

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

JORGE HENRIQUE BATISTA BARRETO

**CONTROLE JURISDICIONAL DOS CARGOS COMISSIONADOS: UMA ANÁLISE  
DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 37.097 DO STF**

Recife  
2020

JORGE HENRIQUE BATISTA BARRETO

**CONTROLE JURISDICIONAL DOS CARGOS COMISSIONADOS: UMA ANALISE  
DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 37.097 DO STF**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da  
Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do  
título de bacharel em direito.

Orientador: Profa. Dra. Flavia Danielle Santiago Lima

Recife  
2020

**Ficha catalográfica**  
**Elaborada pela biblioteca da Faculdade Damas da Instrução Cristã**

B273c Barreto, Jorge Henrique Batista.  
Controle Jurisdicional dos cargos comissionados: uma análise do Mandado de Segurança Nº 37.097 do STF / Jorge Henrique Batista Barreto. – Recife, 2020.  
54 f.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Flávia Danielle Santiago Lima.  
Trabalho de conclusão de curso (Monografia – Bacharelado em Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2020.  
Inclui bibliografia

1. Cargos comissionados. 2. Controle judicial. 3. Atos administrativos. I. Lima, Flávia Danielle Santiago. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

34 CDU (22. ed.)

FADIC (2020.2-352)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ

CURSO DE DIREITO

JORGE HENRIQUE BATISTA BARRETO

CONTROLE JURISDICIONAL DOS CARGOS COMISSINONADOS: UMA ANALISE  
DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 37.097 DO STF

Defesa Pública em Recife, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

---

Examinador(a):

---

*Dedico este trabalho primeiramente a Deus, que sempre iluminou meu caminho, por ser essencial em minha vida, minha maior força nos momentos difíceis, a ele devo tudo o que sou. E aos meus Pais, pelo apoio, incentivo, compreensão e principalmente o amor, em todos os momentos.*

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus por ter me dado saúde, força e ânimo para vencer todos os obstáculos e dificuldades que foram enfrentadas ao longo do curso e me ajudou a conduzir este trabalho da melhor forma.

Ao meus pais que são os alicerces da minha vida, sempre me incentivaram e são meus exemplos de caráter, fé e determinação ao longo da vida, e que dedicaram suas vidas a família.

A minha irmã, e aos familiares que me deram apoio e incentivo ao longo dessa jornada.

Aos meus amigos, os de longa data e os trazidos pela Faculdade, que me ajudaram de alguma forma na realização do trabalho, que compartilharam comigo os bons momentos e os momentos de dificuldade, pela amizade e companheirismo durante todo o curso.

A minha professora e orientadora Flávia Santiago Lima pelo acompanhamento e pelas sugestões preciosas para a realização deste trabalho.

Ao professor Ricardo Silva por me ajudar com as normas técnicas do trabalho e sempre tirar minhas dúvidas relacionadas a monografia.

A coordenadora do curso professora Renata Celeste que sempre se dispôs a me ajudar com as demandas no decorrer da formação acadêmica.

A todos os professores que me ensinaram, e ajudaram na minha formação acadêmica a eles o meu sincero agradecimento.

Por fim a todos que de alguma forma contribuíram para a construção desse trabalho.

"A justiça tem numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a impotência do direito."

Von Ihering

## RESUMO

O presente trabalho tem por objeto fazer uma análise do controle judicial dos atos administrativos discricionários, fazendo todo um percurso pelo direito administrativo e a administração pública, mostrando o ato administrativo em espécie, suas peculiaridades, formas de extinção, logo após fizemos uma diferenciação entre os atos discricionários e os atos vinculados, trouxemos os cargos em nomeação fazendo uma análise histórica de como surgiu no nosso país, essa modalidade, pois no ultimo capítulo analisamos uma decisão que justamente tratava de um decreto de nomeação, sendo um ato discricionário pelo Presidente da República, e logo após sofreu um controle judicial do Supremo Tribunal Federal, motivado por um Mandado de Segurança, que foi impetrado por um partido político, fizemos uma análise dessa decisão, trazendo seus principais pontos e por fim fizemos nossas próprias ponderações acerca dela. Demonstrando qual foi nossa visão desse controle judicial e porque consideramos dessa forma, o controle judicial uma importante ferramenta para o funcionamento do estado democrático de direito.

Palavras-chave: Controle Judicial. Atos Administrativos. Cargos Comissionados.



