exercício do poder discricionário são, na realidade, vícios de direito.” (MAURER, Hartmut. Op. cit., pp. 50/52).

particulares, vêm destacando a necessidade de prevalência dos direitos fundamentais sobre qualquer outro fundamento usado pelo Estado para justificar sua atuação. A discricionariedade, de forma alguma, pode ser utilizada para negar a fruição de direitos considerados fundamentais. Deve ser lembrado que a função administrativa do Estado tem por finalidade atender às necessidades materiais do povo, seu elemento humano.

É necessário que se reconheça que a discricionariedade somente pode ser verificada no exame do caso concreto. A previsão, em atos normativos, de margem de liberdade para que o Administrador atue, é condição para que haja discricionariedade, mas não é suficiente. Para que exista efetivamente discricionariedade, é necessário que, após o regular procedimento que precede a tomada de decisões, e diante de todas as circunstâncias que devem ser consideradas, exista mais de uma alternativa juridicamente aceita.⁵⁰

Haverá vinculação se a lei previamente definir qual a solução que será dada em determinada situação. Por outro lado, haverá discricionariedade, na norma, se a escolha da melhor solução for atribuída ao administrador. A escolha, no entanto, não será feita apenas com base na norma em abstrato. É necessário que sejam levados em consideração os diversos princípios aceitos pelo Direito e compatíveis com o caso em exame, além de todas as circunstâncias apuradas. Após, se ainda restar margem de liberdade na formulação da escolha, estaremos diante da opção discricionária.

Constada a redução a zero da discricionariedade, o que deve ser feito para obrigar a Administração a fazer o certo, ou como corrigir o ato que indevidamente adotou solução diversa daquela esperada? Duas possibilidades de controle merecem destaque.

Na primeira, considera-se nulo o ato que não adotar solução remanescente, única compatível com o Direito. A pronúncia de nulidade pode ser feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. Na hipótese de controle judicial, não tem sentido invocar possível lesão ao princípio da separação entre os poderes. Não há invasão judicial no mérito administrativo simplesmente por ele não mais existir. Sem margem de liberdade para a formulação de escolhas, não há mérito, aqui con-

50 Julio Cesar de Sá da Rocha e Ricardo Oliveira Rotondano afirmam: “É, pois, o que chamamos de Teoria da Discricionariedade Mínima. A sugestiva nomenclatura é inovadora; as ideias que a teoria traz, no entanto, há muito são divulgadas no meio jurídico, por diversos autores que escreveram sobre o tema. A Teoria da Discricionariedade Mínima consiste, pois, em reduzir a liberdade de escolha do administrador àquelas situações em que não é possível distinguir com clareza uma decisão mais proveitosa. Nos casos em que se possa razoavelmente deduzir uma alternativa mais eficaz, não há que se falar em discricionariedade; a Administração não terá escolha senão optar pela ‘melhor solução.’” (ROCHA, Julio Cesar de Sá da; ROTONDANO, Ricardo Oliveira. Op. cit., p. 107).

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

siderado o uso correto da discricionariedade administrativa. Assim, o controle judicial seria feito na preservação do Direito, que indicou, naquele caso, como deveria se comportar a Administração.

Na segunda hipótese, diante da inércia da Administração na adoção da única solução agora considerada lícita pelo Direito, a parte interessada poderia buscar o controle judicial. Surge, nesse momento, a dúvida quanto ao alcance do pedido e das possibilidades de controle judicial.

A primeira opção seria a de provocar manifestação jurisdicional para determinar que a Administração pratique o ato administrativo de acordo com a única possibilidade que restou viável. O Poder Judiciário deve reconhecer a redução ao nível zero da discricionariedade, em decisão corretamente fundamentada, e fixar prazo para que a Administração cumpra o seu dever.

Outra possibilidade seria a de buscar, judicialmente, a superação da ausência de manifestação administrativa, a ser substituída pela decisão judicial. A viabilidade jurídica de suprir omissões administrativas, através de provimento jurisdicional, é controvertida e deve ser avaliada em cada caso, e de acordo com a natureza do ato.

10 - CONCLUSÃO

No presente artigo, afirmou-se que a discricionariedade, por décadas, foi usada por gestores para negar direitos, encobrir motivos descompromissados com o atendimento do interesse público, e sonegar as verdadeiras razões que motivaram a prática de um determinado ato.

Tal campo de liberdade sem limites era aceito, e foi incorporado ao Direito, à época com a justificativa de que competia ao administrador público, e só a ele, valorar os critérios de conveniência e oportunidade na prática dos atos. A imprecisão da noção de “conveniência e oportunidade” fez com que as decisões discricionárias fossem protegidas e consideradas imunes às formas de controle externo, ainda que democráticas e legítimas.

Existe, ainda, espaço para evolução na delimitação jurídica do campo de atuação da Administração, no exercício de sua competência discricionária. Se a sociedade e o Estado estão em pleno processo de mutação e de revisão de suas relações, o Direito, especialmente o Administrativo, ainda se move de forma tímida no cumprimento de sua missão, voltada para a inibição dos abusos e para a contenção do poder.

É necessário que se consolide o entendimento, em todos os Poderes, de que a discricionariedade não pode mais ser justificada pela valoração, enigmática e oculta, feita pelo administrador, dos vagos critérios de conveniência e oportunidade.

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

Existem várias possibilidades de controle a serem utilizadas em benefício dos administrados, sem que isso represente a eliminação das possibilidades de formulação, por parte das autoridades administrativas, das escolhas que constitucionalmente lhes foram atribuídas.

Os julgados citados neste artigo e outros referentes ao tema em exame, selecionados conjuntamente com a equipe de jurisprudência do TJRJ, encontram-se na segunda parte desta revista.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- AMARAL, Diogo Freitas. *Código do Procedimento Administrativo Anotado*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *Direito Administrativo sem Estado*. Coimbra: Almedina, 2000.
- _____. *Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração*. Coimbra: Almedina, 2000.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. “O marco regulatório dos serviços públicos”. In: *Interesse Público – I.P.* Belo Horizonte: nº 27, Ano 6, set./out. 2004.
- _____. “Teoria das Autolimitações Administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos”. In: *Revista de Doutrina da 4ª Região*, nº 35, 30 abr. 2010.
- Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/34707/Teoria_autolimita%C3%A7%C3%B5es_administrativas_aragao.pdf. Acesso em 10 set. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: Política e Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____. *Política e Constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. “Da Administração Pública burocrática à gerencial”. In: *Revista do Serviço Público*, 47 (1), jan./abr. 1996.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. II. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 1980.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva / Fundação Mário Soares, 1999.

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. “Atualidades jurídicas”. In: *Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*. Belo Horizonte: Ano 2, nº 2, jan./jun. 2012.

ESPAÑHOLA, Constituição (1978).

Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>.

Acesso em 10 set. 2017.

FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *O Estado gestor e a cidadania*. Vols. I, II e III. Salvador: Jam Jurídica, 2012.

FREITAS, Juarez de. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUERRA, Sérgio. “Discricionariedade Administrativa: críticas e propostas”. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Edição 21, jan./fev./mar. 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

MARRARA, Thiago. “A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa”. In: *GenJurídico.com.br*, 07 mar. 2018.

Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/03/07/a-boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discricionariedade-administrativa/>. Acesso em 10 set. 2017.

MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MONTEIRO, Thiago Lins. “Alguns delineamentos dogmáticos contemporâneos da discricionariedade administrativa: possíveis contribuições do direito português à

experiência brasileira”. In: *Revista TCEMG*, out.|nov.|dez. 2013 (Doutrina).
Disponível em: <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2266.pdf>.
Acesso em 10 set. 2017.

MORAES, Alexandre de. “Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários”. In: *Revista de Direito Administrativo* (2006).
Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42538>.
Acesso em 10 set. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Administração Pública e autonomia gerencial. Contrato de gestão. Organizações sociais. A gestão associada de serviços públicos. Consórcios e convênios de cooperação”. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: 214, pp. 35-53, out./dez. 1998.

_____. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal: finanças públicas democráticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. “Poder, organização política e Constituição: as relações de poder em evolução e seu controle”. In: _____. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Poder, Direito e Estado - O Direito Administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. *A discricionariedade de planejamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa*. Coimbra: Almedina, 2011.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Porto: Almedina, 2003.

PEREIRA, Paulo Trigo. “A teoria da escolha pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal?”. In: *Análise Social*, vol. XXXII (141), 1997 (2°).

PIRES, Rita Calçada. *O pedido de condenação à prática de acto legalmente devido (desafiar a modernização administrativa?)*. Coimbra: Almedina, 2004.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da Administração*. Coimbra: Coimbra Editora, 1944.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da; ROTONDANO, Ricardo Oliveira. “Uma necessária limitação ao atual conceito de discricionariedade administrativa: fundamentos da

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

Teoria da Discricionariedade Mínima e aplicação no Direito Ambiental”. In: *Sequência* – Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, V. 32, nº 63, pp. 101-132, dez. 2011).

Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n63p101>. Acesso em 10 set. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Coleção Biblioteca das Ciências do Homem. 6ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição ao comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. Conceito de mérito no Direito Administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 23, 1951.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11830>. Acesso em 10 set. 2017.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2003.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral – Introdução e princípios fundamentais*. Tomo I, 2ª ed. Lisboa: Dom Quixote, 2006.

SOUZA, António Francisco de Souza. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e ‘o problema da discricionariedade dos Juízes’”. In: *Anima - Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet*, Ano I, nº 1. Curitiba, 2009.

Disponível em: <http://www.ilsa.org.co/publicaciones/otroderecho.htm>. Acesso em 10 set. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUÍÇA, Constituição (1848). Disponível em: https://www.ccisp-newsletter.com/wp_docs/Bundesverfassung_PT.pdf. Acesso em 10 set. 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

XAVIER, Gabriela Costa; XAVIER, Camila Costa. “Novos rumos da Administração Pública eficiente: participação administrativa, procedimentalização, consensualismo e as decisões colegiadas”. In: *Âmbito Jurídico.com.br* (2014). Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14126. Acesso em 10 set. 2017.

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo
Nº 1122828 AgR / SC

Relator: Min. Dias Toffoli

Órgão Julgador: Segunda Turma

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Concurso público. Controle judicial da legalidade dos atos administrativos do Poder Executivo. Possibilidade. Direito à nomeação. Candidato aprovado fora do número de vagas. Preterição comprovada pelo tribunal de origem. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. O controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade não viola o princípio da separação dos poderes. 2. O Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do RE nº 837.311/MS, de relatoria do Ministro Luiz Fux, no qual se discutiu a “existência, ou não, de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas oferecidas no edital do concurso público quando surgirem novas vagas durante o prazo de validade do certame”. No caso dos autos, conforme decidido pelo Tribunal “a quo”, o direito de nomeação decorreria da exceção prevista no item III da tese firmada no referido julgamento, “in verbis”: “iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima”. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (art. 1.021, § 4º, do CPC). 5. Majoração da verba honorária em valor equivalente a 10% (dez por cento) do total daquela já fixada (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC), observada a eventual concessão do benefício da gratuidade da Justiça.

Inteiro Teor - Data de Julgamento: 15/06/2018



Agravo Interno em Recurso Extraordinário com Agravo
Nº 1045609 AgR / GO

Relator: Min. Roberto Barroso

Órgão Julgador: Primeira Turma

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DOAÇÃO DE BEM PÚBLICO. ATO JURÍDICO NULO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. SÚMULAS

279 E 280/STF. 1. Não afronta o Princípio da Separação dos Poderes o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre atos administrativos tidos por abusivos ou ilegais. 2. A resolução da controvérsia demanda uma nova análise da legislação local aplicada à espécie e o reexame dos fatos e do material probatório constantes dos autos, providências vedadas neste momento processual. Incidência das Súmulas 279 e 280/STF. 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não houve prévia fixação de honorários advocatícios de sucumbência. 4. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.

[Inteiro Teor](#) - Data de Julgamento: 25/08/2017



Repercussão Geral no Recurso Extraordinário

Nº 632853 RG / CE - Ceará

Relator: Min. Gilmar Mendes

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

1. Recurso Extraordinário com repercussão geral. 2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes. 4. Recurso extraordinário provido.

[Inteiro Teor](#) - Data de Julgamento: 23/04/2015



Agravo Regimental no Mandado de Segurança

MS 31695 AgR / DF

Relator(a): Min. Celso de Mello

Órgão Julgador: Segunda Turma

MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA – RESERVA PERCENTUAL DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS (CF, ART. 37, VIII) – CANDIDATO CLASSIFICADO EM PRIMEIRO LUGAR PARA AS VAGAS VINCULADAS A ESSA ESPECÍFICA CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL – ESTABELECIMENTO, PELO EDITAL E PELA LEGISLAÇÃO PERTINENTE, DE PARÂMETROS A SEREM RESPEITA-

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

DOS PELO PODER PÚBLICO (LEI Nº 8.112/1990, ART. 5º, § 2º, E DECRETO Nº 3.298/1999, ART. 37, §§ 1º E 2º) – DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO – A QUESTÃO DA VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO EDITAL – PRECEDENTES – CLÁUSULA GERAL QUE CONSIGNA A PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO – INCIDÊNCIA DESSA CLÁUSULA (“NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM”) NAS RELAÇÕES JURÍDICAS, INCLUSIVE NAS DE DIREITO PÚBLICO QUE SE ESTABELECEM ENTRE OS ADMINISTRADOS E O PODER PÚBLICO – PRETENSÃO MANDAMENTAL QUE SE AJUSTA À DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO – RECURSO IMPROVIDO.

[Inteiro Teor](#) - Data de Julgamento: 03/02/2015



Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo
Nº 793334 AgR / BA

Relator: Min. Luiz Fux

Órgão Julgador: Primeira Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OBSERVÂNCIA. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA. 1. Os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório são de observância obrigatória no campo do procedimento administrativo disciplinar. Precedentes: AI 401.472-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 9/4/2014, e ARE 728.143-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 25/6/2013. 2. Os princípios da ampla defesa e do contraditório nos procedimentos administrativos, quando aferidos pelas instâncias ordinárias, não podem ser revistos por esta Corte em razão do óbice da Súmula 279. Precedente: ARE 751.360-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 27//2013. 3. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários não viola o princípio constitucional da separação dos poderes. Precedente: AI 777.502-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda

Turma, DJe 25/10/2010. 4. A decisão judicial tem que ser fundamentada (art. 93, IX), ainda que sucintamente, sendo prescindível que o “decisum” se funde na tese suscitada pela parte. Precedente: AI-QO-RG 791.292, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 13/8/2010. 5. “In casu”, o acórdão extraordinariamente asseitou: “PROCESSUAL CIVIL. POLICIAL MILITAR. AÇÃO ORDINÁRIA. PUNIÇÕES DISCIPLINARES PUBLICADAS EM BIO N. 38, 39, 40 E 41/1999, FULCRADAS NOS INCISOS I, XVII, XVIII, XXI, XXII, XXV, XXVI E CXXXV DO ART. 13 DO DECRETO ESTADUAL N. 29535/83, COM ATENUANTES E AGRAVANTES. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. PENAS APLICADAS SEM PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE SINDICÂNCIA OU PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INTELGÊNCIA DO ART. 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NULIDADE EVIDENTE. PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. PUNIÇÕES INDEVIDAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EXCESSIVA. REDUÇÃO ADMISSÍVEL RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE, INCLUSIVE EM NECESSÁRIO REEXAME.” 6. Agravo regimental DESPROVIDO.

