

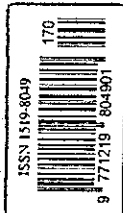
ANO XV Nº 170 - AGOSTO DE 2012



REVISTA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E POLÍTICA

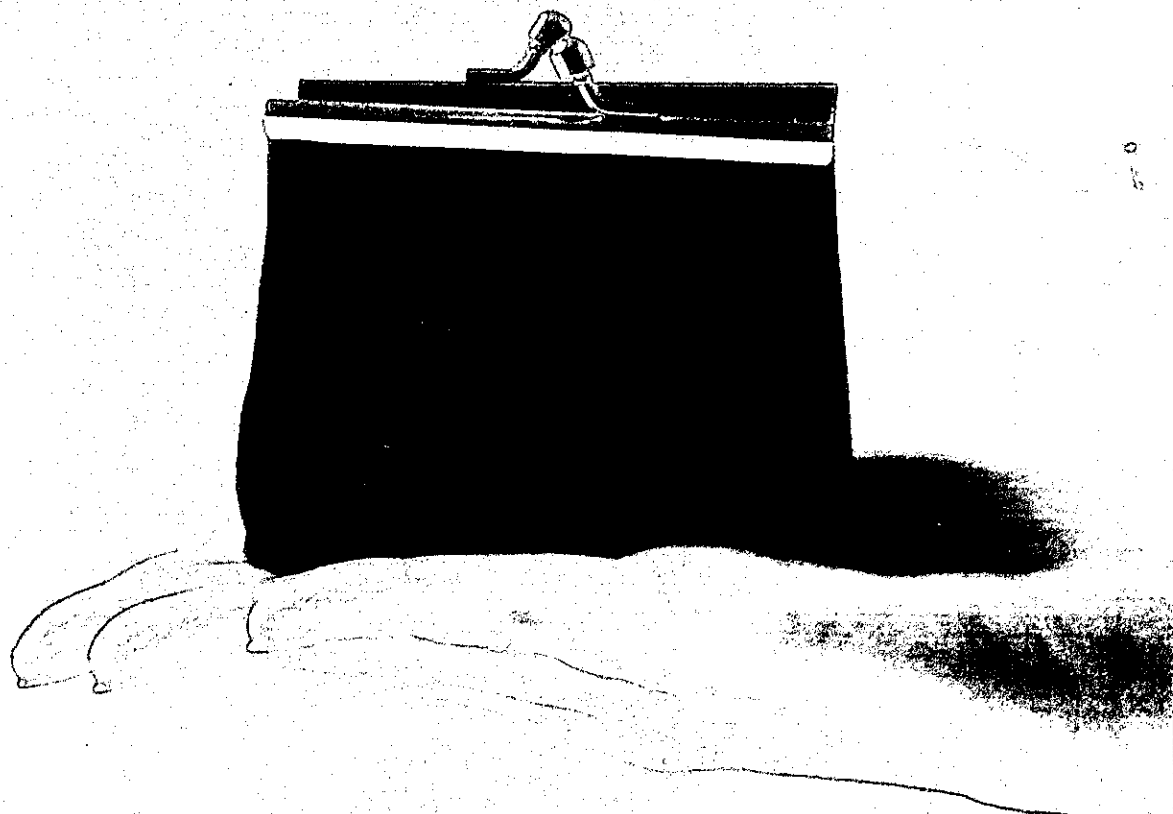


EDITORA
CONSULEX



Reflexão contemporânea
sobre a temática do
desenvolvimento
Maria Stela Lira Barboza de Brito

Mercosul: mais
turbulência a bordo
Josef Barata



LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS

EXCELENTE OPORTUNIDADE PARA INIBIR
O MAU USO DO DINHEIRO PÚBLICO

DIREITO MUNICIPAL PROPAGANDA ELEITORAL x POSTURAS MUNICIPAIS



EDITORA
CONSULEX

FUNDADOR

Luiz Fernando Zakarewicz (1946-2008)

L&C

SUMÁRIO

Presidente: Maria Helena Neiva Zakarewicz
Diretora e Editora: Adriana Zakarewicz

L&C

REVISTA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E POLÍTICA

DIRETORA E EDITORA: Adriana Zakarewicz
DIRETOR DE REDAÇÃO: Antonio Fernando Megale Lopes
DIRETORA DE JORNALISMO: Adriana Zakarewicz

COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO: José Tenório P. de Brito
REVISÃO: Carmem Lúcia A. Dias
MÍDIA: João Santo Neto
FOTOLITO: Fotoimagem
IMPRESSÃO: New Lex

CONSELHO EDITORIAL: Ailton Rocha Nóbrega, Celita Oliveira Sousa, Igor Tenório, Toshio Mukai, Wálter Marques da Silva