## **ABSTRACT**

The present work sought to make an analysis of the judicial control of the discretionary administrative acts, making a whole journey through the administrative law and the public administration, showing the administrative act in kind, its peculiarities, forms of extinction, just after formal a differentiation between the discretionary acts and the related acts, we brought the nomination positions by making a historical analysis of how this modality came about in our country, because in the last chapter we analyzed a decision that just dealt with an appointment decree, being a discretionary act by the President of the Republic, and soon after he underwent judicial control by the Supreme Federal Court, motivated by a writ of mandamus, which was filed by a political party, formalized an assessment of that decision, bringing its main points and finally our own formal considerations about it. Demonstrating what our vision of this judicial control was and why we consider judicial control an important tool for the functioning of the democratic rule of law.

Keywords: Judicial Control. Administrative Acts. Commissioned Positions.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	DIREITO ADMINISTRATIVO E OS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO: UMA VISÃO GLOBAL .....	12
2.1	Origem, Conceito e Fonte.....	12
2.2	Administração Pública e Atos Administrativos .....	18
2.3	Atos Administrativos: Dos Elemento à sua Extinção.....	23
3	ATOS VINCULADOS OU DISCRICIONARIOS? A NOMEAÇÃO PARA CARGOS EM COMISSÃO .....	34
3.1	Atos Vinculados x Discricionários .....	34
3.2	Discricionariiedade administrativa .....	36
3.3	Nomeação para cargos em comissão .....	37
3.3.1	Origem dos cargos comissionados .....	37
3.3.2	Os cargos comissionados na legislação .....	38
4	CONTROLE JURISDICIONAL DA NOMEAÇÃO PARA CARGOS EM COMISSÃO: MANDADO DE SEGURANÇA 37.097 DO STF.....	41
4.1	Principais pontos da Decisão .....	41
4.2	O Mandado de Segurança a Luz da Discussão sobre o Controle Jurisdicional .....	46
5	CONCLUSÃO .....	51
	REFERÊNCIAS .....	53

## 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa partirá de uma contextualização da Administração pública e do Direito Administrativo, trazendo um exemplo para efeito comparativo, de como ocorre o controle judicial de atos administrativos discricionários, com essa perspectiva da Administração pública e controle judicial de atos administrativos.

Investigaremos até que ponto cabe ao Poder Judiciário, se intrometer na análise de um ato administrativo discricionário, praticado pelo Chefe do Poder Executivo. Vale ressaltar que no Brasil vige a unicidade de jurisdição, portanto nesse contexto, nenhum dano ou ameaça dele deve ser excluída de apreciação pelo poder judiciário, conforme assegura a constituição federal no seu art. ° 5.

A presente pesquisa terá ênfase, na pratica dos atos administrativos discricionários que são utilizados para nomeação de cargos públicos em comissão, analisando as características e os limites estabelecidos para os atos discricionários. Atos esses balizados por critérios de conveniência e oportunidade.

Foi escolhido uma Decisão do STF, de grande repercussão, tendo sido um caso recente, que foi bastante comentado no cenário jurídico e foi motivo de diversos artigos, trazendo ambas posições tanto contrárias como favoráveis a liminar concedida.

Neste estudo, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, tendo sido o tipo de pesquisa utilizado o descritivo. A problemática do estudo é demonstrar em até que ponto o controle jurisdicional de atos administrativos discricionários, pode influenciar na política pública e, não afronte o princípio da separação dos poderes, nem substitua a presença da administração pública.

A razão pela qual esse trabalho foi feito advém justamente desse diapasão, que a independência dos poderes não deve ser absoluta, devendo sempre estar sujeita a sistema de freios e contrapesos, que possibilite uma regulação, e que o ilimitado controle judicial de atos administrativos viria a ferir severamente, vários institutos previstos na nossa constituição federal.

No primeiro momento, a monografia fará uma breve incursão na origem do direito administrativo, trazendo seu conceito, suas fontes originarias, as mudanças ao longo do tempo que foram moldando o atual conceito de direito administrativo, traremos também uma breve noção sobre a administração pública, demonstrando suas funções, ilustraremos como o direito

administrativo, interfere diretamente na administração pública, buscaremos identificar limites que devam permear as decisões judiciais.

Ainda no primeiro capítulo, trará os atos administrativos, buscando conceituar, exemplificar seus elementos, o mérito do ato administrativo, com ênfase na discricionariedade administrativa. Trouxe por fim como funciona a revogação dos atos administrativos.