Inteiro Teor - Data de Julgamento: 03/06/2014



Agravo Regimental em Recurso Extraordinário

Nº 654170 AgR / MA

Relator: Min. Ricardo Lewandowski

Órgão Julgador: Segunda Turma

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES. EXISTÊNCIA DE CANDIDADOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO DE PROVIMENTO EFETIVO. ILEGALIDADE. LEI ESTADUAL 6.915/2007. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279 DESTA CORTE. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280 DO STF.

PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS ABUSIVOS E ILEGAIS. AGRAVO IMPROVIDO. I - Inviável o recurso extraordinário quando sua

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

apreciação demanda o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, bem como da legislação infraconstitucional local aplicável à espécie. Incidência das Súmulas 279 e 280 do STF. Precedentes. II - Esta Corte possui entendimento no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. Precedentes. III - Agravo regimental improvido.

[Inteiro Teor](#) - Data de Julgamento: 19/03/2013



Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário

RE 427574 ED / MG

Relator(a): Min. Celso de Mello

Órgão Julgador: Segunda Turma

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO - DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA - SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. Precedentes. Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação “ultra vires” do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais.

[Inteiro Teor](#) - Data de Julgamento: 13/12/2011



Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADI 3343 / DF - DISTRITO FEDERAL

Relator(a): Min. AYRES BRITTO

Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 3.449/2004 DO DISTRITO FEDERAL. PROIBIÇÃO DE COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA NOS SERVIÇOS DE ÁGUA, LUZ, GÁS, TV A CABO E TELEFONIA. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR E PRESTAR OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES E ENERGIA ELÉTRICA (CF, ARTS. 21, XI E XII, “b”, E 22, IV). FIXAÇÃO DA POLÍTICA TARIFÁRIA COMO PRERROGATIVA INERENTE À TITULARIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO (CF, ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, III). AFASTAMENTO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE CONSUMO (CF, ART. 24, V E VII). USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS CUJO REGIME GUARDA DISTINÇÃO COM A FIGURA DO CONSUMIDOR (CF, ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, II). PRECEDENTES. SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E GÁS. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO (CF, ART. 2º). PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. O sistema federativo instituído pela Constituição Federal de 1988 torna inequívoco que cabe à União a competência legislativa e administrativa para a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações e energia elétrica (CF, arts. 21, XI e XII, “b”, e 22, IV). 2. A Lei nº 3.449/2004 do Distrito Federal, ao proibir a cobrança da tarifa de assinatura básica “pelas concessionárias prestadoras de serviços de água, luz, gás, TV a cabo e telefonia no Distrito Federal” (art. 1º, “caput”), incorreu em inconstitucionalidade formal, porquanto necessariamente inserida a fixação da “política tarifária” no âmbito de poderes inerentes à titularidade de determinado serviço público, como prevê o art. 175, parágrafo único, III, da Constituição, elemento indispensável para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e, por consequência, da manutenção do próprio sistema de prestação da atividade. 3. Inexiste, “in casu”, suposto respaldo para o diploma impugnado na competência concorrente dos Estados-membros para dispor sobre direito do consumidor (CF, art. 24, V e VII), cuja interpretação não pode conduzir à frustração da teleologia da referida regra expressa contida no art. 175, parágrafo único, III, da CF, descabendo, ademais, a aproximação entre as figuras do consumidor e do usuário de serviços públicos, já que o regime jurídico deste último, além de informado pela lógica da solidariedade social (CF, art. 3º, I), encontra sede específica na cláusula de

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

“direitos dos usuários”, prevista no art. 175, parágrafo único, II, da Constituição. 4. Ofende a denominada reserva de administração, decorrência do conteúdo nuclear do Princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), a proibição de cobrança de tarifa de assinatura básica, no que concerne aos serviços de água e gás, em grande medida submetidos também à incidência de leis federais (CF, art. 22, IV), mormente quando constante de ato normativo emanado do Poder Legislativo, fruto de iniciativa parlamentar, porquanto supressora da margem de apreciação do Chefe do Poder Executivo Distrital, na condução da Administração Pública, no que se inclui a formulação da política pública remuneratória do serviço público. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

Inteiro Teor - Data de Julgamento: 01/09/2011



Petição Avulsa na Extradição
Nº 1085 PET-AV / República Italiana
Relator: Min. Gilmar Mendes
Órgão Julgador: Tribunal Pleno

RECLAMAÇÃO. PETIÇÃO AVULSA EM EXTRADIÇÃO. PEDIDO DE RELAXAMENTO DE PRISÃO. NEGATIVA, PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DE ENTREGA DO EXTRADITANDO AO PAÍS REQUERENTE. FUNDAMENTO EM CLÁUSULA DO TRATADO QUE PERMITE A RECUSA À EXTRADIÇÃO POR CRIMES POLÍTICOS. DECISÃO PRÉVIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, CONFERINDO AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA A PRERROGATIVA DE DECIDIR PELA REMESSA DO EXTRADITANDO, OBSERVADOS OS TERMOS DO TRATADO, MEDIANTE ATO VINCULADO. PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO, ANTE A INSINDICABILIDADE DO ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PROCEDÊNCIA. ATO DE SOBERANIA NACIONAL, EXERCIDA, NO PLANO INTERNACIONAL, PELO CHEFE DE ESTADO. ARTS. 1º, 4º, I, E 84, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATO DE ENTREGA DO EXTRADITANDO INSERIDO NA COMPETÊNCIA INDECLINÁVEL DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. LIDE ENTRE ESTADO BRASILEIRO E ESTADO ESTRANGEIRO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESCUMPRIMENTO DO TRATADO, ACASO EXISTENTE, QUE DEVE SER APRECIADO PELO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE HAIA. PAPEL DO PRETÓRIO EXCELSO NO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO. SISTEMA

“BELGA” OU DA “CONTENCIOSIDADE LIMITADA”. LIMITAÇÃO COGNITIVA NO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO. ANÁLISE RESTRITA APENAS AOS ELEMENTOS FORMAIS. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE SOMENTE VINCULA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA EM CASO DE INDEFERIMENTO DA EXTRADIÇÃO. AUSÊNCIA DE EXECUTORIEDADE DE EVENTUAL DECISÃO QUE IMPONHA AO CHEFE DE ESTADO O DEVER DE EXTRADITAR. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (ART. 2º, CRFB). EXTRADIÇÃO COMO ATO DE SOBERANIA. IDENTIFICAÇÃO DO CRIME COMO POLÍTICO TRADUZIDA EM ATO IGUALMENTE POLÍTICO. INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA DO DIPLOMA INTERNACIONAL QUE PERMITE A NEGATIVA DE EXTRADIÇÃO “SE A PARTE REQUERIDA TIVER RAZÕES PONDERÁVEIS PARA SUPOR QUE A PESSOA RECLAMADA SERÁ SUBMETIDA A ATOS DE PERSEGUIÇÃO”. CAPACIDADE INSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO CHEFE DE ESTADO PARA PROCEDER À VALORAÇÃO DA CLÁUSULA PERMISSIVA DO DIPLOMA INTERNACIONAL. VEDAÇÃO À INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA. ART. 84, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA VINCULAÇÃO DO PRESIDENTE AO TRATADO. GRAUS DE VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE. EXTRADIÇÃO COMO ATO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO VINCULADO A CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. “NON-REFOULEMENT”. RESPEITO AO DIREITO DOS REFUGIADOS. LIMITAÇÃO HUMANÍSTICA AO CUMPRIMENTO DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO (ARTIGO III, 1, f). INDEPENDÊNCIA NACIONAL (ART. 4º, I, CRFB). RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO INTERNACIONAL, NÃO INTERNO. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DESCUMPRIMENTO QUE SE RESTRINGEM AO ÂMBITO INTERNACIONAL. DOCTRINA. PRECEDENTES. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE SOLTURA DO EXTRADITANDO. 1. Questão de Ordem na Extradicação nº 1.085: “A decisão de deferimento da extradicação não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Senhores Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau”. Do voto do Min. Eros Grau extrai-se que “O conceito de ato vinculado que o relator tomou como premissa (...) é, no entanto, excessivamente rigoroso. (...) o conceito que se adotou de ato vinculado, excessivamente rigoroso, exclui qualquer possibilidade de interpretação/aplicação, pelo Poder Executivo, da noção de fundado temor de perseguição”. 2. A prova emprestada utilizada sem o devido contraditório, encartada nos acórdãos que deram origem à condenação do extraditando na Itália, no afã de

Articulista:

Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

agravar a sua situação jurídica, é vedada pelo art. 5º, LV e LVI, da Constituição, na medida em que, além de estar a matéria abrangida pela preclusão, isto importaria verdadeira utilização de prova emprestada sem a observância do Contraditório, traduzindo-se em prova ilícita. 3. O Tratado de Extradicação entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, no seu artigo III, 1, f, permite a não entrega do cidadão da parte requerente quando “a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição”. 4. O art. 560 do CPC, aplicável subsidiariamente ao rito da Reclamação, dispõe que: “Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela”. 5. Deveras, antes de deliberar sobre a existência de poderes discricionários do Presidente da República em matéria de extradição, ou mesmo se essa autoridade se manteve nos lindes da decisão proferida pelo Colegiado anteriormente, é necessário definir se o ato do Chefe de Estado é sindicável pelo Judiciário, em abstrato. 6. O art. 1º da Constituição assenta como um dos Fundamentos do Estado Brasileiro a sua soberania – que significa o poder político supremo dentro do território, e, no plano internacional, no tocante às relações da República Federativa do Brasil com outros Estados Soberanos, nos termos do art. 4º, I, da Carta Magna. 7. A Soberania Nacional, no plano transnacional, funda-se no princípio da independência nacional, efetivada pelo Presidente da República, consoante suas atribuições previstas no art. 84, VII e VIII, da Lei Maior. 8. A soberania, dicotomizada em interna e externa, tem na primeira a exteriorização da vontade popular (art. 14 da CRFB), através dos representantes do povo no parlamento e no governo; na segunda, a sua expressão no plano internacional, por meio do Presidente da República. 9. No campo da soberania, relativamente à extradição, é assente que o ato de entrega do extraditando é exclusivo, da competência indeclinável do Presidente da República, conforme consagrado na Constituição, nas Leis, nos Tratados e na própria decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, na Extradicação nº 1.085. 10. O descumprimento do Tratado, em tese, gera uma lide entre Estados soberanos, cuja resolução não compete ao Supremo Tribunal Federal, que não exerce soberania internacional, máxime para impor a vontade da República Italiana ao Chefe de Estado brasileiro, cogitando-se de mediação da Corte Internacional de Haia, nos termos do art. 92 da Carta das Nações Unidas de 1945. 11. O sistema “belga” ou “da contenciosidade limitada”, adotado pelo Brasil, investe o Supremo Tribunal Federal na categoria de órgão juridicamente existente apenas no âmbito do direito interno, devendo, portanto, adstringir-se a examinar a legalidade da extradição; é dizer, seus aspectos formais, nos termos do art. 83 da Lei 6.815/1980 (“Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do

Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão”). 12. O Presidente da República, no sistema vigente, resta vinculado à decisão do Supremo Tribunal Federal apenas quando reconhecida alguma irregularidade no processo extradicional, de modo a impedir a remessa do extraditando ao arripio do ordenamento jurídico, nunca, contudo, para determinar semelhante remessa, porquanto, o Poder Judiciário deve ser o último guardião dos direitos fundamentais de um indivíduo, seja ele nacional ou estrangeiro, mas não dos interesses políticos de Estados alienígenas, os quais devem entabular entendimentos com o Chefe de Estado, vedada a pretensão de impor sua vontade através dos Tribunais internos. 13. “In casu”, ao julgar a extradição no sentido de ser possível a entrega do cidadão estrangeiro, por inexistirem óbices, o Pretório Excelso exaure a sua função, por isso que “*functus officio est*” – cumpre e acaba a sua função jurisdicional –, conforme entendeu esta Corte, por unanimidade, na Extradicação nº 1.114, assentando, “*verbis*”: “O Supremo Tribunal limita-se a analisar a legalidade e a procedência do pedido de extradição (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 207; Constituição da República, art. 102, Inc. I, alínea g; e Lei n. 6.815/80, art. 83): indeferido o pedido, deixa-se de constituir o título jurídico, sem o qual o Presidente da República não pode efetivar a extradição; se deferida, a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do Presidente da República” (Ext. 1114, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008). 14. A anulação, pelo Supremo Tribunal Federal, da decisão do Ministro da Justiça que concedeu refúgio político ao extraditando, não o autoriza, “a posteriori”, a substituir-se ao Chefe de Estado e determinar a remessa do extraditando às autoridades italianas. O descumprimento do Tratado de Extradicação, “*ad argumentandum tantum*”, gera efeitos apenas no plano internacional, e não no plano interno, motivo pelo qual não pode o Judiciário compelir o Chefe de Estado a entregar o súdito estrangeiro. 15. O princípio da separação dos Poderes (art. 2º CRFB) indica não competir ao Supremo Tribunal Federal rever o mérito de decisão do Presidente da República, enquanto no exercício da soberania do país, tendo em vista que o texto constitucional conferiu ao chefe supremo da Nação a função de representação externa do país. 16. A decisão presidencial que negou a extradição, com efeito, é autêntico ato de soberania, definida por Marie-Joëlle Redor como o “poder que possui o Estado para impor sua vontade aos indivíduos que vivem sobre seu território” (De L’Etat Legal a L’Etat de Droit. L’Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française. 1879-1914. Presses Universitaires d’Aix-Marseille, p. 61). 17. O ato de extraditar consiste em “ato de vontade soberana de um Estado que entrega à Justiça repressiva de outro Estado um indivíduo, por este perseguido e recla-

Articulista:

Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

mado, como acusado ou já condenado por determinado fato sujeito à aplicação da lei penal” (RODRIGUES, Manuel Coelho. *A Extradicação no Direito Brasileiro e na Legislação Comparada*. Tomo I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930. p. 3). 18. A extradição não é ato de nenhum Poder do Estado, mas da República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito público externo, representada na pessoa de seu Chefe de Estado, o Presidente da República. A Reclamação por descumprimento de decisão ou por usurpação de poder, no caso de extradição, deve considerar que a Constituição de 1988 estabelece que a soberania deve ser exercida, em âmbito interno, pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e, no plano internacional, pelo Chefe de Estado, por isso que é insindicável o poder exercido pelo Presidente da República e, conseqüentemente, incabível a Reclamação, porquanto juridicamente impossível submeter o ato presidencial à apreciação do Pretório Excelso. 19. A impossibilidade de vincular o Presidente da República a decisão do Supremo Tribunal Federal se evidencia pelo fato de que inexistente um conceito rígido e absoluto de crime político. Na percuciente observação de Celso de Albuquerque Mello, “A conceituação de um crime como político é (...) um ato político em si mesmo, com toda a relatividade da política” (Extradicação. Algumas observações. In: *O Direito Internacional Contemporâneo*. Org: Carmen Tibúrcio; Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 222-223). 20. Compete ao Presidente da República, dentro da liberdade interpretativa que decorre de suas atribuições de Chefe de Estado, para caracterizar a natureza dos delitos, apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente, na forma do permitido pelo texto do Tratado firmado (art. III, 1, f); por isso que, ao decidir sobre a extradição de um estrangeiro, o Presidente não age como Chefe do Poder Executivo Federal (art. 76 da CRFB), mas como representante da República Federativa do Brasil. 21. O juízo referente ao pedido extradicional é conferido ao “Presidente da República, com apoio em juízo discricionário, de caráter eminentemente político, fundado em razões de oportunidade, de conveniência e/ou de utilidade (...) na condição de Chefe de Estado” (Extradicação nº 855, Ministro Relator Celso de Mello, DJ de 1º.7.2006). 22. O Chefe de Estado é a figura constitucionalmente capacitada para interpretar a cláusula do Tratado de Extradicação, por lhe caber, de acordo com o art. 84, VII, da Carta Magna, “manter relações com Estados estrangeiros”. 23. O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; aplicável, “in casu”, a noção de capacidades institucionais, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (*Interpretation and Institutions*. U Chicago Law & Eco-

nomics, Olin Working Paper, N° 156, 2002; U Chicago Public Law Research Paper n° 28). 24. É assente na jurisprudência da Corte que “a efetivação, pelo governo, da entrega do extraditando, autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, depende do Direito Internacional Convencional” (Extradição n° 272. Relator(a): Min. VICTOR NUNES, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/1967). 25. O Supremo Tribunal Federal, na Extradição n° 1.085, consagrou que o ato de extradição é ato vinculado aos termos do Tratado, sendo que a exegese da vinculação deve ser compreendida de acordo com a teoria dos graus de vinculação à juridicidade. 26. O pós-positivismo jurídico, conforme argutamente aponta Gustavo Binbenbom, “não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade” (Uma Teoria do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208). 27. O ato político-administrativo de extradição é vinculado a conceitos jurídicos indeterminados, em especial, “in casu”, à cláusula do artigo III, 1, f, do Tratado, permissiva da não entrega do extraditando. 28. A Cooperação Internacional em matéria Penal é limitada pela regra do “non-refoulement” (art. 33 da Convenção de Genebra de 1951), segundo a qual é vedada a entrega do solicitante de refúgio a um Estado quando houver ameaça de lesão aos direitos fundamentais do indivíduo. 29. O provimento jurisdicional que pretende a República Italiana é vedado pela Constituição, seja porque seu art. 4º, I e V, estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelos princípios da independência nacional e da igualdade entre os Estados, seja pelo fato de, no supracitado art. 84, VII, conferir apenas ao Presidente da República a função de manter relações com Estados estrangeiros. 30. Reclamação não conhecida, mantendo-se a decisão da Presidência da República. Petição Avulsa provida para que se proceda à imediata liberação do extraditando, se por al não estiver preso.

Inteiro Teor - Data de Julgamento: 08/06/2011



Agravo Regimental no Agravo de Instrumento

AI 777502 AgR / RS

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

Órgão Julgador: Segunda Turma

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557 DO CPC. APLICABILIDADE. ALEGADA OFENSA AO

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

ART. 2º DA CF. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. APRECIÇÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Matéria pacificada nesta Corte possibilita ao relator julgá-la monocraticamente, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil e da jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal. 2. A apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário tido por ilegal e abusivo não ofende o Princípio da Separação dos Poderes. Precedentes. 3. É incabível o Recurso Extraordinário nos casos em que se impõe o reexame do quadro fático-probatório para apreciar a apontada ofensa à Constituição Federal. Incidência da Súmula STF 279. 4. Agravo regimental improvido.

Inteiro Teor - Data de Julgamento: 28/09/2010



Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
RE 367432 AgR / PR
Relator(a): Min. Eros Grau
Órgão Julgador: Segunda Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CRFB/88]. Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento, no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

Inteiro Teor - Data de Julgamento: 20/04/2010



Agravo Regimental no Recurso Extraordinário

RE 410715 AgR / SP

Relator(a): Min. Celso de Mello

Órgão Julgador: Segunda Turma

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das «crianças de zero a seis anos de idade» (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.

Inteiro Teor - Data de Julgamento: 22/11/2005



Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Nº 45 MC / DF - Distrito Federal

Relator: Min. Celso de Mello

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

DECISÃO: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: “§ 2º Para efeito do inciso II do ‘caput’ deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.”

O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144.

Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo.

Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) – supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional.

Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material:

“Art. 1º O art. 59 da Lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

‘Art.59.....’

§ 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

§ 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.’ (NR).” (Grifei).

Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.).

Impende assinalar que a regra legal em questão – que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental – en-

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

trou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004.

Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas – e sempre em benefício da população deste País – recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um ‘facere’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘non facere’ ou ‘non pra-

estare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

.....

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. ” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “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” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige,

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

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 o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprе advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar): “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao

estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (Grifei).

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (“Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 22-23, 2002, Fabris): “A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação

desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...).

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.” (Grifei).

Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000.

Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A inviabilidade da presente arguição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar.

Cumpra acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175).

Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro “não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)” (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Decisão Monocrática - Data de julgamento: 29/04/2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

Nº 30.914 / PR

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Órgão Julgador: Quinta Turma

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO IMPOSTA A POLICIAIS MILITARES POR DESOBEDEIÊNCIA A ORDEM DE OFICIAL SUPERIOR, LIBERAÇÃO INDEVIDA DE PROPRIETÁRIO DE MERCADORIAS CONTRABANDEADAS E NEGLIGÊNCIA DO POLICIAL MAIS ANTIGO EM SEUS DEVERES COMO COMANDANTE DA EQUIPE. CORRESPONDÊNCIA ENTRE AS ACUSAÇÕES E A CONDENAÇÃO: INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, DURANTE O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. INEXISTÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE NA PENA IMPOSTA.

1. Não há que se falar em ampliação da delegação do comando constante na Portaria que deu início ao Procedimento Administrativo Disciplinar, para averiguar outras transgressões além das ali citadas, se tanto a Portaria quanto o libelo acusatório apresentado aos impetrantes no início do PAD tiveram por fundamento a descrição dos fatos posta no Auto de Prisão em Flagrante dos recorrentes, descrição essa que delineava fidedignamente as acusações de (a) desobediência a ordem de oficial superior; (b) corresponsabilidade pela liberação indevida de proprietário de mercadorias contrabandeadas; e (c) negligência do policial mais antigo em seus deveres como comandante da equipe e como membro mais antigo da corporação.
2. Muito embora o Presidente do Auto de Prisão em Flagrante Delito tenha entendido, após colher os depoimentos dos condutores, testemunhas e flagrados, que o Sd. JAIR PAULO KREIN não teria praticado a conduta ilícita do art. 163 do CPM (recusa de obediência), concluindo que apenas o Sd. MARCOS LEDUR teria apresentado indícios de ter se recusado a obedecer à ordem de superior hierárquico, os fatos estavam todos narrados ali e a conclusão do Presidente do Auto de Prisão em Flagrante não vincula nem o Comandante-Geral da PM, tampouco o Conselho de Disciplina.
3. A Terceira Seção desta Corte já assentou que “A Portaria de instauração do Processo Administrativo Disciplinar dispensa a descrição minuciosa da imputação, exigida tão somente após a instrução do feito, na fase de indiciamento, o que é capaz de viabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa” (RO nos EDcl nos EDcl no MS 11.493/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Terceira Seção, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017).

Articulista:

Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

4. Não existe discrepância entre as acusações inicialmente dirigidas ao impetrante KREIN e a condenação a ele imposta, ao final do PAD, se, diferentemente do que quer fazer crer o impetrante, não lhe foram imputados unicamente omissão e desinteresse, por ter ficado dentro da viatura, no momento dos fatos, mas, sim, adesão à conduta do Sd. LEDUR diante de uma postura omissa incompatível com seu cargo, e que pode mesmo levar à conclusão de que tenha, no mínimo, sido conivente com a liberação indevida de possível contrabandista.

5. A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal tem sido consistente em declarar a independência entre as instâncias civil, administrativa e penal, somente podendo ocorrer repercussão do resultado de processo penal sobre as demais instâncias quando nele for reconhecida a inexistência do fato ou afastada a autoria. “In casu”, como a absolvição do impetrante JAIME LEDUR, na Justiça Penal Militar, teve por fundamento a ausência de provas, não há como se pretender que ela gere reflexos sobre a punição administrativa.

6. A Primeira Seção desta Corte tem entendido que a análise em concreto do malferimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na imposição da pena de demissão enseja indevido controle judicial sobre o mérito administrativo. Caberia ao Poder Judiciário, em tais situações, apenas apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa (STJ, AgRg no RMS 47.711/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 18/08/2015).

7. A penalidade de demissão não se circunscreve a atos de corrupção praticados por policiais, podendo ser imposta a outros atos que, igualmente, sejam violadores do padrão ético-moral, da disciplina e do decoro esperados da classe.

Situação em que a pena de demissão foi condizente com afrontas a deveres funcionais do Policial Militar que são consideradas sérias.

8. Recurso ordinário a que se nega provimento.

[Inteiro Teor](#) - Data do Julgamento: 12/06/2018



Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança

Nº 54.617 / SP

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Órgão Julgador: Segunda Turma

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO

Nº 3/STJ. AGRAVO INTERNO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IRREGULARIDADES NO PROCESSAMENTO. NÃO DEMONSTRAÇÃO.

DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA ILEGAL PASSÍVEL DE DEMISSÃO. NATUREZA VINCULADA DA IMPOSIÇÃO DA SANÇÃO. PRECEDENTE.

AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal, na forma do novo CPC”.

2. O Poder Judiciário só pode analisar eventuais vícios de ilegalidade no processo administrativo disciplinar, em respeito à separação dos Poderes, vedada a reforma de mérito. Precedentes.

3. As disposições editadas pela União na Lei nº 8.112/1990 aplicam-se quando há lacunas na lei local, desde que haja compatibilidade entre elas sobre a questão. Precedentes.

4. A jurisprudência do STJ reconhece a natureza vinculada à sanção quando eventual conduta irregular do servidor esteja prevista em uma das hipóteses passíveis de demissão.

5. Agravo interno não provido.

Inteiro Teor - Data do Julgamento: 06/03/2018



Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança

Nº 53.612 / PR

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Órgão Julgador: Primeira Turma

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. QUESTIONAMENTO ACERCA DA CORREÇÃO DA PROVA SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Articulista:

Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato praticado pelo Presidente da Banca Examinadora do Concurso Público para provimento do cargo de Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e outro, em que se requer o reconhecimento de suposta ilegalidade perpetrada na correção de sua prova discursiva do concurso anteriormente citado, regulado pelo Edital 1/2013.

2. É firme a jurisprudência desta Corte Superior ao dispor que, em regra, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios na formulação e correção das provas, tendo em vista que, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca examinadora desses certames a responsabilidade pelo seu exame. Assenta-se, ainda, que, excepcionalmente, havendo flagrante ilegalidade, tem-se admitido a intervenção pelo Judiciário, por ofensa ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital.

Precedentes: RMS 50.670/BA, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19.6.2017; AgInt no RMS 47.077/PA, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 28.3.2017; ARE 1.036.827 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23.6.2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 29.6.2017 PUBLIC 30.6.2017; RE 871.129 AgR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 2.12.2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-266 DIVULG 14.12.2016 PUBLIC 15.12.2016.

3. “In casu”, a ora recorrente participou da 2a. etapa do concurso, ou seja, da prova discursiva - teórica e prática -, para o cargo de Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, obtendo a nota igual a 5,7, sendo que a nota mínima para prosseguir no certame seria a nota 6,0. Nesse contexto, e levando em conta o teor do documento acostado às fls. 53, observa-se que a resposta ofertada pela candidata se encontra em sentido oposto ao exigido pela Banca Examinadora, que, de acordo com o espelho de prova (fls. 67), trouxe como fundamento a orientação do Superior Tribunal de Justiça proferida no julgamento do REsp. 1.148.296/SP, representativo de controvérsia, Rel. Min. LUIZ FUX, Corte Especial,

DJe 28.9.2010.

4. Com efeito, resta evidente o descontentamento da candidata com o critério de correção estabelecido pela Comissão do Concurso, que se mostra razoável e proporcional à situação hipotética lançada aos candidatos, não havendo qualquer vício na questão impugnada a ensejar a intervenção do Poder Judiciário. Assim, não há direito líquido e certo a ser amparado.

5. Agravo Interno do particular a que se nega provimento.

[Inteiro Teor](#) - Data do Julgamento: 20/02/2018



Mandado de Segurança

Nº 11.382 / DF

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Órgão Julgador: Terceira Seção

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO POR ABANDONO DE CARGO. ESTUDO NO EXTERIOR. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE AFASTAMENTO. RECONHECIMENTO EM AÇÃO PRÓPRIA AJUIZADA PELO PACIENTE. MANUTENÇÃO DA DEMISSÃO. ILEGALIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. É indubitoso que o controle dos atos administrativos é medida impositiva, quando há a atuação do Estado em confronto com os princípios e os valores que norteiam o ordenamento jurídico, notadamente nas hipóteses em que a prática de determinado ato se distancia dos seus pressupostos intrínsecos ou, como assinala a literatura majoritária, dos seus elementos constitutivos.
2. A despeito das discrepâncias doutrinárias e jurisprudenciais acerca de quais elementos comporiam ou constituiriam o ato administrativo, mostra-se incontroverso, como pressuposto de fato e, para alguns, também de direito, que o motivo integra sua estrutura de validade.
3. Nessa perspectiva, se o motivo, pela própria natureza de discricionariedade, vier explicitado por meio de fundamentação, é possível a atuação jurisdicional, quando tais fundamentos destoarem da razoabilidade e da própria realidade que circunscreve o ato administrativo.
4. Mostra-se açodada a determinação da Administração Pública, para que seja demitido servidor quando o procedimento administrativo disciplinar é lastreado em substrato fático cuja ilegalidade reconhecida por ela é objeto de discussão judicial ainda pendente, o que se evidencia ainda mais se, ao término do processo, conclui o órgão jurisdicional ser legal o afastamento para estudos por parte do impetrante.
5. Nesse cenário, não há como coexistir a manutenção de decisões - uma no âmbito administrativo disciplinar e outra em processo judicial - absolutamente incompatíveis pela valoração da premissa fática. Reconhecida a legalidade do afastamento do servidor, para frequentar curso no exterior, mostra-se sem amparo jurídico o processo

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

administrativo disciplinar que culminou com a demissão do paciente, que somente continua no exercício, por força de liminar concedida neste mandado de segurança, ainda em 2006.