COLABORADORES: Álvaro Lazzarini, Antonio Carlos G. Mazzuco, Fernando Normando, Flávio Augusto Dadaito Armani, Ivan Barbosa Rigolin, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Roberto P. de Moura, Lincoln Magalhães da Rocha, Lionel Pimentel Nobre, Luiz Sérgio de Almeida Galhardo, Marta Mítico Valente, Marcos da Silva Collares, Paulo Sérgio Sehn, Rodrigo D'Ávila Mariano

DIRETORA COMERCIAL: Maria Helena Neiva Zakarewicz
DIRETOR DE OPERAÇÕES: Juliano Neiva Zakarewicz
DIRETORA DE CIRCULAÇÃO: Ana Paula N. Zakarewicz Poletti
ARTE E DIAGRAMAÇÃO: Marcos Antonio Pereira
DIRETOR DE MARKETING: Ramirez Diogo Sanches

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE
SHIS QL 6, Conjunto 4, Casa 2
CEP 71620-046 - Brasília (DF)
Tel. (061) 2104-1277
Fax (061) 2104-1278

REDAÇÃO E CORRESPONDÊNCIA
SHIS QL 6, Conjunto 4, Casa 2, CEP 71620-045, Brasília (DF)

ASSINATURAS: CENTRAL DE ATENDIMENTO
www.consulex.com.br
e-mail atendimento@consulex.com.br

L&C - Revista de Administração Pública e Política é uma publicação mensal da Editora Consulex Ltda. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos e videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial em qualquer sistema de processamento de dados e a inclusão de qualquer parte da obra em qualquer programa juscibemético. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração.

ANATEC
PUBLICAÇÃO E PRODUÇÃO

ANER

O acesso ao Dialex mudou

Agora você cria a sua própria senha.
Consulte o nosso site (www.consulex.com.br)
para maiores informações de como efetuar seu registro.



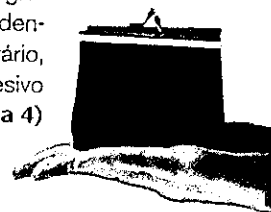
GRUPO CONSULEX

EDITORA CONSULEX LTDA.
CENTRO TÉCNICO DE ADMINISTRAÇÃO LTDA.
CENTRO DE ASSESSORIA TRABALHISTA LTDA.
INSTITUTO JURÍDICO CONSULEX

Matéria de Capa

LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS EXCELENTE OPORTUNIDADE PARA INIBIR O MAU USO DO DINHEIRO PÚBLICO

Os administradores públicos necessitam, como se sabe, administrar da melhor e mais eficiente maneira os recursos das entidades que representam, no intuito de promover o bem-estar coletivo. Imprescindível, para isso, que se estabeleça um sistema de acompanhamento orçamentário, possibilitando que o orçamento público materialize o programa de ações do governo e melhore a vida dos cidadãos. Tendo em vista a importância da gestão pública no âmbito da Administração, a *Matéria de Capa* deste mês, assinada pelo Assessor Técnico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo Flavio C. de Toledo Jr., trata da inovação da Carta de 1988, a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO, a qual "apresenta-se essencial na boa gestão do dinheiro público". "Faz, a LDO, a vital ligação entre o planejamento estratégico do Plano Plurianual - PPA e a programação operacional da Lei Orçamentária Anual - LOA, evidenciando as metas de trabalho para o ano seguinte; do contrário, o gasto de expansão é tido por não autorizado, irregular e lesivo ao patrimônio público". Confira o profícuo estudo! (Página 4)



Seções

- 2 **PRIMEIRA PÁGINA**
A educação na contramão do desenvolvimento
- 3 **INDICADORES**
- 10 **DIREITO PÚBLICO**
O direito de acesso à informação junto ao Poder Público
- 13 **ENFOQUE**
A falta de previsão para reajustamento de preços
- 14 **LICITAÇÃO E CONTRATOS**
Processo licitatório - A observância da legalidade e o papel do advogado como garante da empresa
- 17 **DIREITO ELEITORAL**
Regras para o último ano de mandato e a responsabilização pessoal dos prefeitos
- 18 **ESPECIAL**
Reflexão contemporânea sobre a temática do desenvolvimento - A articulação entre instituições, discursos e atores
- 21 **POLÍTICA ECONÔMICA**
Mercosul: mais turbulência a bordo
- 22 **POLÍTICA EDUCACIONAL**
Tecnologias educacionais e o direito à educação
- 25 **DIREITO MUNICIPAL**
Propaganda eleitoral x posturas municipais
- 26 **DIREITO AMBIENTAL**
Planeta Terra - Um silencioso pedido de socorro
- 31 **OPINIÃO**
Os Municípios e a Lei de Licitações
- 32 **DIREITO ADMINISTRATIVO**
O controle jurisdicional do mérito dos atos administrativos
- 42 **SERVIDOR PÚBLICO**
Servidor e cidadania

Legislação

- 46 **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**
Greves de servidores: continuidade da atividade e serviços dos órgãos e entidades
- 46 **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
Membros: exercício de atividades de magistério - normas
- 47 **SERVIDOR PÚBLICO**
Aposentadoria por invalidez: cálculo e correção dos proventos - critérios

O CONTROLE JURISDICIONAL DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Temos notado que existem muitas dúvidas por parte dos profissionais do Direito em relação à possibilidade de o Poder Judiciário avaliar o mérito dos atos administrativos que tenham resultado do poder discricionário, segundo os critérios da conveniência e oportunidade.