Já no 2º capítulo, trouxe os atos vinculados e discricionários, fazendo uma comparação entre eles, demonstrando o conceito de cada e trazendo suas diferenças, trouxemos também a nomeação dos cargos em comissão, como está estabelecida em lei a questão das nomeações, os quesitos que devem ser seguidos para realizá-las e o poder das autoridades nomeantes.

No 3º e último capítulo, apresentamos a Decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, o ilustríssimo Alexandre de Moraes, no caso em questão trata-se de um Mandado de Segurança coletivo, impetrado pelo Partido Democrático Trabalhista, com a intenção de suspender o Decreto de nomeação do novo Diretor-Geral da Polícia Federal, Decreto proferido pelo Presidente da República, a Liminar foi concedida pelo Ministro Alexandre de Moraes, barrando assim a Nomeação, nesse capítulo iremos fazer uma análise dessa decisão e faremos alguns apontamentos acerca do presente conflito, e demonstraremos na prática como funciona o controle judicial de um ato administrativo discricionário.

É importante mencionar que a discricionariedade não é um atributo do ato, mas sim do agente que vai praticar aquele, a discricionariedade é respaldada por lei ao agente público, para que nessa disponha de liberdade, para o exercício da sua competência, mas esta liberdade, deve ser exercida na medida, extensão e modalidade que resultem em respeito a norma jurídica que lhe confere, ainda assim deve ser comportada pela questão em análise do caso concreto.

Entende-se que a discricionariedade se apresenta não com um poder absoluto concedido ao agente pelo ordenamento jurídico, mas sim como uma condição confiada ao agente, para que este no exercício das suas funções, tome a decisão mais apropriada para o caso concreto. Esse instituto é a discricionariedade administrativa”. Tratando da hipótese apresentada pela monografia, deixa claro que não há uma invasão do mérito quando o judiciário faz uma apreciação minuciosa dos motivos, ausências ou falsidade do motivo apresentado, deixando visível que esse ato administrativo é suscetível a anulação pelo poder judiciário.

Será feito um aprofundamento na questão do controle judicial referente aos atos administrativos discricionários, tema de bastante discussão por parte doutrinária e

jurisprudencial nos últimos anos, até que ponto a discricionariedade do ato valeria sobre a lei. Esse tema tem bastante relevância jurídica, que fica exposto pela responsabilidade que o poder judiciário possui perante a administração pública, pois é assegurado na constituição a tarefa de restaurar a ação administrativa ao ordenamento jurídico.

Portanto a via que deve o administrado recorrer quando sofrer abusos, injustiças e ilegalidades será pelo poder judiciário.

## 2 DIREITO ADMINISTRATIVO E OS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO: UMA VISÃO GLOBAL

Inicialmente, iremos abordar aspectos básicos sobre o direito administrativo e suas origens, conceitos, fontes, e trazendo também uma ideia sobre a administração pública e como ela caminha junto com o direito administrativo.

### 2.1 Origem, Conceito e Fonte

O direito administrativo surgiu na França, logo após a Revolução Francesa, o nascimento do direito administrativo foi influenciado pela doutrina jus naturalista, cuja vertente de autores contratualistas que defendiam a diminuição do livre arbítrio estatal por diversos modos jurídicos, como a submissão do estado pela lei ou por meio de divisão das funções do estado.

A França é considerada berços de vários institutos do direito administrativo, os quais nasceram nas construções jurisprudenciais do conselho de estado, que ocorreu após a Revolução Francesa, surgiu assim a jurisdição administrativa separada da jurisdição comum.

Esse sistema de dualidade de jurisdição ocorreu por causa da alta desconfiança em relação ao Poder Judiciário da época, uma vez que os progressistas tinham o receio das decisões do Poder Executivo fossem revista e alteradas pelo Justiça. Celso de Mello traz uma ideia de como funcionava esse sistema de jurisdição

As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas; os juízes não poderão, sob pena de crime funcional perturbar seja de que maneira for as operações dos corpos administrativos, nem citar perante si os administradores em razão de suas funções (MELLO, 2010, p. 40)

Destarte que nessa fase a própria administração pública, que julgava as contendas propostas contra ela, este período em que os órgãos da administração julgavam suas contendas com os administrados ficou conhecido como administrador-juiz que perdurou até a época em que Napoleão Bonaparte assumiu o poder.