6. Mandado de segurança concedido, a fim de determinar a reintegração definitiva do impetrante ao cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal. Prejudicado o agravo regimental interposto pela União.

Inteiro Teor - Data do Julgamento: 24/05/2017



Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança

Nº 32.730 / PE

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Órgão Julgador: Segunda Turma

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS MILITARES EXCLUÍDOS, A BEM DA DISCIPLINA, DOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE PERNAMBUCO. CONTROLE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. PODER JUDICIÁRIO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REPERCUSSÃO DA SENTENÇA CRIMINAL NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. NEGATIVA DE EXISTÊNCIA DO FATO DELITUOSO OU DE SUA AUTORIA. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 27/03/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/1973.

II. Na linha da jurisprudência desta Corte, “o controle do Poder Judiciário, no tocante aos processos administrativos disciplinares, restringe-se ao exame do efetivo respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo vedado adentrar no mérito administrativo. O controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos diz respeito ao seu amplo aspecto de obediência aos postulados formais e materiais presentes na Carta Magna, sem, contudo, adentrar o mérito administrativo. Para tanto, a parte dita prejudicada deve demonstrar, de forma concreta, a mencionada ofensa aos

referidos princípios” (STJ, RMS 47.595/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/10/2015).

III. O STJ entende que as esferas civil, penal e administrativa são independentes e autônomas, e que a sentença criminal apenas repercute, na esfera administrativa, se negar a existência do fato ou a própria autoria do delito. Nesse sentido: STJ, AgRg no RMS 43.647/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2015; AgRg no RMS 27.653/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe de 20/08/2015; MS 20.556/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 01/12/2016; AgRg no RMS 36.958/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/02/2014; RMS 45.897/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/06/2016; AgRg no RMS 47.794/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/02/2016.

IV. Ademais, “a jurisprudência da Suprema Corte é pacífica no sentido da independência entre as instâncias cível, penal e administrativa, não havendo que se falar em violação dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal pela aplicação de sanção administrativa por descumprimento de dever funcional fixada em processo disciplinar legitimamente instaurado antes de finalizado o processo cível ou penal em que apurados os mesmos fatos” (STF, RMS 28.919 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 12/02/2015).

V. No caso, a extinção da punibilidade dos recorrentes pela prescrição intercorrente, na primeira denúncia, não indica a negativa de existência do fato apontado como delituoso, nem tampouco de sua autoria, do mesmo modo que a absolvição, na segunda denúncia, por ausência de prova, para um dos réus, ou a desclassificação do crime, em relação ao outro, e, ato contínuo, a correspondente suspensão da execução da pena, não significam a ausência de materialidade e da autoria criminosas, de modo a que a sentença criminal deva, necessariamente, influir na esfera administrativa.

VI. Agravo interno improvido.

[Inteiro Teor](#) - Data do Julgamento: 27/06/2017



Recurso Especial

Nº 1.645.847 / RJ

Relator: Ministro Herman Benjamin

Órgão Julgador: Segunda Turma

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E DE TRATAMENTO MÉDICO. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EM REDE PARTICULAR. PEDIDO SUBSIDIÁRIO NA FALTA DE LEITO NA REDE PÚBLICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO DEMONSTRADA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTO AUTÔNOMO. SÚMULA 283/STF.

1. Hipótese em que o Tribunal local consignou: “quanto à internação em hospital da rede privada, verifica-se, diante do cumprimento da decisão que antecipou os efeitos da tutela, que foi disponibilizada vaga na rede pública de saúde, sendo certo que a pretensão autoral foi atendida”, e “que a determinação para internação em rede particular de saúde, caso inexistente vagas na rede pública encontra amparo na jurisprudência desta Corte” (fls. 156-157, e-STJ).
2. Não se conhece de Recurso Especial em relação à ofensa ao art. 535 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.
3. Não se pode conhecer da irresignação contra a ofensa aos mencionados dispositivos legais, uma vez que não foram analisados pela instância de origem. Ausente, portanto, o indispensável requisito do prequestionamento, o que atrai, por analogia, o óbice da Súmula 282/STF.
4. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes.
5. O STJ possui jurisprudência firme e consolidada, de que a responsabilidade, em matéria de saúde, aqui traduzida pela distribuição gratuita de medicamentos em favor de pessoas carentes, é dever do Estado, compreendidos aí todos os entes federativos: “(...) o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabi-

lidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ‘ad causam’ para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros” (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).

6. Quanto à internação em hospital da rede privada, a fundamentação utilizada pelo Tribunal “a quo” para formar seu convencimento é apta, por si só, para manter o “decisum” combatido, e não houve contraposição recursal sobre o ponto, aplicando-se na espécie, por analogia, os óbices das Súmulas 284 e 283 do STF, ante a deficiência na motivação e a ausência de impugnação de fundamento autônomo.

7. Além disso, o STJ possui jurisprudência firme e consolidada, no sentido de que, “uma vez reconhecido, pelas instâncias ordinárias, o direito a tratamento médico-hospitalar na rede pública de saúde, o resultado prático da decisão deve ser assegurado, nos termos do artigo 461, § 5º, do CPC, com a possibilidade de internação na rede particular de saúde, subsidiariamente, na hipótese de lhe ser negada a assistência por falta de vagas na rede hospitalar do SUS”. (REsp 1.409.527/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18/10/2013).

8. É evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, verificando a urgência e necessidade do fornecimento de medicamento e tratamento médico pleiteados nos autos, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ.

9. Recurso Especial não provido.

Inteiro Teor - Data do Julgamento: 07/03/2017



Recurso Especial

Nº 1.637.827 / PR

Relator: Ministro Herman Benjamin

Órgão Julgador: Segunda Turma

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DELEGACIA DA POLÍCIA FEDERAL DE LONDRINA. PRESOS. ABSORÇÃO POR ESTABELECIMENTO PRISIONAL ESTADUAL. ACÓRDÃO ASSENTADO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE. RECURSO QUE NÃO ABRANGE TO-

DOS ELES. SÚMULA 283/STF. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. SEGURANÇA PÚBLICA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Estado do Paraná e a União, na qual se busca: a) “garantia do pleno exercício do direito coletivo à saúde e à integridade física e moral dos presos custodiados na Delegacia de Polícia Federal de Londrina/PR, diante, dentre tantos outros fatores, da persistente superlotação daquele estabelecimento, inadequação das suas instalações físicas e ausência de previsão legal para custodiamento de presos em unidades da Polícia Federal” e b) “a desativação, por completo, da carceragem da Delegacia de Polícia Federal de Londrina/PR, e a correspondente ampliação, nas Cadeias Públicas administradas pelo Estado do Paraná, das vagas destinadas a presos provisórios custodiados ou que venham a ser custodiados na DPF de Londrina, até sua completa desativação, de modo a proteger o direito difuso à segurança pública, atualmente prejudicada pela falta de vagas mesmo para presos em flagrante delito” (fl. 5, e-STJ).

2. Compulsando os autos, verifico que o acórdão prolatado pela Corte de Origem possui vários fundamentos distintos e suficientes para a manutenção do julgado: a) não há estabelecimento prisional federal apto a afastar o regramento constante do artigo 85 da Lei 5.010/1966 - ao menos abstratamente considerado; b) havendo indícios de grave violação de direitos fundamentais individuais, com reflexo na dignidade humana (fundamento da República Federativa), abre-se a possibilidade de sindicabilidade judicial, sobretudo por força do princípio da acessibilidade; c) em situações especiais (como a ora em apreço), o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a análise judicial de políticas públicas, mormente quando presente grave violação a direitos fundamentais (omissão nitidamente constitucional); d) os documentos juntados ao processo demonstram o descumprimento das mínimas exigências legais no tocante à custódia de presos no estabelecimento em questão, tendo ficado comprovado que os custodiados vivem em condições muito precárias, sem um mínimo de cuidado no tocante à dignidade assegurada a qualquer cidadão; e) no que se refere à elaboração do plano e à efetiva existência das vagas, na medida em que o Estado afirma possuir disponibilidade para abrigar os presos provisórios, sendo os condenados encaminhados para a Penitenciária de Foz do Iguaçu, o que torna desnecessária a criação de novas vagas prisionais, e f) não houve determinação de criação de certo número de vagas, mas apenas a

realização de um estudo para solução dos problemas verificados e devidamente comprovados nos autos, mediante absorção dos presos acolhidos inadequadamente na Delegacia da Polícia Federal de Londrina e incremento das vagas que se façam necessárias.

3. Todavia, o recorrente esquivava-se de rebater os fundamentos utilizados pelo Tribunal Regional, no sentido de firmar seu convencimento, restringindo-se a afirmar que não cabe ao Poder Judiciário proibir o Poder Executivo Federal de adotar a conduta prioritária (art. 85, Lei 5.010/66), qual seja, a de manter, em seu sistema prisional, os segregados à disposição da Justiça Federal, e que não há responsabilidade do Estado do Paraná em absorver a demanda de presos federais.

4. Assim, constatando-se a existência de vários fundamentos a embasarem o acórdão recorrido, e não tendo o Recurso Especial atacado a todos, incide o óbice da Súmula 283 do STF, inviabilizando o seu conhecimento.

5. Ainda que fosse possível superar tal óbice, o STJ tem decidido que, ante a demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social - principalmente nos casos que visem a resguardar a supremacia da dignidade humana -, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes.

6. Recurso Especial não conhecido.

[Inteiro Teor](#) - Data do Julgamento: 13/12/2016



Recurso Especial

REsp 879188 / RS

Relator (a) Ministro Humberto Martins

Órgão Julgador: Segunda Turma

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO - TEORIA DA ASSERTÇÃO - NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO PARA AFERIR O GRAU DE DISCRICIONARIEDADE CONFERIDO AO ADMINISTRADOR PÚBLICO - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, quando o julgado decide de modo claro e objetivo, na medida da pretensão deduzida, contudo, de forma contrária à pretensão do recorrente.

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

2. Nos termos da teoria da asserção, o momento de verificação das condições da ação se dá no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento.

3. Para que se reconheça a impossibilidade jurídica do pedido, é preciso que o julgador, no primeiro olhar, perceba que o “petitum” jamais poderá ser atendido, independentemente do fato e das circunstâncias do caso concreto.

4. A discricionariedade administrativa é um dever posto ao administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas, seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal.

5. O grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se, diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação do administrador esteja vinculada. Nesse caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas em restauração da ordem jurídica.

6. Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise “in abstrato” da norma jurídica: é preciso o confronto desta com as situações fáticas, para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual será a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir.

7. Em face da teoria da asserção no exame das condições da ação e da necessidade de dilação probatória para a análise dos fatos que circundam o caso concreto, a ação que visa a um controle de atividade discricionária da administração pública não contém pedido juridicamente impossível.

8. A influência que uma decisão liminar concedida em processo conexo pode gerar no caso dos autos pode recair sobre o julgamento do mérito da causa, mas em nada modifica a presença das condições da ação quando do oferecimento da petição inicial.

Recurso especial improvido.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data do Julgamento: 21/05/2009



Recurso Especial
REsp 429570 / GO
Relator(a) Ministra Eliana Calmon

Órgão Julgador: Segunda Turma

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE - ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.
3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.
4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.
5. Recurso especial provido.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data do Julgamento: 11/11/2003

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Apelação Cível

Nº 0272242-43.2015.8.19.0001

Relatora: Des (a). Mônica de Faria Sardas

Órgão Julgador: Vigésima Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ADMISSÃO AO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADOS DA PMERJ EM 2014. ANULAÇÃO DE QUESTÕES DA PROVA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA. CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DO CONCURSO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. CONTROLE JUDICIAL RESTRITO À ANÁLISE DA LEGALIDADE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. MANUTENÇÃO DO “DECISUM”. PRECEDENTES DO STJ E DESSA CORTE. 1. Preliminar de cerceamento de defesa. Deve ser afastada a preliminar suscitada, uma vez que o juiz é o destinatário da prova, cabendo-lhe indeferir, em decisão fundamentada, as desnecessárias ao julgamento. 2. Concurso Público. A formulação e correção de questões de concurso constituem mérito administrativo, não cabendo ao Poder Judiciário, via de regra, analisar tais critérios. 3. Discricionariedade da Administração Pública. No âmbito de sua discricionariedade, cabe à Administração Pública ditar as regras de avaliação do concurso, com vistas aos princípios da legalidade e da moralidade. 4. Controle Judicial. O controle judicial incide sobre o edital, porém este deve ficar restrito à análise da legalidade, pois não se permite ao Poder Judiciário ingerir no mérito administrativo, sob pena de afronta ao princípio da separação dos Poderes. 5. Fixação dos honorários recursais. Inteligência do § 11, do art. 85, do Novo Código de Processo Civil. NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 20/06/2018



Agravo de Instrumento

Nº 0001095-36.2018.8.19.0000

Relator: Des (a). Juarez Fernandes Folhes

Órgão Julgador: Décima Nona Câmara Cível

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. DECISÃO DO JUÍZO “A QUO” QUE DEFERIU PARCIALMENTE A TUTELA DE URGÊNCIA PARA QUE O MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS ASSEGURASSE A MATRÍCULA DO MENOR EM CRECHE PRÓXIMA A RESIDÊNCIA. INCONFORMISMO DO