A respeito desse tema, verificamos que a doutrina e a jurisprudência, tradicionalmente, repeliram essa possibilidade, mas já tem havido certa mudança na interpretação do Direito pátrio, de modo que, atualmente, em certas circunstâncias, tem-se admitido a interferência do Poder Judiciário nos atos discricionários, ainda que sob o protesto de renomados juristas.

A importância do trabalho reside no fato de que ele serviria de subsídio para delimitar precisamente as hipóteses em que o juiz poderia avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos discricionários da Administração Pública.

O trabalho pretende demonstrar que é possível o Poder Judiciário inmiscuir-se no mérito dos atos discricionários, sem que se possa falar em violação ao princípio da separação dos poderes.

No transcurso do trabalho, analisaremos os preceitos legais pertinentes, as decisões majoritárias dos tribunais pátrios e os ensinamentos doutrinários, buscando fixar os conceitos básicos e as premissas que devem nortear a atividade judiciária na análise dos atos discricionários.

Temos consciência de que essa questão é bastante espinhosa, e que o trabalho em tela, pela sua natureza e amplitude, não terá condições de exaurir o assunto, de modo a dissipar todas as controvérsias existentes.

CONCEITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E SUA CLASSIFICAÇÃO

Inicialmente, devemos perquirir qual o conceito do ato administrativo, tendo em vista que essa definição influenciará decisivamente no desenvolvimento de nosso trabalho.

Visando delimitar a definição de ato administrativo, existem duas teorias principais, quais sejam, a teoria subjetiva e a teoria objetiva.

Segundo a teoria subjetiva, seriam atos administrativos aqueles atos jurídicos que fossem emanados de órgãos administrativos estatais.

Essa teoria mereceu críticas dos doutrinados porque não contemplou os atos administrativos surgidos no âmbito dos Poderes Judiciário e Legislativo.

Por outro lado, a teoria objetiva buscava conceituar ato administrativo em razão do regime de direito público que norteia as funções administrativas.

A doutrina moderna tenta conjugar os elementos de ambas



as teorias, de forma a construir um conceito completo de ato administrativo, surgindo concepções mistas.

Dessa forma, podemos lembrar os ensinamentos do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que lecionava:

"Já agora, após estas preliminares, é possível conceituar ato administrativo como: declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional."¹

No mesmo sentido, ainda podemos citar a Professora Maria Sílvia Zanella di Pietro:

"Com esses elementos, pode-se definir o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário."²

Fixadas as premissas acerca do conceito de ato administrativo, passemos à análise de sua classificação.

Como cediço, existem diversos critérios que norteiam as classificações dos atos administrativos. No entanto, tendo em vista a finalidade de nosso trabalho, focaremos na distinção entre atos vinculados e atos discricionários.

O primeiro é justamente aquele em que a lei não deixa margem de liberdade para o administrado agir, devendo observar todos os ditames legais.

Já nos atos discricionários, o administrador poderá, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, escolher qual a melhor opção adotar para alcançar o interesse público.

Vejam os ensinamentos do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedir-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos 'discricionários', pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles."³

Por seu turno, a Professora Maria Sílvia Zanella de Pietro leciona:

"No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito

subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador."⁴

Ora, o ato discricionário é cabível quando a própria lei expressamente deixa a cargo da Administração a decisão a ser tomada; quando a lei é omissa; ou quando prevê uma competência administrativa, mas não faz previsão da conduta a ser adotada.

Isso ocorre porque o legislador não pode prever todas as situações possíveis de acontecer, devendo o administrador, quando sobrevier um fato que não possui previsão legal, ter certa liberdade de adotar o ato administrativo que melhor atenda o interesse público.

CONTROLE JURISDICIONAL DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Inicialmente, passemos à análise do que seja o mérito do ato discricionário. Como defende inúmeros estudiosos, o mérito dos atos administrativos se confunde com a questão da conveniência e oportunidade, tal como ensina o Professor Seabra Fagundes:

"O mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal."⁵

Fixadas as premissas básicas, devemos partir para o estudo da possibilidade do controle jurisdicional do ato administrativo.

Tradicionalmente, a doutrina ensinava que apenas era passível de controle pelo Poder Judiciário os atos vinculados, pois estavam totalmente adstritos aos ditames legais.

Por outro lado, quanto aos atos discricionários, dizia-se que o Poder Judiciário não poderia se imiscuir em um papel que era do administrador, sob pena de estar violando o princípio da separação dos poderes.