Criou-se nessa época uma infeliz impressão de que o direito administrativo, foi concebido para privilegiar o poder, afim de que ele submetesse aos administrados. E essa ideia era reforçada mesmo sem a intenção dos doutrinadores, por causa dos poderes entre eles o discricionário, hierárquico, regulamentar, entre outros, isso contribuía para uma visão de um direito administrativo que aglutinava poderes para o Estado. Na verdade, o direito

administrativo é um conjunto de limitações aos poderes do Estado, mesmo que pareça ao contrário, pode ser definido também como um conjunto de deveres da Administração em face dos administrados.

Iremos trazer o apontamento de Celso de Mello que demonstra o que foi dito acima da visão que se tinha do direito administrativo

Direito Administrativo na França, país onde nasceu este ramo do Direito, buscavam encontrar um “critério”, ou seja, uma ideia básica, central, a partir da qual fosse possível reconhecer quando se deveria considerar presente uma situação a ser regida pelo Direito Administrativo, isto é, situação que despertasse a aplicação dos princípios e regras pertinentes a este nascente ramo do Direito, e, pois, que em situações conflituosas fosse da alçada do Conselho de Estado, e não da Justiça comum. Pois bem, a ideia base inicialmente considerada como o fator de desencadeamento do Direito Administrativo e pólo aglutinador de seus vários institutos foi a ideia de *puissance publique*, isto é, da existência de poderes de autoridade detidos pelo Estado e exercitáveis em relação aos administrados. Compreende-se, então, à vista das razões enunciadas, que houvesse irrompido a impressão de que o Direito Administrativo seria um direito armado ao propósito de investir o Estado, os detentores do Poder, na posse de um instrumental jurídico suficientemente poderoso para subjugar os administrados (MELLO, 2010, p. 44).

Possivelmente essa impressão de que o direito administrativo era um beneficiador para o ente estatal, veio do fato de que quando ele surgiu, era encarado como um direito excepcional, que se distanciava do direito comum. E isto antes só era visto no direito Penal, com este efeito o direito administrativo foi sendo elaborado, em prol do estado.

Surgiu depois desse movimento pós revolução, outra escola francesa como uma linha de pensamento totalmente diferente a essa anteriormente citada, para eles a ideia central do direito administrativo era de explicar as peculiaridades de seus institutos e justificar sua aplicação, dando assim a noção de serviço público, a qual seja de serviços prestados a coletividade pelo Estado e que eram indispensáveis a convivência social. Por fim Celso de Mello pontuou como se lida no Brasil

Este tipo de organização metodológica das matérias do Direito Administrativo, em última análise, favorece, embora indesejadamente, realçar e enfatizar uma concepção autoritária do Direito Administrativo, projetando luz sobre os tópicos exaltadores do “poder” e deitando sombra sobre os concernentes aos “deveres” a que está subjugada a Administração, e que têm cunho mais importante para a boa compreensão da índole do Direito Administrativo no Estado de Direito. Ou seja: a própria maneira de apresentar o Direito Administrativo concorre para engendrar uma apreensão de seu conteúdo mais vinculada pela ideia de “poderes”, que comandam os administrados, ao invés de sublinhar os “deveres”, que se impõem aos administradores (MELLO, 2010, p. 46).

Por fim podemos concluir que a origem do direito administrativo está bastante enraizada na França, e que até hoje os ideais e conceitos daquela época influenciam no direito administrativo.

No âmbito do Direito Administrativo, existe divergências entre os grandes doutrinadores em relação ao conceito de Direito Administrativo, cada autor preferiu escolher os elementos e critérios que lhe pareciam mais verdadeiros ou significativos, para assim chegar no conceito.

Na França tivemos o surgimento de duas escolas que buscavam critérios para conceituar o direito administrativo, sendo a primeira a “potestade” pública e a segunda do serviço público, tendo a primeira surgido em meados do século XIX por influência de Maurice Hauriou e seguida por vários autores franceses da época como Ducrocq, Laferrière entre outros. Trouxeram uma ideia de distinção entre atividades de autoridades e atividades de gestão, na atividade autoritária o estado agia tomando decisões unilaterais e discricionárias sobre a população, já na segunda a atividade de gestão opera em termos de igualdade com os cidadãos, sendo dirigido pelo direito privado.