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

MUNICÍPIO. NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO. Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Rio das Ostras contra decisão proferida pelo Juízo da Vara de Família, Infância e Juventude da Comarca de Rio das Ostras, que deferiu parcialmente liminar determinando a matrícula da criança em creche municipal próxima de sua residência. Direito fundamental. Proteção Integral. Prioridade absoluta. Presença dos pressupostos do art. 300 do CPC/2015. Ausência de afronta aos princípios da isonomia e da separação dos Poderes. Quanto ao valor da multa diária, no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) para a hipótese de descumprimento da decisão, não se verifica, a princípio, qualquer desproporcionalidade, tendo em vista a urgência que o caso requer. Outrossim, verifico às fls. 54 (índice 000054 - anexo 1) que já foi efetuada a matrícula do menor na Creche Municipal Dona Senhorinha, de forma que a multa não incidirá. Não há que se falar em violação ao princípio da separação dos Poderes, tampouco invasão na esfera da discricionariedade da Administração Pública, sendo certo que o Poder Judiciário, ao impor a satisfação dos direitos fundamentais, não exerce senão o controle judicial dos atos e omissões administrativas. O que se busca aqui é apenas o cumprimento efetivo da lei e de garantias constitucionais. Decisão que se mantém. Súmula 59 deste Tribunal de Justiça. NEGATIVA DE PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 10/04/2018



Apelação Cível

Nº 0074713-16.2015.8.19.0001

Relator: Des (a). Odete Knaack de Souza

Órgão Julgador: Vigésima Segunda Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. PROTEÇÃO AMBIENTAL. ATO QUE INDEFERE AUTORIZAÇÃO PARA COLOCAÇÃO DE EMPENA NA ZONA DE PRESERVAÇÃO PAISAGÍSTICA E AMBIENTAL (ZPPA-1). POSSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS TIDOS POR ILEGAIS OU ABUSIVOS, INCLUSIVE QUANDO A ANÁLISE RECAI SOBRE A SUA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR EM OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS QUE ABRANGE, INCLUSIVE, OS DEFINIDOS COMO DISCRICIONÁRIOS E PRECÁRIOS, SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES, BEM COMO DOS PRINCÍPIOS

DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA CONFIANÇA, DENOTANDO A NECESSIDADE DA SUA MANUTENÇÃO QUANDO VERIFICADA A EXPECTATIVA LEGÍTIMA, POR PARTE DO ADMINISTRADO, DE ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DECORRENTES DA CONDUTA ADMINISTRATIVA (ARE 793334 AGR, RESP 1487139/PR). APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO QUE É RESSALVADA NO VERBETE SUMULAR Nº 473 DO STF, CUJA REDAÇÃO EXPÕE A POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS POR CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE, DESDE QUE RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS. ARTIGO 155 DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL QUE DETERMINA A OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS ADQUIRIDOS E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL EM CASO DE REVOGAÇÃO, ASSIM COMO VINCULAÇÃO AOS MOTIVOS DETERMINANTES DO ATO. A LEI Nº 1.921/1992 E O DECRETO Nº 20.300/2001 NÃO PROÍBEM DIRETAMENTE A COLOCAÇÃO DE ENGENHO PUBLICITÁRIO NA ÁREA OBJETO DESTA AÇÃO, TENDO EM VISTA QUE A CRIAÇÃO DA ZONA DE PRESERVAÇÃO PAISAGÍSTICA E AMBIENTAL (ZPPA-1), NAS REGIÕES ADMINISTRATIVAS I, II, IV V E VI, ALCANÇANDO O BAIRRO LEBLON, FORA REALIZADA PELO DECRETO Nº 35.507/2012, CONSTANDO, EM SEU ARTIGO 10, A PROIBIÇÃO PARA A “OS ANÚNCIOS EM TABULETAS, NAS EMPENAS CEGAS E NAS COBERTURAS DAS EDIFICAÇÕES, EM TAPUMES E TELAS DE OBRAS IMÓVEIS EM CONSTRUÇÃO E REFORMA”. DECRETO Nº 35.507/2012 QUE JÁ FOI OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO Nº 0024628-34.2012.8.19.0000, NÃO SE TRATANDO DA SUA ILEGALIDADE APENAS EM FACE DA RESERVA LEGAL PARA A NORMATIZAÇÃO DO ZONEAMENTO URBANO, TENDO O JULGADO SIDO EXPRESSO QUANTO À PROTEÇÃO DO BEM PAISAGÍSTICO DA CIDADE TAMBÉM SER MATÉRIA RESERVADA À LEI, EM FACE DOS ARTIGOS 75, PARÁGRAFOS PRIMEIRO, IV E 30, INCISOS XVII E XXX, AMBOS DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO, SENDO ESSE ENTENDIMENTO BEM ASSENTADO NESTE TRIBUNAL. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO PARA A PRESERVAÇÃO E GESTÃO AMBIENTAL PREVISTOS NOS ARTIGOS 460, 461, INCISO III, DA LOM, BEM COMO NOS ARTIGOS 188, INCISO I E 166, AMBOS DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 111/2011, SEM, CONTUDO, PRESCINDIR DA RESERVA LEGAL PARA AS MATÉRIAS QUE TRATAM DE ZONEAMENTO URBANO E PROTEÇÃO DO BEM PAISAGÍSTICO DA CIDADE, CABENDO AO PODER EXECUTIVO TÃO SOMENTE A SUA REGULAMENTAÇÃO. SALIENTE-SE QUE A PRÓPRIA LEI MUNICIPAL Nº 1.921/1992, EM SEU ARTIGO 23, INCISO II, PROÍBE A INSTALAÇÃO DE ENGENHOS PUBLICITÁRIOS “EM

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

ÁREAS CONSIDERADAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL E INTERESSE CULTURAL, DEFINIDAS PELA LEGISLAÇÃO FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL”, DENOTANDO, POR ÓBVIO, A NECESSIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO, DE ACORDO COM O ARTIGO 59, “CAPUT” E INCISOS, DA CF/1988. EM CONSEQUÊNCIA, TRATANDO-SE DE ATO ADMINISTRATIVO COM FUNDAMENTO NO DECRETO Nº 35.507/2012, ESTE, MANIFESTAMENTE ILEGAL, EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA BEM ASSENTADA NESTE TRIBUNAL, NÃO HÁ QUE SE FALAR NA REFORMA DA SENTENÇA. TENDO EM VISTA O DESPROVIMENTO DO RECURSO, COM BASE NO ART. 85, § 3º, INCISO I, E § 11, DO NCPC, OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVEM SER FIXADOS EM 12% SOBRE O VALOR DA CAUSA. PRECEDENTES DO TJRJ, STJ E STF. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 01/02/2018



Apelação

Nº 0001621-27.2010.8.19.0018

Relator: Des. Elton Martinez Carvalho Leme

Órgão Julgador: Décima Sétima Câmara Cível

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO DE MACABU. CONTRIBUIÇÕES ASSOCIATIVAS EM FAVOR DA AEMERJ. ENTIDADE PRIVADA. TRANSFERÊNCIA DE VERBAS PÚBLICAS SEM AMPARO LEGISLATIVO. DANOS AO ERÁRIO CONFIGURADOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DOS RÉUS. ATO DISCRICIONÁRIO DO AGENTE POLÍTICO. HIPÓTESE DE CONTROLE JUDICIAL À LUZ DA ESTRITA LEGALIDADE. LEI Nº 870/2008. EDIÇÃO POSTERIOR AOS REPASSES. IMPOSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS AO FUNDO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESCABIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS RECURSOS. 1. Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, objetivando o ressarcimento de possíveis danos ao erário municipal, em razão do repasse de verbas públicas feito pelo Município de Conceição de Macabu à Associação Estadual de Municípios do Estado do Rio de Janeiro (AEMERJ), nos anos de 2004 a 2007, a título de contribuições associativas decorrentes de sua afiliação. 2. A transferência de recursos públicos a entidade privada enseja o atendimento das condições estabelecidas no art. 167, II, da Constituição

Federal, e na Lei de Responsabilidade Fiscal, dentre as quais se destacam a previsão no orçamento, ou em seus créditos adicionais, a existência de autorização em lei específica, além da observância às condições estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias. 3. Despesas realizadas sem a necessária edição de lei, seja de natureza genérica ou específica, o que denota a evidente ilegalidade dos repasses de valores à associação ré. 4. Ainda que se afirme tratar de ato discricionário do agente político, a cujo mérito seja defeso ao Poder Judiciário apreciar, é cabível seu exame sob o aspecto da legalidade. 5. Destinando-se as verbas municipais ao custeio dos serviços públicos que ao Município incumbe prestar, é inequívoco que o repasse ilegal de receita pública à entidade privada desfalca o erário, sendo de rigor a imposição da devolução de todas as quantias indevidamente transferidas, a teor do que dispõe a Lei nº 8.429/1992, tendo em vista que a associação se beneficiou com a prática do ato. 6. Não merece prosperar o argumento utilizado pelas rés de que a conduta do Chefe do Poder Executivo foi convalidada pela posterior edição da Lei nº 870/2008, haja vista a impossibilidade de reconhecimento de efeitos pretéritos a lei que tenha por finalidade a autorização da realização de despesas públicas. 7. Jurisprudência deste Tribunal de Justiça. 8. É correta a condenação do Município no pagamento da taxa judiciária, à luz do enunciado da Súmula 145 desta Corte de Justiça. 9. Em observância ao critério da simetria, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, em sede de ação civil pública, não é cabível a condenação da parte vencida em honorários advocatícios em favor do Ministério Público. 10. Provimento parcial dos recursos.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 06/12/2017



Agravo de Instrumento

Nº 0023334-05.2016.8.19.0000

Relator: Des (a). Maria Regina Fonseca Nova Alves

Órgão Julgador: Décima Quinta Câmara Cível

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPASSE DE VERBA. SAÚDE PÚBLICA. TUTELA DE URGÊNCIA PARA DETERMINAR, ENTRE OUTRAS PROVIDÊNCIAS, OS REPASSES EM PROPORÇÃO MENSAL. INSURGÊNCIA ESTATAL. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. AGRAVO INTERNO MANEJADO PELO “PARQUET”. Na origem, cuida-se de Ação Civil Pública com vistas à realização de repasses regulares e mensais do equivalente a

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

12% da arrecadação mensal dos impostos mencionados no artigo 6º da LC 141/2012 ao Fundo Estadual de Saúde (FES), para financiamento das Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS). Efeito suspensivo concedido pela Relatora, para sustar os efeitos da Tutela de Urgência conferida pelo Juízo de primeiro grau, fundada na gravíssima possibilidade de dano inverso, dada a severa crise econômico-social enfrentada pelo ente público, com destaque ao notório estado calamitoso de suas finanças, a exigir singular prudência. Decisão da Presidência deste E. Tribunal de Justiça, em atenção e alinhamento ao decidido neste recurso. Após cautelosa instrução e resguardo do contraditório, sobretudo com a suspensão do processamento para tentativa de celebração de TAC, restou demonstrado que a inércia estatal remanesce, ainda que de modo parcial, em descumprimento aos ditames constitucionais. Portanto, em face da ausência e/ou insuficiência de repasses financeiros regulares e automáticos ao fundo estadual de saúde, legitima-se o controle judicial de políticas públicas, garantindo que os repasses sejam efetivados regularmente e com periodicidade, sob pena de comprometer a efetivação judicial do direito à saúde no Estado do Rio de Janeiro e a continuidade de tão relevante serviço público. Discricionariedade administrativa que não se confunde com arbitrariedade. Se a Constituição já estabelece uma cota mínima de despesa na efetivação do direito fundamental à saúde, a discricionariedade administrativa encontra um obstáculo constitucional intransponível, à luz da força normativa dos princípios da eficiência e da continuidade do serviço público, tendo em vista que o direito à saúde básica compõe o mínimo existencial, de modo a afastar o argumento da reserva do possível, que não pode ser invocado em termos genéricos e abstratos. Inteligência dos artigos 198 e 212 da CRFB/1988, e 6º da LC 141/2012, à luz dos princípios da proporcionalidade, eficiência administrativa, continuidade do serviço público e mínimo existencial. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E PROVIDO.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 14/11/2017

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 30/01/2018



Agravo de Instrumento

Nº 0048565-97.2017.8.19.0000

Relator: Des (a). Maria Helena Pinto Machado

Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DECISÃO AGRAVADA DE DEFERIMENTO DA

ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PARA DETERMINAR A MATRÍCULA EM CRECHE INTEGRANTE DA REDE PÚBLICA OU CONVENIADA, PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DO MENOR, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA. O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL CONSTITUI DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL, QUE DEVE SER ASSEGURADO PELO ENTE PÚBLICO MUNICIPAL. FUNDAMENTO CONTIDO NOS ARTIGOS 205 E 208, IV, DA CRFB; NA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO, E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, TAMPOUCO INVASÃO NA ESFERA DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SENDO CERTO QUE O PODER JUDICIÁRIO, AO IMPOR A SATISFAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, NÃO EXERCE SENÃO O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS E OMISSÕES ADMINISTRATIVAS. MULTA, ARBITRADA NO VALOR DE R\$ 50,00 (CINQUENTA REAIS), QUE NÃO SE REVELA EXCESSIVA, TENDO EM VISTA A RELEVÂNCIA DO BEM QUE SE PRETENDE RESGUARDAR. SÚMULA Nº 59 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA QUE SE IMPÕE. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Íntegra do Acórdão em Segredo de Justiça - Data de Julgamento: 20/09/2017



Apelação

Nº 0299225-79.2015.8.19.0001

Relator: Des (a). Renata Machado Cotta

Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SANEAMENTO BÁSICO. IMPOSSIBILIDADE DE O JUDICIÁRIO SE IMISCUIR NAS TAREFAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ESTABELECIMENTO DE PRIORIDADES. Com o processo de redemocratização observado em nosso país, houve um fortalecimento de e expansão do Poder Judiciário, acompanhando uma tendência mundial de protagonismo da atividade jurisdicional observada desde o fim da 2ª Guerra Mundial. Tal processo - chamado de judicialização da política - decorre da inserção na Constituição dos Estados Democráticos dos direitos de 2ª geração, os direitos sociais, que dependem de prestação positiva do Estado, como saúde, educação, previdência e assistência social. Se, por um lado, a judicialização das políticas públicas possui uma faceta positiva - no sentido de que existem, de fato, prestações