É importante mencionarmos as contribuições trazidas pelo Professor Ives Gandra da Silva Martins sobre o princípio da separação dos poderes:

"O que Locke e a Inglaterra ofertaram para o aprofundamento temático de Montesquieu foi a tripartição equilibrada do poder. Hoje, estamos convencidos -- quanto mais lemos os autores modernos -- de que, em matéria de Direito, pouco se acrescentou ao que os romanos criaram; e, em matéria de Filosofia, pouco se acrescentou ao que os gregos desvendaram. Qualquer filósofo posterior, como Polbio, que era também historiador, passando por Hume, Hobbes, Locke, Bacon, Maquiavel -- historiador, filósofo, político e sociólogo -- Rousseau e outros, traz pequena contribuição ao pensamento universal descortinado pelos gregos. Tenho a impressão de que depois dos gregos pouca coisa se pôde criar. Criaram-se variações inteligentes, mas o tema central de Filosofia se encontra na Grécia e o do Direito em Roma. Ora, com a tripartição equilibrada de poderes de Montesquieu, chegou-se à discussão do sistema de governo, já a esta altura, após a Revolução Francesa, eliminando-se de vez a possibilidade de se discutir a permanência de monarquias absolutas."⁶

No entanto, aos poucos, a doutrina e a jurisprudência, em algumas hipóteses, começaram a admitir a possibilidade do Poder Judiciário interferir também no mérito dos atos discricionários.

E essa intervenção judicial não significa violação ao princípio da separação dos poderes, até mesmo porque esse não é absoluto, tendo sido criado, inclusive, para funcionar como um sistema de pesos e contrapesos, em que um Poder fiscalizaria e coibiria os atos ilegítimos do outro Poder.

Na esteira dessa evolução, o Poder Judiciário passou a coibir o desvio de poder cometido no âmbito dos atos discricionários, de forma a exigir que o ato administrativo fosse realizado visando cumprir a finalidade prevista na lei.

Vejamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

"Em que pesem às alegações do Estado do Rio de Janeiro, afigura-se razoável a concessão das vindicadas medidas liminares, valendo transcrever a proferida no MS nº 674/00 (fl. 55):

'Prestadas as informações, concedo a liminar requerida pois estão presentes o *periculum in mora* consistente no afastamento imediato dos servidores que foram postos em disponibilidade pelo ato atacado, com substancial perda de suas remunerações, e a aparência de bom direito decorrente de ser a digna autoridade impetrada invocada para praticar os atos dele decorrentes como desvio de poder: declarou a desnecessidade de cargos públicos do setor da segurança pública com base em disposição constitucional que visa à redução das despesas de pessoal sem observar a gradação das medidas que preveem primeiro a redução de cargos e funções de confiança, emprestando aos atos atacados nítido caráter disciplinar. Comunique-se!'

Na hipótese, parecem evidentes a plausibilidade jurídica do direito material discutido na ação mandamental e a existência do *periculum in mora*, cujo exame não há como furtar-se em sede de suspensão de segurança (SS (AgRg) nº 846, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 08.11.96).

É que o nosso ordenamento jurídico agasalha, como garantia dos administrados e como decorrência necessária do princípio da legalidade estrita a que se subsume a atividade administrativa, o princípio da motivação dos atos administrativos, inclusive os chamados atos discricionários, cujo caráter não os torna absolutamente imunes ao controle jurisdicional, porquanto ao Poder Judiciário cumpre o exame tanto dos motivos que servem de pressuposto ao ato como a sua finalidade.

Com efeito, à análise do conteúdo dos atos chamados de discricionários não se há de esquivar o Judiciário, porque somente há discricionariedade quando a lei dá margem à formulação de 'juízos de oportunidade', fora desta hipótese, qualquer agente público deve obediência à legalidade, como discorre, com acerto, Eros Roberto Grau:

'O exercício, pela Administração, da autêntica discricionariedade -- formulação de juízo de oportunidade, que apenas poderá exercitar quando norma válida a ela atribuir essa faculdade -- não está sujeito ao controle do Poder Judiciário, salvo quando esse exercício consubstancie desvio ou abuso de poder ou de finalidade. Daí porque, embora o controle da discricionariedade apenas se justifique quando tal ocorra, o seu exame, pelo Judiciário, sempre se impõe. Por isso demite-se de seu dever, afrontando o direito, o juiz que liminarmente recusa o exame de ato discricionário, embora deva, após esse exame, se, em determinado caso, apurar a inoccorrência de desvio ou abuso de poder ou de finalidade, abster-se de controlar (no sentido de questionar a sua correção) o ato.'