Convém lembrar também, de outro critério utilizado para conceituar o direito administrativo, que da mesma forma surgiu na França, foi chamada de escola do serviço público, influenciada por Duguit, Jèze, entre outros. Essa escola chamou bastante atenção, pois tinha o estado-providencia assumindo inúmero cargos encargos, que antes eram atribuídos ao particular, galgaram a integrar o serviço público. Sua notoriedade foi tão grande que foi imbuída por juristas do mundo inteiro, podemos citar entre eles Rafael Bielsa da Argentina e Temístocles Brandão Cavalcanti e Henrique Carvalho Simas, no Brasil. Para essa escola o direito público são as regras de organização e gestão dos serviços públicos, estava embutido nesse conceito o direito administrativo, porque se refere a serviço público. Note-se que o conceito não traz nenhuma distinção entre a atividade jurídica do estado e o serviço público.

Acolhido por alguns juristas, outro critério utilizado para conceituar o direito administrativo era o do Poder Executivo, eles definiam como um conjunto de regras e normas jurídicas que disciplinavam os atos do poder executivo, esse critério é incompleto visto que os outros poderes tanto o judiciário como o legislativo podem exercer a atividade administrativa, e o próprio executivo exerce também outras funções, que não são característica dele como por exemplo a função de governo, dito isso se nota que o conceito do poder executivo é bastante incompleto.



Trazendo a discussão para o Brasil, encontramos vários autores famosos e que possuem bastante influencia no meio jurídico que conceituaram diferentemente o Direito Administrativo, nesse sentido José dos Santos Carvalho Filho fez um consideração bastante inovadora, afirmando que o “ conjunto de normas e princípios que, visando sempre ao interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que devem servir ” (CARVALHO FILHO, 2019, p. 64).

Assim dando a ideia de que o conceito do Direito Administrativo gira em torno das relações jurídicas e administrativas, principalmente entre as pessoas e órgãos do estado, e pontuando que compete ao direito administrativo regular a relação entre o estado e os particulares, que participem de algum ato da administração.

De fato, os conceitos do Direito Administrativo são bastante diferenciados, Celso Antônio Bandeira de Mello ostentou a percepção da função administrativa, constatando que “ O Direito Administrativo é um ramo do Direito Público. Ocupa-se, então, de uma das funções do Estado: a função administrativa. Cumpre, portanto, identificá-la para clarear o objeto de estudo do Direito Administrativo ” (MELLO, 2010, p. 27).

Destarte que Celso de Mello considera que o direito administrativo é um ramo do direito público que vem a disciplinar o exercício da função administrativa, bem com os indivíduos e os órgãos que desempenham função administrativa.

Ao analisar Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tradicional autora de livros de direito administrativo ela traz também como Celso de Mello o direito administrativo como um ramo do direito público, trazendo a ideia

O ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens e meios de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública (DI PIETRO, 2019, p. 174).

Na expressão do ramo do direito público, ela pontuou que o direito administrativo é composto por um corpo de regras e princípios que disciplinam as relações entre a administração e os particulares, sempre se caracterizando numa posição de verticalidade e sempre regidos por princípios, sendo os mais comuns o da justiça distributiva, no que difere do direito privado e que regula relações entre iguais, em posição de horizontalidade, imperado pelo princípio da justiça comutativa.

Por fim diante das discrepâncias dos doutrinadores e após essa análise feita acima podemos conceituar o direito administrativo como um conjunto de princípios jurídicos que

regem os órgãos, agentes e atividades da administração pública que tendem a realizar a concreta, direta e imediatamente os fins que venham a ser desejados pelo estados, Hely Lopes Meirelles usou esse critério para conceituar o direito administrativo, que na análise desse presente trabalho é o critério mais completo pois engloba os outros matérias que foram abordados anteriormente.

Ao partir para uma análise das fontes do direito administrativo, encontraremos algumas divergências entre alguns autores, mas no geral se tem uma ideia pacífica sobre quais são as fontes do direito administrativo. No Brasil adotamos a unicidade de jurisdição, por forte influência do direito americano, por isso não temos a jurisprudência como a principal fonte do direito administrativo diferente de outros países, atualmente no Brasil a principal fonte é a Lei, mas após a constituição de 1988 e novo código de processo civil, a jurisprudência passou a ter mais importância como uma fonte do direito e até mesmo no direito administrativo.

Iremos analisar nessa pesquisa as principais fontes do direito administrativo, sendo elas 1) a lei, 2) doutrina, 3) jurisprudência, 4) costumes e por fim 5) os princípios gerais do direito.