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

as quais o Judiciário não pode negar, sob pena de restarem violados direitos fundamentais vitais para o cidadão; por outro, há uma negativa, tendo em vista que traduz uma ineficiência administrativa na resolução daquela demanda, além, é claro, de representar uma crise de legitimidade democrática: cada vez mais demandas que antes poderiam se exaurir no âmbito dos poderes Executivo e Legislativo, legitimamente investidos para tal, acabam exaurindo-se no âmbito do Judiciário. Nesse contexto, surge um dos maiores dilemas em estudo pelo Direito atualmente: os limites para o controle judicial das políticas públicas, especialmente à luz do princípio da separação de Poderes. Na distribuição clássica das competências do Estado, cabe ao Poder Executivo a tarefa de administrar, especialmente nos casos em que seja necessário um juízo de conveniência e oportunidade. Por outro lado, é dever do Judiciário assegurar a observância e garantir a efetividade das regras e princípios constitucionais. Buscase, portanto, a fixação de parâmetros para a atuação do Poder Judiciário no alcance de sua tarefa constitucional, sem invadir as competências privativas do Executivo, e até mesmo do Legislativo. Para tanto, vale lembrar que o Estado Constitucional de Direito gravita em torno da centralidade dos direitos fundamentais. A liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais, dentro da concepção do mínimo existencial, devem ser atendidos pelos três Poderes, que têm o dever de realizá-los na maior extensão possível, tendo justamente como limite o núcleo essencial desses direitos. Assim, cabe a intervenção do Judiciário nas hipóteses em que houver violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais - em se tratando de direitos sociais - e aos direitos da liberdade irredutíveis, que compõem a teoria do mínimo existencial. Por outro lado, sempre que necessária uma ponderação de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, uma fixação de prioridades do Estado, especialmente não se tratando de direitos ligados ao mínimo existencial, o Judiciário deverá preservar a separação de Poderes, reconhecendo a competência da Administração Pública na realização dos referidos juízos. O saneamento básico, como parte integrante do conjunto de direitos cujo núcleo essencial é a saúde, é direito fundamental de segunda geração, consistindo em um “facere” do Estado, ou prestação positiva, tornando o município credor da obrigação. Todavia, tal assertiva não possibilita a atuação do Judiciário, no sentido de obrigar a Administração Pública a reparar a rede de esgotamento sanitário, sem que haja um planejamento de engenharia, econômico e orçamentário em relação às obras. Ao determinar a realização de obras para implantação da rede em uma localidade específica, o Judiciário estaria privilegiando uma área em substituição ao Poder Executivo, o que constitui verdadeira violação à separação de Poderes. A questão em análise comporta, então, aparente contradição entre normas constitucionais, por contrapor a inafastabilidade da jurisdição, conforme art. 5º, XXXV, e a

independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º), bem assim os direitos sociais à moradia e à saúde (art. 6º), além dos princípios orçamentários (art. 167, I), todos da Constituição da República. Deve-se promover uma coesa interpenetração desses princípios, direitos e garantias contemplados na Carta Magna, de modo a gerar uma orgânica simbiose de valores mutuamente condicionantes. Aqui, em que pese tratar de direitos fundamentais, à saúde, moradia e outros, o caráter programático dessas regras constitucionais não pode ser colhido de modo inconsequente, a determinar a ilegítima atuação do Poder Judiciário, em substituição ao Poder Executivo. No âmbito das políticas públicas, tal realidade especialmente se evidencia num universo concreto de recursos materiais finitos e reconhecidamente insuficientes, em que não é possível suprir, a um só tempo, todas as necessidades da população brasileira. Ressalte-se que, além de possuir representatividade e legitimidade para a escolha e adoção da política de saneamento, a Administração Pública, ao contrário do Judiciário, possui servidores qualificados para respaldar com critérios técnicos suas decisões. Certamente, ao elaborar a política pública por contrato de concessão e estabelecer para a concessão o plano de metas e obras, a Administração Pública levou em considerações diversos critérios técnicos, bem como procedeu a um juízo de conveniência e oportunidade que não podem ser substituídos por uma decisão judicial que prioriza um logradouro em específico. Registro que os elementos de prova constante nos autos não demonstram qualquer situação excepcional a autorizar uma intervenção do Judiciário em benefício dos moradores do local. Com efeito, as fotos constantes no inquérito civil não comprovam uma situação de calamidade, em que os moradores convivem com esgoto pelas ruas e passagens de forma contínua. Nesse caso, não deve haver abertura para a intervenção judicial, sob pena de o Judiciário se imiscuir na discricionariedade administrativa, na medida em que cabe à Administração Pública a escolha quanto à forma de prestação dos serviços, devendo ser ponderado pelo administrador os custos de eventuais obras, seu impacto sobre o meio ambiente e a viabilidade técnica da adoção de um método ou outro de prestação dos serviços. Desprovisionamento do recurso.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 30/08/2017



Apelação

Nº 0296822-79.2011.8.19.0001

Relator: Des (a). Mário Assis Gonçalves

Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

Administrativo. Policial militar. Exclusão do Quadro de Acesso para ser promovido a Capitão. Sentença de improcedência. É assegurado às partes o direito ao contraditório e à ampla defesa, também em sede administrativa, na forma do art. 5º, LV, da CRFB/1988, devendo a Administração Pública valer-se do bom senso e da proporcionalidade, sob pena de anulação dos atos praticados. É defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto da legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei. Essa solução se funda no princípio da separação dos Poderes, de sorte que a verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado. Verifica-se que o ato administrativo que determinou a exclusão do apelante do Quadro de Acesso à promoção observou a legalidade, já que foi praticado por autoridade competente, no exercício que lhe foi conferido por lei e em respeito ao direito de defesa do autor. O apelante não logrou êxito em comprovar qualquer ilegalidade na decisão da Comissão de Promoções, a qual é formada por Oficiais da PMERJ, considerando que se trata de competência punitiva que lhe é própria e que não pode ser revisada pelo Poder Judiciário, sob pena de invasão de competências. Cabe frisar, ainda, que, conforme demonstrado nos autos, mesmo que o autor tivesse sido habilitado, a sua promoção não seria possível, diante da sua colocação, uma vez que na ordem de classificação o apelante estava em 85º lugar, e o número de vagas existentes para o cargo pretendido, à época, era de 65 (sessenta e cinco). Portanto, não havendo indícios de que a Administração Pública feriu os princípios da igualdade, da moralidade administrativa e da razoabilidade, prover o pleito do apelante implicaria intolerável interferência judicial na discricionariedade administrativa. Recurso ao qual se nega provimento.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 05/04/2017

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 02/08/2017



Apelação Cível

Nº 0347313-22.2013.8.19.0001

Relator: Des (a). Marco Aurélio Bezerra de Melo

Órgão Julgador: Décima Sexta Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE PENA DE DETENÇÃO DE 05 (CINCO DIAS) AO AUTOR, BOMBEIRO MILITAR. COMPARTILHAMENTO EM

REDE SOCIAL (FACEBOOK) DE FOTO DE POSTO DE TRABALHO EM PRECÁRIAS CONDIÇÕES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DO AUTOR.

1. Não conhecimento do agravo retido, eis que não ratificado em sede de apelo. Previsão do artigo 523, §1º, do CPC/1973.

Enunciado Administrativo nº 02 do STJ.

2. No mérito, o controle judicial dos atos administrativos deve se ater à análise da legalidade, não se imiscuindo no aspecto discricionário, sob pena de violação do princípio da separação de Poderes, previsto no art. 2º da CRFB/1988, salvo em caso de flagrante ilegalidade ou ilegitimidade.

3. Penalidade aplicada sob o fundamento de que o autor deixou de comunicar a um de seus superiores hierárquicos a situação na qual se encontrava o posto em que trabalha, tentando desta forma solucionar a questão.

4. Compartilhamento de foto do posto de trabalho em condições precárias.

5. Inexistência de ilegalidade por ausência de tipificação. Enquadramento do fato na conduta omissiva prevista no art. 14, inciso I, itens 7, 9 e 10 do Anexo I, do RDCBMERJ.

6. Não obstante ser o Facebook um instrumento de comunicação privada, o superior hierárquico do autor teve conhecimento do compartilhamento da foto, mediante outros bombeiros militares que integravam o rol de amigos da sua rede social.

7. A ausência de comentário negativo à foto compartilhada não afasta a exposição negativa da imagem da Corporação, sendo, cabível, portanto, a reprimenda, por força do poder disciplinar e diante da inexistência de providências oficiais pelo autor para a melhoria do posto de trabalho.

8. Parecer da douta Procuradoria de Justiça.

9. Ausência de nulidade do processo administrativo disciplinar.

10. Sentença mantida.

11. Recurso desprovido.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 21/03/2017



Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

Apelação Cível

Nº 0009904-96.1998.8.19.0038

Relator: Des (a). Alcides da Fonseca Neto

Órgão Julgador: Décima Primeira Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DE INTERESSE COLETIVO. CONSTANTES ALAGAMENTOS POR ÁGUAS ORIUNDAS DE CHUVA E DE ESGOTO, DECORRENTES DE OMISSÃO DO PODER PÚBLICO QUANTO À LIMPEZA DE GALERIAS PLUVIAIS. Sentença que, pautada na competência administrativa comum dos entes federativos para promoção e melhoria das condições de saneamento básico; na competência municipal de prestação de serviços públicos de interesse local e de planejamento e controle do uso do solo urbano, bem como em laudo pericial que demonstrou que o livre escoamento das águas depende da limpeza constante das galerias de águas pluviais, julgou procedente o pedido em face do primeiro réu para determinar a limpeza bimestral das galerias pluviais existentes nas ruas indicadas na exordial. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, que merece ser rechaçada por não haver óbice em nosso ordenamento à veiculação de pedido de condenação do Poder Público à prestação do adequado e eficiente serviço público de saneamento básico - especificamente, através da limpeza bimestral das galerias pluviais de certas ruas, para que os alagamentos e transbordamentos de esgotos sejam contidos. Pedido que visa à prestação de um serviço público adequado e eficiente, e não a implementação de programa ou plano de construção de rede de saneamento básico. Ainda que assim não fosse, o tema encontra-se intrinsecamente vinculado ao meio ambiente, à saúde pública e à promoção da dignidade humana dos moradores da referida localidade, direitos fundamentais que autorizam o excepcional controle judicial, a fim de que seja conferida a máxima efetividade às normas constitucionais, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação e harmonia de Poderes, visto que direitos constitucionais dessa estatura não se sujeitam à discricionariedade do administrador, como reiteradamente vêm sinalizando os Tribunais Superiores. Precedentes. No mérito, a prova pericial atestou a omissão do Poder Público e o nexo de causalidade entre os rotineiros alagamentos e a ausência de manutenção preventiva para o bom escoamento das águas. Pagamento da taxa judiciária pelo Município, que é devido, nos termos da súmula 145 deste Tribunal de Justiça. Sentença que merece ser mantida por seus próprios fundamentos. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 18/03/2015



Apelação Nível

Nº 0015196-64.2009.8.19.0042

Relator: Des (a). Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. PROPAGANDA REALIZADA PELA CÂMARA MUNICIPAL DE PETRÓPOLIS EM DESACORDO COM O ART. 37, § 1º, CRFB. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELO DE TODAS AS PARTES. PRELIMINAR DE CONEXÃO, SUSCITADA SEM QUALQUER INDICAÇÃO CONCRETA DE QUE OS DEMAIS PROCESSOS MENCIONADOS POSSUEM OBJETO OU CAUSA DE PEDIR COMUNS. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR. PROPAGANDA ESTATAL QUE DEVE SEMPRE TER CARÁTER EDUCATIVO, INFORMATIVO OU DE ORIENTAÇÃO SOCIAL. ART. 37, § 1º, CRFB. INFORMAÇÃO VEICULADA PELA CÂMARA MUNICIPAL DE PETRÓPOLIS, NA OCASIÃO DA COMEMORAÇÃO DO DIA MUNDIAL DO TRABALHO, QUE NÃO POSSUI OS MENCIONADOS ATRIBUTOS CONSTITUCIONAIS. TEXTO HISTÓRICO COM INFORMAÇÕES GENÉRICAS, QUE NÃO TRAZEM QUALQUER BENEFÍCIO DIRETO AO TRABALHADOR. VIOLAÇÃO AO INTERESSE PÚBLICO. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, POR DESVIO DE FINALIDADE. RESTA INJUSTIFICÁVEL, E COM TRAÇOS MEGALÔMANOS, QUE O REFERIDO TEXTO TENHA SIDO PUBLICADO EM PÁGINA INTEIRA DE UM JORNAL PARTICULAR, DENOTANDO COMPLETO DESVIRTUAMENTO DA BOA APLICAÇÃO DA VERBA PÚBLICA. O PRINCÍPIO DA FINALIDADE, SIGNIFICANDO A ADEQUAÇÃO DO ATO AO SEU FIM LEGAL, TEM ÍNTIMA ASSOCIAÇÃO COM O CONCEITO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA, COMO PRESSUPOSTO DE VALIDADE DA CONDUTA FUNCIONAL DO AGENTE DO PODER. POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO INGRESSAR NA ANÁLISE DA LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, POIS SE O ADMINISTRADOR PÚBLICO AGE PARA ATINGIR ESCOPO DIVERSO DAQUELE TUTELADO PELO ORDENAMENTO, ESTÁ CARACTERIZADO O DESVIO DE PODER, QUE, INVALIDANDO O ATO OU OMISSÃO, É SUSCETÍVEL DE CONTROLE JURISDICCIONAL, POIS SE ESTÁ DIANTE DE VICIO DE LEGALIDADE. DISCRICIONARIEDADE QUE NÃO IMPORTA EM PERMISSÃO PARA A PRÁTICA DE ILEGALIDADE. ADMINISTRADOR QUE ESTÁ VINCULADO À ESTREITA OBSERVÂNCIA DA FINALIDADE PERMANENTE DA LEI, E UMA VEZ DISTANCIADO, INCORRE EM ATO ILÍCITO PASSÍVEL DE INVALIDAÇÃO. PRECEDENTE DO STF. SUCUM-

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

BÊNÇÃO RECÍPROCA CORRETAMENTE RECONHECIDA. RESSALVA, CONTUDO, DA IMUNIDADE CONFERIDA AO AUTOR, QUANTO ÀS CUSTAS E ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. ART. 5º, LXXVIII, CRFB. PERIODICIDADE MENSAL DOS JUROS DE MORA QUE DEVE SER EXPLICITADA. DESPROVIMENTO DOS 1º E 2º APELOS (DOS RÉUS) E PARCIAL PROVIMENTO DO 3º (DO AUTOR).