Da mesma forma, esse colendo Supremo Tribunal Federal acolheu a tese do controle judicial dos atos discricionários, conforme extrai-se das palavras do Ministro Marco Aurélio: 'Na dicção sempre oportuna de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível (*Discricionariedade e controle judicial*).'" (RE nº 131.661/ES, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 17.11.95, p. 39209, j. em 26.09.95, 2ª Turma). (Excerto da decisão proferida pelo Min. Carlos Velloso, no julgamento da SS nº 1.970/RJ -- Rio de Janeiro, em 22.05.01)

Outra hipótese que permite o controle jurisdicional dos atos discricionários leva em conta a teoria dos motivos determinantes, segundo a qual, quando o administrador explicita o motivo de seu ato, este é vinculante e deve ser observado, sob pena de anulação, mesmo nos atos discricionários, ou seja, é possível se aferir a existência e a legitimidade do motivo ensejador do ato administrativo.

Mais uma vez se faz oportuno colacionarmos o entendimento da jurisprudência sobre o tema:

"Agravamento regimental – Recurso especial – Constitucional e Administrativo – Militar – Remoção – Princípio da razoabilidade – Transferência de local de serviço – Deferimento – Mora imotivada para efetivação da movimentação – Discricionariedade – Teoria dos motivos determinantes – Matéria constitucional – STF – Acórdão conforme a Jurisprudência do STJ – Enunciado nº 83, da Súmula do STJ.

1. A Administração, ao autorizar a transferência ou a remoção de agente público, vincula-se aos termos do próprio ato, portanto, submete-se ao controle judicial a morosidade imotivada para a concretização da movimentação (Teoria dos Motivos Determinantes).

2. 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.

3. No caso, em harmonia com a jurisprudência do STJ, o acórdão recorrido entendeu indevida a desvinculação do procedimento administrativo ao Princípio da Razoabilidade, portanto, considerou o ato passível ao crivo do Poder Judiciário, *verbis*: 'a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, devendo, assim, todo ato administrativo, mesmo que discricionário, ser devidamente motivado, conforme os preceitos da Teoria dos Motivos Determinantes, obedecendo ao Princípio da Razoabilidade' (fl. 153).

4. Pretensão e acórdão *a quo*, na via especial, firmados em preceito constitucional elidem o exame do STJ.

5. Acórdão *a quo* em consonância com a jurisprudência deste Tribunal (Enunciado nº 83 da Súmula do STJ).

6. Agravamento regimental a que se nega provimento." (STJ, AgRg no REsp nº 670.453/RJ, Sexta Turma, Relator Ministro Celso Limongi, j. 18.02.10)

Outro critério norteador dos atos administrativos são os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo-se afastar os atos discricionários manifestamente irrazoáveis.

Vejamos o que ensina o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricionariedade, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, juridicamente inválidas –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade manejada."

Nesse passo, é de bom alvitre trazermos a lume jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

"Decisão

Agravamento de instrumento – Administrativo – Concurso público – Experiência profissional – Necessidade do reexame de fatos e provas constantes dos autos e da análise prévia de cláusulas editalícias – Impossibilidade – Incidência das Súmulas nºs 279 e 454 do Supremo Tribunal Federal – Repercussão geral da questão constitucional – Desnecessidade de exame – Art. 323, primeira parte, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – Agravamento ao qual se nega seguimento.

Relatório

1. Agravamento de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição da República.

O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

'Apelação cível – Direito Administrativo – Concurso público – Agente de disciplina do DEGASE – Avaliação de experiência profissional. Edital que prevê como etapa do concurso a avaliação da experiência profissional do candidato, considerando como tal o exercício de atividade equivalente. Cláusula aberta que deve ser interpretada com razoabilidade, sob pena de ilegalidade do ato administrativo. Declaração firmada pelo próprio DEGASE no sentido de que o autor possui a experiência requerida.

Impossibilidade de desconsideração. Direito à contabilização dos pontos e reenquadramento na ordem classificatória para prosseguimento na fase seguinte do certame. Ausência de direito subjetivo à nomeação e posse. Precedentes. Sentença de improcedência que se reforma. Recurso parcialmente provido' (fl. 175).

2. A decisão agravada teve como fundamentos para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a circunstância de que a ofensa à Constituição, se tivesse ocorrido, seria indireta e a incidência na espécie da Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal.

3. O Agravante alega que o Tribunal *a quo* teria afrontado os arts. 2º, 5º, inc. XXXV, 37, *caput*, da Constituição da República.

Argumenta que 'a conduta da Administração Pública coadunou-se ao que determinava o edital do certame, visto que as funções do cargo de Agente de Disciplina correspondem, de acordo com o edital, a execução de atividades relacionadas à manutenção da ordem, segurança, disciplina e vigilância de pessoas e patrimônio, à prestação de assistência aos adolescentes e participação de atividades recreativas e socioculturais, à execução de determinações judiciais e/ou administrativas, serviços de escolta e acompanhamento, além da condução de veículos automotores' (fl. 10).

Sustenta que, 'verificando que o autor não atendia a um dos requisitos para ingresso no cargo, não poderia a Administração, sujeita que está ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF/89), adotar outra conduta que não deixar de atribuir pontos à demandante na etapa de experiência profissional, diante da regra prevista no item 2 do Edital do concurso, sob pena de violar aquele dispositivo constitucional' (fls. 10-11).

Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

4. Razão jurídica não assiste ao Agravante.

5. Em preliminar, é de se ressaltar que, apesar de ter sido a parte agravante intimada depois de 03.05.07 e constar no recurso extraordinário capítulo destacado para a defesa da repercussão geral da questão constitucional, não é o caso de se iniciar o procedimento para a aferição da sua existência, pois, nos termos do art. 323, primeira parte, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal -- com a redação determinada pela Emenda Regimental nº 21/07 --, esse procedimento somente terá lugar 'quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão'.

Essa é a situação do caso em exame, em que a análise da existência, ou não, da repercussão geral da questão constitucional torna-se dispensável, pois há outro fundamento suficiente para a inadmissibilidade do recurso extraordinário.

6. O Tribunal *a quo* consignou que:

'A questão controvertida nos presentes autos diz respeito à regra relativa à experiência profissional inserta no edital do concurso público promovido pelo DEGASE para provimento de cargos de agente de disciplina.

A elaboração do edital é ato discricionário, devendo a administração estabelecer as regras de escolha dos candidatos conforme as necessidades do serviço. Contudo, a despeito da discricionariedade na elaboração de normas, devem elas, como qualquer outro ato administrativo, estar em conformidade com a Constituição Federal e toda a legislação infraconstitucional a que se submete a administração. Esta limitação está intrinsecamente ligada à finalidade legal de interesse público que se espera e ao princípio da razoabilidade.

Neste viés, o concurso público, como processo administrativo, se subsume aos ditames da Lei nº 9.784/99 ('Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal'), que determina a subsunção aos princípios da razoabilidade e da finalidade (art. 2º, *caput*), ressaltando a necessidade de 'adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público' (art. 2º, par. único, inc. VI).

Este limite da discricionariedade administrativa torna possível a intervenção do Poder Judiciário em causas que digam respeito aos concursos públicos todas as vezes em que for observada eventual violação dos princípios que regem a Administração Pública, em especial o da legalidade, o da finalidade e o da razoabilidade.

(...)

Dispõe o item 2 do capítulo II do edital que seria atribuída pontuação ao candidato que apresentasse 'experiência profissional em atividade equivalente ao cargo pretendido' (fl. 19 v.).

Por outro lado, o próprio DEGASE forneceu declaração onde afirmou que o apelante lhe prestou serviços 'na função equivalente ao cargo de agente de disciplina, desde 14.09.88, preenchendo, portanto, os requisitos do item 2 do edital do

concurso para preenchimento de vagas ao cargo de agente de disciplina, realizado em 1998, no que concerne à experiência profissional' (fl. 12).

É razoável que o edital não contenha qualquer enumeração exauriente das atividades que se assemelhem às exercidas pelo cargo em disputa, por ser impossível ao empregador confeccionar tal rol. Contudo, ao desconsiderar declaração por ele mesmo emitida no sentido da disposição editalícia, desvia-se da razoabilidade a atuação administrativa' (fls. 180-181).

Conforme se verifica, o Tribunal de origem decidiu com base nos elementos fático-probatórios constantes dos autos e na análise das cláusulas editalícias. Para se concluir de forma diversa, seria necessário o reexame das provas contidas nos autos e do edital do concurso público, já devidamente analisados, o que não viabiliza o processamento do recurso extraordinário. Incidem na espécie as Súmulas nºs 279 e 454 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido:

'Agravamento regimental no recurso extraordinário -- Exame psicotécnico -- Concurso público -- Necessidade de critérios objetivos -- Reexame de provas e de cláusulas do edital -- Impossibilidade em recurso extraordinário. 1. O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que o exame psicotécnico pode ser estabelecido para concurso público desde que por lei, tendo por base critérios objetivos de reconhecido caráter científico, devendo existir, inclusive, a possibilidade de reexame.

Precedentes. 2. Reexame de fatos e provas e de cláusulas editalícias. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmulas nºs 279 e 454 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento' (RE nº 473.719-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 01.08.08 -- grifos nossos).

'Ementa: Agravo regimental no agravo de instrumento -- Concurso público -- Interpretação de cláusulas do edital -- Reexame de provas -- Impossibilidade em recurso extraordinário -- Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento' (AI nº 720.769-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 17.10.08).

7. Nada há, pois, a prover quanto às alegações do Agravante.

8. Pelo exposto, nego seguimento ao agravo de instrumento (art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se.

Brasília, 12 de novembro de 2009.

Ministra Cármen Lúcia" (STF, AI nº 770.402/RJ -- Rio de Janeiro, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 12.11.09)

Destarte, mais uma vez, um princípio constitucional serve para balizar o mérito dos atos administrativos, qual seja, o princípio da moralidade, segundo o qual o agente público deve se pautar pela probidade e pela boa-fé.

O Professor Alexandre de Moraes traz importantes lições acerca da matéria:

"Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública."