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 14/05/2014

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 30/07/2014

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 19/11/2014



Agravo de Instrumento

Nº 0027218-47.2013.8.19.0000

Nº Des (a). Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara

Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível

Direito Administrativo. Direito Processual Coletivo. Controle judicial de políticas públicas. Separação dos Poderes. Submissão dos atos administrativos ao controle de legalidade. Limitação ao poder discricionário pela Constituição e pela lei. Possibilidade de controle dos limites da discricionariedade (legalidade em sentido amplo ou juridicidade). Medida excepcional que se aplica quando se revele imprescindível para restabelecer a ordem jurídica violada. Considerações a respeito das limitações de concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. «Mínimo existencial» que afasta a tese da «reserva do possível». Precedentes do STF, STJ e TJRJ. Elementos constantes dos autos que não indicam a situação fática atual, mas apenas uma situação pretérita, o que impede a concessão da tutela antecipada. Necessidade de maior dilação probatória, para que se possa constatar o estado atual das coisas. Recurso a que se nega provimento.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 29/10/2013



Agravo de Instrumento

Nº 0015483-51.2012.8.19.0000

Relator: Des (a). Gabriel de Oliveira Zefiro

Órgão Julgador: Décima Terceira Câmara Cível

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE BUSCA COMPE-

LIR A EDILIDADE DE TERESÓPOLIS A EFETIVAR A REMOÇÃO DE PESSOAS DAS ÁREAS DE RISCO LOCALIZADAS NOS BAIRROS DE JARDIM ESPANHOL E JARDIM FEO, COM O CONSEQUENTE CERCAMENTO DA ÁREA, DE MODO A EVITAR NOVAS OCUPAÇÕES, PORQUANTO DEGRADADAS EM RAZÃO DA CATÁSTROFE CLIMÁTICA OCORRIDA EM JANEIRO DE 2011, CONSIDERADA A MAIOR DO PAÍS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA TAL FIM, PARA CUMPRIMENTO NO PRAZO DE TRINTA DIAS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$100.000,00. INOCORRÊNCIA DE CONEXÃO COM OUTRAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS, TENDO EM VISTA POSSUÍREM CAUSAS DE PEDIR E PEDIDOS DIVERSOS. PLAUSIBILIDADE DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA DO MÉRITO, CONQUANTO SE PREORDENA A PRESERVAR A VIDA E A SAÚDE DOS MORADORES DA ÁREA QUE, NÃO OBSTANTE RECEBAM O ALUGUEL SOCIAL, RETORNAM POSTERIORMENTE ÀS ANTIGAS CASAS E REALIZAM REFORMAS COM OS ALUDIDOS RECURSOS, O QUE DENOTA A INEFICÁCIA DO BENEFÍCIO FINANCEIRO EM TELA. INCIDÊNCIA AO CASO DO ART. 3º-B DA LEI FEDERAL Nº 12.340/2010. TESE RECURSAL QUE DEFENDE A AUSÊNCIA DE RECURSO PARA CUMPRIR O COMANDO JUDICIAL QUE FENECE DIANTE DA DICÇÃO DO ART. 4º DA LEI 12.340/2010, QUE OBRIGA A UNIÃO A TRANSFERIR VERBAS AOS ESTADOS E MUNICÍPIOS AFETADOS POR CALAMIDADE PÚBLICA. A RESERVA DO POSSÍVEL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ORÇAMENTÁRIA, DE NATUREZAS MERA-MENTE INSTRUMENTAIS, NÃO PODEM PREPONDERAR EM RELAÇÃO A DIREITO FUNDAMENTAL, CATEGORIA NA QUAL SE INSEREM OS DIREITOS À VIDA E À SAÚDE. APLICAÇÃO DO VERBETE DE SÚMULA 241 DESTA CORTE. EM MATÉRIA RELATIVA AOS DIREITOS HUMANOS A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA É REDUZIDA A ZERO, DE MODO QUE O CONTROLE JUDICIAL DOS SOBREDITOS ATOS NÃO VULNERA O ART. 2º DA CRFB. O PRAZO PARA CUMPRIMENTO DO PROVIMENTO JUDICIAL E O MONTANTE FIXADO, A TÍTULO DE ASTREINTES, ENTREMOSTRAM-SE RAZOÁVEIS E EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, “EX VI” DO ART. 557, “CAPUT”, DO CPC.

[Decisão Monocrática](#) - Data de Julgamento: 30/11/2012

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 05/06/2013



Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

Apelação Cível

Nº 0006896-27.2009.8.19.0006

Relator: Des(a). Cláudio Brandão de Oliveira

Órgão Julgador: Décima Nona Câmara Cível

Direito Administrativo. Anulação de Ato Administrativo Discricionário. Impossibilidade. Ausência de qualquer ilegalidade. O autor, policial militar, realizou concurso público para outro órgão da Administração Pública. Um dos princípios clássicos do Direito Público é a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, conforme jurisprudência assente dos Tribunais Superiores. Presunção de legitimidade do ato administrativo. Ato administrativo discricionário. Impossibilidade de controle judicial do uso correto da discricionariedade administrativa. Ato que indeferiu o requerimento de transferência do policial militar para a cidade do Rio de Janeiro. Ausência de comprovação de vício capaz de justificar sua anulação. Recurso a que se nega provimento.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 31/10/2011



Ação Ordinária

Nº 0030952-76.2008.8.19.0001

Relator: Des(a). Mário Assis Gonçalves

Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível

Ação ordinária. Pretensão de anulação de ato administrativo. Exclusão dos quadros da Polícia Militar. Absolvição na esfera penal que não obriga a instância administrativa. O controle judicial sobre os atos da Administração Pública é exclusivamente de legalidade, não cabendo juízo meritório, tendo em vista a discricionariedade conferida à Administração. Em outras palavras, ao Judiciário incumbe tão somente confrontar os atos administrativos com a lei ou com a Constituição, e analisar se há ou não compatibilidade normativa. Em caso negativo, declarará a invalidação do ato, de modo a não mais permitir que continue produzindo efeitos. Destaque-se, ainda, que a presunção de legitimidade e legalidade de que gozam os atos administrativos só pode ser elidida mediante robusta prova em contrário, que, no caso em questão, inexistiu. No procedimento administrativo foram respeitados os princípios insculpidos no artigo 37 da CRFB/1988, bem como os da ampla defesa e do contraditório, tendo o autor participado de todas as fases do processo através de advogado regularmente

constituído. Verbete sumular nº 343 do STJ. Precedentes do TJERJ e do STJ. Por fim, cumpre analisar a alegação de repercussão da decisão no processo criminal na esfera administrativa, haja vista tratar-se das mesmas questões fáticas. Tratando-se de decisão penal absolutória, será necessário distinguir o motivo da absolvição, a fim de analisar seus efeitos na esfera administrativa. Caso a absolvição se dê por insuficiência de provas quanto à autoria ou porque a prova não foi suficiente para a condenação, não influirá na decisão administrativa se, além da conduta penal imputada, houver a configuração de ilícito administrativo naquilo que a doutrina denomina de “conduta residual”. Tendo o licenciamento “ex officio” do autor resultado do desenvolvimento regular de processo administrativo disciplinar, no qual foram observados o contraditório e a ampla defesa, e que se originou da prática de conduta em desacordo com as diretrizes éticas da corporação, e não cabendo ao Judiciário a análise do mérito da decisão, deve ser mantida a sentença que concluiu pela ausência de ilegalidade no ato administrativo que excluiu o autor do quadro da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, dando correta solução à lide. Recurso não provido.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 17/11/2010



Apelação Cível

Nº 0063743-64.2009.8.19.0001

Relator: Des(a). Lúcia Maria Miguel da Silva Lima

Órgão Julgador: Décima Segunda Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL. INSTRUMENTO INTERPOSTO EM FACE DA DECISÃO QUE INDEFERIU A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DIREITO ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. CANCELAMENTO DE LICENÇA PARA EXPOSIÇÃO E VENDA DE PRODUTOS ARTESANAIS. CONTROLE JUDICIAL SOBRE O MÉRITO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. Os atos administrativos, mesmo os discricionários, podem ser desconstituídos se forem desproporcionais aos fins propostos, praticados com desvio de poder, ou quando os motivos que o ensejaram não forem verdadeiros, suficientes ou adequados. A determinação de cassação de licença é medida que se revela demasiadamente gravosa para a dignidade do Recorrente, ainda mais se levarmos em consideração a atual conjuntura econômica, que não permite que o Judiciário chancelo o impedimento do exercício de uma atividade que confere sustento ao

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

agravante e à sua família. Agravo provido, na forma do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 29/06/2010

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 05/10/2010

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 11/11/2010



Mandado de Segurança

Nº 0034199-34.2009.8.19.0000

Relator: Des(a). Luiz Felipe Miranda de Medeiros Francisco

Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À EDUCAÇÃO. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À MATRÍCULA. EXCLUSÃO DO CERTAME, EM VIRTUDE DE O CANDIDATO NÃO TER CURSADO O ÚLTIMO ANO DO ENSINO FUNDAMENTAL NA REDE PÚBLICA DE ENSINO, MAS EM FUNDAÇÃO BENEFICENTE PRIVADA. PREVISÃO EM EDITAL. CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, UMA VEZ QUE ESTA NADA MAIS É DO QUE MEIO ALTERNATIVO PELO QUAL A LEI SE DESEJA VER APLICADA. IGUALDADE SUBSTANCIAL, COM PREVISÃO NO ARTIGO 3º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE NÃO PODE SER EXCEPCIONADA, DEIXANDO DE CONTEMPLAR PESSOAS QUE SE ENQUADRAM NUMA MESMA SITUAÇÃO DE FATO, EM ESPECIAL, NO TOCANTE AO DIREITO À EDUCAÇÃO, COMO REQUER O INCISO I, DO ARTIGO 206 DA LEI FUNDAMENTAL. ADEMAIS, É DEVER DO ESTADO ASSEGURAR IGUALDADE DE CONDIÇÕES PARA O ACESSO E PERMANÊNCIA NA ESCOLA, NOTADAMENTE DAS PESSOAS EM DESENVOLVIMENTO, COMO GENUÍNO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, CONSOANTE O DISPOSTO NO ART. 15 DA LEI Nº 8069/90. CONCESSÃO DA ORDEM.

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 27/04/2010



Apelação Cível

Nº 0073360-24.2004.8.19.0001

Relator: Des(a). Gilberto Campista Guarino
Órgão Julgador: Décima Quinta Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA AGENTE DE DISCIPLINA DO DEGASE. COMPROVADA EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL COMO AGENTE EDUCACIONAL E AGENTE DE DISCIPLINA. AUSÊNCIA DE CÔMPUTO DOS REFERIDOS TÍTULOS NA SEGUNDA ETAPA DO CERTAME. AVALIAÇÃO DE EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL. CLASSIFICAÇÃO FINAL DO AUTOR, PREJUDICADA PELA DESCONSIDERAÇÃO DO TÍTULO. CORRETA A SENTENÇA QUE DETERMINOU FOSSE, COMO TAL, PONTUADA A EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL. ALTERAÇÃO DA SUA CLASSIFICAÇÃO FINAL NO CONCURSO. NÃO SE DISCUTEM REGRAS DO EDITAL, MAS SEU CUMPRIMENTO, OU NÃO. DISCRICIONARIEDADE NÃO SE CONFUNDE COM ARBÍTRIO. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO NÃO É AQUELE QUE A PÚBLICA ADMINISTRAÇÃO PRÁTICA, SE E QUANDO QUISER. NEM É AQUELE QUE SE EXPEDE COMO SE SUA ORIGEM ESTIVESSE EM BANCA EXAMINADORA COM PODERES INDEFINIDOS E TOTAIS. DISCRICIONARIEDADE NÃO É SINÔNIMO DE POTESTATIVIDADE PURA. CONTROLE JUDICIAL QUE SE IMPÕE, SEMPRE QUE UMA SITUAÇÃO PREENCHER, COMO É O CASO, REQUISITOS EXIGIDOS, MAS NÃO CONSIDERADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MOTIVAÇÃO EM DESACORDO COM OS FATOS COMPROVADOS. PRECEDENTES ESPECÍFICOS DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

[Decisão Monocrática](#) - Data de Julgamento: 21/06/2010

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 09/09/2010

[Íntegra do Acórdão](#) - Data de Julgamento: 05/10/2010

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
DISTRITO FEDERAL E
DOS TERRITÓRIOS

Mandado de Segurança

Nº 0705665-37.2017.8.07.0018

Relator: João Egmont

Órgão Julgador: 2ª Turma Cível

CONSTITUCIONAL. CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS. REPROVAÇÃO NA PROVA DISCURSIVA. NÃO OBSERVÂNCIA DO NÚMERO MÍNIMO DE LINHAS. CRITÉRIO ESTABELECIDO NO EDITAL. LEGALIDADE. APELO IMPROVIDO. 1. Mandado de segurança em que o autor pede: a) a concessão de liminar para determinar que a autoridade impetrada promova a correção da prova discursiva e, no caso de aprovação, seja garantida a sua participação nas demais fases do concurso, com a reserva da vaga até o julgamento final da ação e; b) no mérito, a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade do item 10.9 do Edital nº 35/DGP - PMDF, de 17 de novembro de 2016, com a confirmação da liminar. 1.1. O pedido liminar foi indeferido, decisão contra a qual não foi interposto recurso. 1.2. Sentença que denegara a segurança impetrada, tendo em vista que a autoridade coatora agiu conforme os ditames previstos em edital. 1.3. Na apelação, o impetrante requer a reforma da sentença, para que seja a concedida a segurança. Afirma que é possível que regras do edital sejam invalidadas, através do controle judicial por inobservância a preceitos superiores, quando houver discrepância da norma editalícia em relação à legislação ordinária ou à Constituição Federal. Alega que o critério adotado para a nota leva em relação a proporção de linhas e erros, entretanto assevera que escreveu mais palavras do que outro candidato que utilizou 23 linhas. Aduz que a cláusula 10.9 do Edital é ilegal e inconstitucional, porque estabelece critério eliminatório não previsto em lei. 2. O mandado de segurança é ação constitucional que visa proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas corpus” ou “habeas data”, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la, por parte de autoridade, seja de que categoria for, e sejam quais forem as funções que exerça (artigo 1º, da Lei 12.016/2009). 3. Como atos administrativos, os concursos públicos inserem-se na liberdade da Administração para estabelecer seu direcionamento e critérios de julgamento. Com isso, não compete ao Poder Judiciário, em substituição à comissão examinadora, ingressar no mérito de questões de prova, atribuindo-lhes valores e critérios diversos. 4. Dessa forma, não podem ser submetidas ao controle do Poder Judiciário, porque também se referem ao mérito administrativo, os argumentos do apelante: a) em relação à “proporção de linhas e erros”, em que afirma que na “redação do recorrente, as linhas foram mais do que suficientes para trazer, de maneira completa, todas as informações necessárias

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

para a satisfação do que pretendia o avaliador”; b) de que escreveu mais palavras do que outro candidato que utilizou 23 linhas e; c) que foi induzido a erro porque “verificou que havia na folha definitiva de avaliação, 50 linhas”, o que lhe causou medo de incorrer em excesso de linhas, e julgou suficiente a elaboração de 17 linhas. 5. Não há qualquer ilegalidade nem inconstitucionalidade na norma inserida no edital, pois, é perfeitamente possível à banca examinadora, estabelecer critérios mínimos de correção, com razoabilidade e proporcionalidade. 6. Precedente: “(...) Não fere a razoabilidade e proporcionalidade, a reprovação de candidato que não cumpriu o requisito objetivo, previsto no edital, referente ao número mínimo de linhas a serem escritas na prova discursiva” (20090110821849APC, Relatora: Ana Maria Duarte Amarante Brito, Revisor: Jair Soares, 6ª Turma Cível, DJE: 26/04/2012). 7. Cabia ao apelante, no entanto, impugnar o edital do concurso, na forma e prazo estabelecidos no art. 14 da Lei Distrital nº 4.949, de 15 de outubro de 2012, que estabelece que “eventual impugnação do edital normativo do concurso público ou de sua alteração deve ser feita no prazo de cinco dias úteis, contados da publicação”. 8. Apelo improvido.