Vejamos as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

"Ementa: Recurso extraordinário – Mandado de segurança – Inscrição em Curso de Formação de Sargento-PM. 2. Acórdão que manteve decisão concessiva de segurança, afastando exigência administrativa, para inscrição de cabos, que subvertia o princípio da hierarquia, em relação aos soldados. 3. Exigência, para a inscrição no Curso de Formação de Sargento, de mais de dez anos na Corporação e mais de três anos na graduação, referentemente aos cabos, e, tão só, de mais de dez anos na Força Pública, em se tratando de soldados. 4. Limites do poder discricionário. Os atos do Poder Público, além de sujeitos aos princípios da legalidade e moralidade, também devem atender a princípio de justiça. 5. Falta de prequestionamento do art. 5º, LXIX, da Constituição. Súmulas nºs 282 e 356. Hipótese, ademais, não discutida à vista da regra maior em apreço. 6. Recurso especial não conhecido. 7. Recurso extraordinário a que se nega conhecimento." (STF, RE nº 173.820/DF – Distrito Federal, Relator Ministro Néri da Silveira, j. 18.06.96)

RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL

Uma questão bastante interessante referente a esse tema é o princípio da reserva do possível, construída pela doutrina alemã e defendida pelo Poder Público, segundo o qual o administrador só poderia efetivar direitos na medida em que houvesse previsão orçamentária para tal desiderato.

Embora essa tese tenha merecido acolhida pela jurisprudência pátria, em determinadas hipóteses é possível contrapor-se a ela por meio do princípio do mínimo existencial, que garante que o Estado deve promover a dignidade humana, conferindo condições mínimas para que a pessoa viva dignamente.

Essa controvérsia foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal e, na oposição dos referidos princípios, prevaleceu o do mínimo existencial, como podemos verificar a seguir, merecendo transcrição na sua integralidade pela brilhante decisão do Ministro Celso de Mello:

"Informativo nº 520

Processo AI nº 677.274

Educação infantil – Obrigação Constitucional do Município (Transcrições) AI nº 677.274/SP* Relator: Min. Celso de Mello
Ementa: Criança de até cinco anos de idade – Atendimento em creche e em pré-escola – Educação infantil – Direito

assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/06) – Compreensão global do Direito Constitucional à educação – Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º). Agravo 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 até 5 (cinco) 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 inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina. Decisão: O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo de instrumento foi interposto contra acórdão, que, confirmado, em sede de embargos de declaração (fls. 22/24) pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, está assim ementado (fl. 9): 'Apelação em ação de obrigação de fazer, objetivando a reforma da sentença que julgou o feito extinto sem exame do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC – Alegação de que existiu ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, porquanto há previsão legal e constitucional para a matrícula de menores em

rede municipal de educação infantil – Recurso provido e extinção afastada – Ação Civil Pública julgada procedente, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC – Inteligência dos arts. 54, IV, e 208, III, ambos do ECA e 211, § 2º, da CF (grifei). A parte ora agravante sustenta que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária teria transgredido preceitos inscritos na Constituição da República. O exame desta causa, considerada a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em análise (AI nº 474.444-AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio – RE nº 410.715-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello – RE nº 436.996-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *v.g.*), convence-me da inteira correção dos fundamentos que apoiam e dão consistência ao acórdão emanado do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, *caput*) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere*, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, 'às crianças até 5 (cinco) anos de idade' (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/06). O eminente Pinto Ferreira (*Educação e Constituinte*, in: Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), ao analisar esse tema, expende magistério irrepreensível: 'O Direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições em favor de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX' (grifei). Para Celso Lafer (*A reconstrução dos direitos humanos*, p. 127 e 130/131, 1988, Companhia das Letras), que também exterioriza a sua preocupação acadêmica sobre o tema, o direito à educação – que se mostra redutível à noção dos direitos de segunda geração – exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projetem: '(...) É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade

de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo (...) (grifei). O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de atendimento, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado, 'obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência' (Wilson Donizeti Liberati, Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar, in: *Direito à Educação: uma questão de Justiça*, p. 236/238, item n. 3.5, 2004, Malheiros), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípuo destinatário. Cabe referir, neste ponto, a observação de Pinto Ferreira (*Educação e Constituinte*, in: Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), quando adverte -- considerada a ilusão que o caráter meramente retórico das proclamações constitucionais muitas vezes encerra -- sobre a necessidade de se conferir efetiva concretização a esse direito essencial, cuja eficácia não pode ser comprometida pela inação do Poder Público: 'O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade (...) (grifei). O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis -- notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola --, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público. Ao julgar a ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, proferi decisão assim ementada (Informativo STF nº 345/04): '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