Inteiro Teor - Data de Julgamento: 02/05/2018



Apelação Cível

Nº 0024519-28.2014.8.07.0018

Relator: Alfeu Machado

Órgão Julgador: 1ª Turma Cível

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. PERMISSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO. FEIRA DA TORRE. PERMUTA ENTRE PERMISSIONÁRIOS. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA PETIÇÃO RECURSAL. REJEITADA. AUTORIZAÇÃO VERBAL DE AGENTE PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA. LEI DISTRITAL Nº 4.748/2012. ATO DISCRICIONÁRIO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. JUÍZO DE OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO. DECRETOS 32.847/2011 E 33.807/2012. OBSERVÂNCIA. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE EXCESSO OU ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SENTENÇA MANTIDA. 1. A ocupação do bem público decorre de ato administrativo de permissão de uso, após realização de sorteio entre os artesãos habilitados, orientado pelo Decreto 32.847/2011, que dispunha sobre o processo de regularização dos expositores da Feira da Torre de Televisão de Brasília, bem como de acordo com o Decreto 33.807/2012, que regulamenta a Lei Distrital nº 4.748/2012. 2. No caso de autorização de permuta dos espaços públicos de feiras

cujo uso é permitido a particulares, o deferimento do pedido de remanejamento é faculdade do administrador, que deve obedecer a critérios objetivos, não sendo possível a sobreposição do interesse dos particulares sobre o público, o qual é estabelecido pelo permitente. 3. A Administração pode, a qualquer momento, por conveniência e oportunidade, revogar unilateralmente o ato que permitiu aos autores a posse dos espaços, não havendo, portanto, falar-se em direito à permuta por parte daqueles. 4. A permuta de uso de espaço público entre permissionários é decisão que se dá nos limites da discricionariedade do administrador, e, não demonstrada qualquer ilegalidade em face deste, nem mesmo que houve lesão a direito - posto que não há se falar em direito à permuta por parte daqueles -, não se demonstra possível exercer controle judicial quanto ao aspecto do mérito administrativo do ato. 5. Não havendo clara demonstração de que os limites à discricionariedade foram extravasados de maneira a desvirtuar sua função, ou ainda, a existência de ilegalidade no ato administrativo impugnado, é defeso ao Poder Judiciário interferir nas ações legítimas da autoridade pública competente para compeli-la a homologar o acordo havido entre os particulares. Do contrário, acabar-se-ia afrontando o princípio da separação dos Poderes, pois, embora nenhuma lesão possa ser afastada do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), compõe atribuição do Poder Executivo a organização e o funcionamento das feiras livres e permanentes no Distrito Federal. 6. O Poder Judiciário não pode se constituir como regular instância revisora imprópria dos atos administrativos, salvo diante de ilegalidade, ou abuso dos atos administrativos. 7. Recurso de apelação conhecido, preliminar rejeitada e, no mérito, desprovido.

[Inteiro Teor](#) - Data de Julgamento: 21/10/2015

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Apelação Cível

Número: 70071023154

Relator: Leonel Pires Ohlweiler

Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REMOÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO PELA ADMINISTRAÇÃO. ILEGALIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO. O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa na remoção de servidor público é possível, não apenas em virtude de ilegalidade, mas também quando há a configuração de perseguições, preterições ou abusos, por parte da Administração. O impetrante foi removido do Presídio Estadual de Santiago para a Penitenciária Estadual de Santa Maria. O ato administrativo de remoção do servidor não foi justificado, tendo sido consignada na motivação genericamente a necessidade de serviço. Esta remoção, como não foi a pedido do servidor, foi realizada de ofício, no interesse da Administração. Sendo a remoção de ofício, deveria ser precedida da devida motivação, até mesmo para possibilitar a análise da legalidade e impessoalidade do ato, o que é inviável com a ausência da motivação. A motivação é ato essencial, devendo se basear no efetivo interesse público, a fim de que não dê margem a eventual satisfação de interesses privados estranhos à finalidade pública. Assim, evidenciado o direito líquido e certo do impetrante de não ser removido sem a adequada fundamentação, sendo pacífico o entendimento da Câmara sobre a necessidade de que o ato administrativo de transferência ou remoção de servidor público deva ter a forma escrita, com os motivos sendo declinados, possibilitando o controle judicial. Precedentes desta Corte. APELAÇÃO PROVIDA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

[Inteiro Teor](#) - Data de Julgamento: 24/11/2016



Apelação Cível

Nº70071353304

Relator: Lúcia de Fátima Cerveira

Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUPERLOTAÇÃO DO PRESÍDIO REGIONAL DE SANTA CRUZ DO SUL/RS. INESCUSÁVEL OMISSÃO ESTATAL. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ASSEGURADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA “SEPARAÇÃO DOS PODERES”. PRINCÍPIO DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. INAPLICABILIDADE. Evidencia-se na hipótese circunstância de muito conhecida por esta Corte, relativa à inescusável omissão do Poder Público Estatal em resolver o problema da superlotação dos presídios gaúchos, situação que configura clara violação do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e do direito à integridade física e moral do preso (art. 1º, inc. III, e art. 5º, inciso XLIX, ambos da CF/1988). Com efeito, diante de tais violações perpetradas pelo ente público, resta legitimado o controle jurisdicional da atividade administrativa, sem que tal possa se afigurar imprópria ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo, inclusive com a possibilidade de imposição de obrigações ao ente público, uma vez que a concretização dos direitos sociais não pode ficar condicionada à boa vontade do Administrador. Deste modo, quando o exercício da discricionariedade administrativa resultar em violação dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal, em face do não desenvolvimento de políticas públicas, o controle judicial se faz necessário como forma de concretizar referidos direitos e garantias. Ademais, cuidando-se, como no caso, de direito essencial incluso no conceito de “mínimo existencial”, inexistente óbice para que o Poder Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Por outro lado, impensável invocar o Princípio da Separação dos Poderes como empecilho para a atuação do Poder Judiciário no caso de violação de direitos fundamentais, uma vez que representaria uma distorção do referido modelo de governo, o qual foi concebido justamente para evitar o absolutismo, ou seja, a concentração do poder nas mãos de uma única pessoa, coibindo, desta forma, o abuso de poder. Com efeito, a problemática trazida nos presentes autos, relativa à superlotação dos presídios gaúchos, está inserida dentro do dever do Estado de promover a segurança pública, sendo certo que é através dos atos administrativos dos órgãos estatais que serão assegurados o funcionamento dos serviços públicos, e garantidos os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, dentre eles, o direito à integridade física e moral dos segregados e dos servidores públicos que trabalham nas casas prisionais. Ainda, diante dos argumentos de falta de recursos e dificuldades de toda ordem articuladas pelo ente público, há que se consignar que o princípio da reserva do possível não cabe ser invocado. Embora legítimo o interesse do Estado na proteção dos recursos públicos e na explanação de suas vultosas dificuldades, estabelecendo critérios para execução de suas medidas, a proteção da dignidade da pessoa humana, da integridade física e da própria vida, conforme o caso concreto trazido a exame, pode e deve determinar que os recursos sejam imediatamente direcionados a situações singulares, em face do peso dos bens jurídicos a resguardar. Apelo provido. Unânime.

[Inteiro Teor](#) - Data de Julgamento: 18/11/2016



Agravo

Nº 70065996787

Relator: Sergio Luiz Grassi Beck

Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível

AGRAVO. APELAÇÃO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLANTAÇÃO DE PLANO DE PREVENÇÃO E DE PROTEÇÃO CONTRA INCÊNDIO (PPCI) EM ESCOLAS ESTADUAIS DA COMARCA DE TORRES. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. FALTA DE RECURSOS PÚBLICOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. RESERVA DO POSSÍVEL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PROCESSO LICITATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. APLICABILIDADE DO ARTIGO 557 DO CPC. PODERES DO RELATOR. PRELIMINAR AFASTADA. 1. Preliminar afastada. É possível o julgamento monocrático do recurso pelo princípio da prestação jurisdicional equivalente, quando há orientação sedimentada na Câmara sobre a matéria, de maneira que, levada a questão ao órgão colegiado, seria confirmada a decisão do relator. 2. O prazo especial de 10 dias, previsto no art. 198, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), só se aplica aos procedimentos relacionados nos arts. 152 e 197, mas não às ações civis públicas para defesa dos direitos das crianças e adolescentes, nas quais se aplicam os recursos e prazos previstos no Código de Processo Civil, a teor do que estabelece o art. 212, §1º, do ECA. Preliminar contrarrecursal de intempestividade refutada. 3. É legítima a atuação do Poder Judiciário, diante da omissão da Administração Pública responsável pela implantação do sistema de prevenção e proteção contra incêndio na Escola, sobretudo quando o Poder Público atua com arbitrariedade ou extrapola os limites da discricionariedade, possibilitando o controle judicial. Preliminar recursal de carência de ação, por falta de interesse em agir, rejeitada. 4. Os argumentos declinados no recurso não justificam a desídia do ente público e a demora na implantação do PPCI nas Escolas Estaduais da Comarca de Torres, tampouco possuem o condão de afastar o dever de regularizar a situação da falta do referido Plano, haja vista que não se trata de uma opção do ente público e sim uma obrigação diante da necessidade de resguardar o direito à vida, à saúde e à segurança dos usuários do prédio. 5. A alegação da falta de recursos públicos é descabida, pois sobrepõe o interesse financeiro da Administração à indiscutível preponderância do interesse público, quando se trata da prevenção e proteção contra incêndios das edificações, tanto que a exigência do PCCI está prevista na Lei Estadual nº 10.987, de 11 de agosto de 1997. 6. Descabe invocar a Lei 8.666/1993, como empecilho para a realização das obras que diz serem necessárias, pois se passaram mais

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

de cinco anos desde a instauração do Inquérito Civil, tempo mais do que suficiente para deflagrar o necessário procedimento licitatório, se fosse o caso. 7. Com base no art. 461, § 5º, do CPC, pode o Juiz tomar as providências cabíveis e necessárias para ver assegurado o resultado prático ou a efetivação da tutela específica concedida. 8. Os argumentos trazidos no recurso não se mostram razoáveis para reformar a decisão. **AFASTADA A PRELIMINAR E NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO, POR MAIORIA.**

Inteiro Teor - Data de Julgamento: 26/08/2015

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DE SANTA CATARINA**

Articulista:
Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

Mandado de Segurança

Nº 9156795-47.2014.8.24.0000

Relator: Hélio do Valle Pereira

Órgão Julgador: Grupo de Câmaras de Direito Público

CONCURSO PÚBLICO - PROMOTOR DE JUSTIÇA SUBSTITUTO/2014 - PROVA DISSERTATIVA - PEDIDO PARA REVISÃO DE NOTA - LIMITES À ATUAÇÃO JUDICIAL - AUTOCONTENÇÃO. Todo ato administrativo é passível de questionamento judicial: não há veto apriorístico ao direito de ação (art. 5º, inc. XXXV, da CF). Daí não se tira, porém, a aptidão do Poder Judiciário para se colocar na posição de administrador, como se fosse necessariamente mais sábio ou altruísta, censurando por valoração diferente do fato ou do direito as opções dos demais Poderes. Além das lícitas escolhas que cabem notadamente ao Executivo, no campo dos atos discricionários, há atos vinculados que não indicam antecipadamente uma solução unívoca, haja vista o emprego de conceitos juridicamente indeterminados. A correção de uma prova de concurso público é missão administrativa. Não que exista potestatividade na outorga de notas. Trata-se de reconhecer que em campo sujeito a interpretações (notadamente em provas de concursos na área do direito), dificilmente se alcançarão respostas alheias a polêmicas. Há necessidade de autocontenção do Judiciário, ou se trasladará para os tribunais a tarefa de fixação dos resultados dos certames. Foi a posição assumida pelo STF em repercussão geral, ainda que se possam ressaltar as avaliações quanto à fuga dos temas editalícios e os caminhos desarrazoados (que se aproximem da teratologia). Se é necessário impedir que assumamos a correção das provas (uma espécie de extensão da banca examinadora), fixando gabarito, identicamente se deve debitar à Administração a atribuição de conferir se as respostas estão rentes ao padrão previamente exposto. “Não compete ao Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a eles atribuídas”, disse o STF, não se podendo criar compreensão que se afaste da essência do julgado. Além disso, ao interferir em resultados de concurso fora dos estritos limites possíveis, não se estará apenas beneficiando um candidato, mas, simultaneamente, prejudicando outros. Correção que seguiu excelentes padrões: critérios editalícios nítidos, divulgação de espelho, dupla avaliação por examinadores qualificados, terceira apuração em caso de relevante discrepância de notas e possibilidade recursal (com decisões fundamentadas) - tudo submetido ao escrutínio público. O respeito à impessoalidade e à imparcialidade leva ao prestígio, na mesma medida, a atuação administrativa, evitando-se a judicialização da vida. Pedido julgado improcedente. (TJSC, Mandado de Segurança

n. 9156795-47.2014.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 09-05-2018).

[Inteiro Teor](#) - Data do Julgamento: 09/05/2018



Reexame Necessário

Nº 2015.085195-3

Relator: João Henrique Blasi

Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público

REEXAME NECESSÁRIO. PROFESSORA DA REDE PÚBLICA ESTADUAL. PEDIDO DE LICENÇA PARA REALIZAR CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO. INDEFERIMENTO FUNDADO EM ALEGADO ÓBICE NORMATIVO. INEXISTÊNCIA DESTA. APLICABILIDADE DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. PRECEDENTES DA CORTE. SENTENÇA MANTIDA. REMESSA DESPROVIDA. O indeferimento detrimoso à autora não se fundou na discricionariedade administrativa, ou seja, na inconveniência e na inoportunidade da concessão da licença funcional por ela vindicada, mas sim em alegado óbice normativo, todavia inexistente. Por isso, não há invocar a discricionariedade administrativa para conceder - ou não - a reportada licença, devendo-se atentar para a teoria dos motivos determinantes, segundo a qual os motivos embasadores dos atos editados pela Administração vinculam-na, possibilitando o controle judicial de sua legalidade formal e substancial. Afinal de contas, “[...] pela teoria dos motivos determinantes, a validade do ato administrativo está vinculada à existência e à veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos”. (STJ - AgRg no REsp 670453/RJ, rel. Min. Celso Limongi, j. em 18.2.2010). No caso concreto, inexistindo o óbice normativo cogitado, razão assiste à acionante.

[Inteiro Teor](#) - Data do Julgamento: 16/02/2016



www.tjrj.jus.br