promover o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos favorecidas, assinalando, com particular ênfase, a propósito de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos ao adimplemento dessa obrigação constitucional, que 'o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação' (grifei). Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil -- que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) -- tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, como adverte, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada Maria Cristina de Brito Lima, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame (*A Educação como Direito Fundamental*, 2003, Lumen Juris). Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, ilustre Procuradora Regional da República (*Políticas públicas -- A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, assinala: 'Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. (...) Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social. (...) Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. (...) As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional' (grifei). Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que 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 Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche e na pré-escola (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. Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal deduzida pelo Município de São Paulo, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em exame (Al nº 455.802/SP, Rel. Min. Marco Aurélio -- Al nº 475.571/SP, Rel. Min. Marco Aurélio -- RE nº 401.673/SP, Rel. Min. Marco Aurélio -- RE nº 410.715-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello -- RE nº 411.518-AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio -- RE nº 436.996/SP, Rel. Min. Celso de Mello). Cumpre destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pelo eminente Ministro Marco Aurélio (RE nº 431.773/SP), no sentido de que, 'Conforme preceitua o art. 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças (...). O Estado -- União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios -- deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa' (grifei). Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente (Ana Maria Moreira Marchesan, 'O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa', in RT 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário 'às crianças até 5 (cinco) anos de idade' (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/06). Sendo assim, e pelas razões expostas, nego provimento ao presente agravo de instrumento, por revelar-se evidentemente incabível, na espécie, o recurso

extraordinário a que ele se refere. Publique-se. Brasília, 18 de setembro de 2008 (62º aniversário da promulgação da Constituição democrática de 1946). Ministro Celso de Mello Relator * decisão pendente de publicação”

CONCLUSÃO

Diante do exposto anteriormente, e confrontando os ensinamentos da doutrina e o posicionamento da jurisprudência, podemos chegar à seguinte conclusão:

- a) para a teoria subjetiva, atos administrativos são os atos jurídicos emanados de órgãos administrativos estatais;
- b) por outro lado, a teoria objetiva conceitua ato administrativo em razão do regime de direito público que norteia as funções administrativas;
- c) a doutrina moderna conjuga os elementos das teorias objetiva e subjetiva, de forma a construir um conceito completo de ato administrativo, surgindo concepções mistas;
- d) existem diversos critérios que norteiam as classificações dos atos administrativos, sendo que, tendo em vista a finalidade do presente trabalho, deve-se focar na distinção entre atos vinculados e atos discricionários;
- e) ato vinculado é aquele em que a lei não deixa margem de liberdade para o administrado agir, devendo observar todos os ditames legais;
- f) nos atos discricionários, o administrador poderá, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, escolher qual a melhor opção adotar para alcançar o interesse público;
- g) o ato discricionário é cabível quando a própria lei expressamente deixa a carga da administração a decisão

a ser tomada; quando a lei é omissa; ou quando prevê uma competência administrativa, mas não faz previsão da conduta a ser adotada;

h) o mérito dos atos administrativos se confunde com a questão da conveniência e oportunidade;

i) tradicionalmente, a doutrina ensinava que apenas era possível de controle pelo Poder Judiciário os atos vinculados, pois estavam totalmente adstritos aos ditames legais;

j) dizia-se também que o Poder Judiciário não poderia se imiscuir em um papel que era do administrador, sob pena de estar violando o princípio da separação dos poderes;

k) aos poucos, a doutrina e a jurisprudência, em algumas hipóteses, começaram a admitir a possibilidade do Poder Judiciário interferir também no mérito dos atos discricionários;

l) o Poder Judiciário passou a coibir o desvio de poder cometido no âmbito dos atos discricionários, de forma a exigir que o ato administrativo fosse realizado visando cumprir a finalidade prevista na lei, bem como que observa-se os princípios da razoabilidade e moralidade, além da teoria dos motivos determinantes;

m) o princípio da reserva do possível, construída pela doutrina alemã e defendida pelo Poder Público, segundo o qual o administrador só poderia efetivar direitos na medida em que houvesse previsão orçamentária para tal desiderato, é um argumento contra o controle judicial do mérito dos atos administrativos;

n) entretanto, em determinadas hipóteses é possível contrapor-se a ela por meio do princípio do mínimo existencial, que garante que o Estado deve promover a dignidade humana, conferindo condições mínimas para que a pessoa viva dignamente, o que vem merecendo acolhida inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. ■

NOTAS

- 1 *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1989, p. 231.
- 2 *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S/A, 2004, p. 189.
- 3 *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1989, p. 265/266.
- 4 *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S/A, 2004, p. 205.
- 5 *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 131.
- 6 *A Constituição Brasileira de 1988: interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 187.
- 7 *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1989, p. 66.
- 8 *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas S/A, 2004, p. 315.

REFERÊNCIAS

- FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Constituição Brasileira de 1988: interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1989.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas S/A, 2004.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas S/A, 2004.

JOÃO PAULO PIRÓPO DE ABREU é Juiz Federal Substituto da Subseção Judiciária de Itabuna (BA), Professor de Processo Civil da UNIME/BA, ex-Promotor de Justiça do Estado de Sergipe, ex-Procurador da Fazenda Nacional e ex-Advogado da União.