A lei como fonte do direito administrativo é aplicada em sentido lato sensu, ela serve como base do direito administrativo, na expressão de lei como fonte do direito administrativo abarca principalmente a Constituição Federal, a função administrativa significa aplicar a lei de ofício, Maria Sylvia definiu deste modo “quando se fala na lei como fonte do Direito Administrativo brasileiro, tem-se que observar as leis conforme a distribuição de competências prevista na Constituição Federal” (DI PIETRO, 2019, p. 146). Note-se a importância dada a constituição federal no âmbito do direito administrativo, sendo ela o principal norteador desse Direito.

A doutrina teve um papel bastante relevante no direito administrativo brasileiro, visto que os doutrinadores brasileiros foram buscar no direito estrangeiro princípios, teorias e institutos que não eram previstos e nem utilizados pelo direito brasileiro, a evolução do direito administrativo no Brasil se deu primeiramente na doutrina, para depois alcançar a jurisprudência tanto administrativa quanto judicial. Alexandre Mazza em seu livro fez a seguinte pontuação

A doutrina não cria diretamente a norma, mas esclarece o sentido e o alcance das regras jurídicas conduzindo o modo como os operadores do direito devem compreender as determinações legais. Especialmente quando o conteúdo da lei é obscuro, uma nova interpretação apresentada por estudiosos renomados tem um impacto social similar ao da criação de outra norma (MAZZA, 2019, p. 69).

É importante observar o poder que a doutrina adquire ao criar um impacto social, que venham a influenciar em tomadas de decisões futuras.

A jurisprudência no direito administrativo brasileiro ainda tem uma atuação muito modesta, em comparação a outros países, a pesar de nos últimos anos ter tido um crescente no uso da jurisprudência, Maria Sylvia fez a seguinte ponderação

A jurisprudência tem a natureza de fonte formal, porque integra o direito a ser aplicado pelos juízes e pela Administração Pública. No entanto, como regra geral, a jurisprudência não constitui fonte obrigatória do Direito Administrativo brasileiro, mas meramente indicativa, facultativa ou orientadora para decisões futuras do Judiciário e da Administração Pública. Ela seria fonte material do direito (DI PIETRO, 2019, p. 69).

Isto posto, conferimos que em regra geral no direito administrativo brasileiro a jurisprudência não é uma fonte comumente usados pelas autoridades, por isso Maria Sylvia considerou ela como uma fonte material do direito.

A quarta fonte do direito administrativo são os costumes, são usos e práticas reiteradas que venham a gerar uma convicção, uma obrigatoriedade, atuando com uma fonte secundária do Direito, vale ressaltar que nem todos os autores colocam o costume como uma fonte do direito administrativo, no seu livro curso de direito administrativo Maria Sylvia argumentou que No âmbito do Direito Administrativo brasileiro, o costume como prática reiterada da atuação administrativa tem aplicação praticamente nula. Isso em decorrência de vários fatores: de um lado, a constitucionalização do Direito Administrativo, que coloca na Constituição o fundamento da maior parte dos institutos desse ramo do direito; de outro lado, pela aplicação do princípio da legalidade, entendida em sentido amplo (que abrange as leis, os atos normativos da Administração Pública, os valores e princípios constitucionais), que obriga a Administração a procurar no ordenamento jurídico o fundamento para as suas decisões (DI PIETRO, 2019, p. 158)

Como já foi citado acima, fica evidente nesse trecho a importância que é dada a Constituição Federal no direito administrativo brasileiro, em regra geral o costume não é uma fonte que tenha relevância no direito brasileiro.

O papel dos princípios no direito administrativo passou por uma evolução muito grande principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, com a maior atenção dada aos valores e princípios imprescindíveis ao estado democrático de direito, os princípios que estão salvaguardados na Constituição tornam-se de observância obrigatória, já aqueles que estão em lei infraconstitucionais, são utilizados como fonte subsidiária do direito administrativo. Maria Sylvia fez uma ponderação acerca do tema do trabalho

Os princípios ainda desempenham importante papel na limitação da discricionariedade administrativa, que significa liberdade de apreciação, pela Administração Pública, dos aspectos de oportunidade e conveniência que lhe foram conferidos pela lei. Trata-se de liberdade limitada pela legalidade, considerada em sentido amplo, de modo a abranger os princípios e os valores consagrados implícita ou expressamente no ordenamento jurídico (DI PIETRO, 2019, p. 164).

Os princípios atuam como um limitador da discricionariedade administrativa, quando a Administração Pública se depara com uma situação em que a lei lhe deixou opções variadas, é necessário fazer a tomada da decisão com observância dos princípios gerais do Direito, pode se afirmar que a discricionariedade é uma autonomia de ação, mas sofre limitações do Direito.

## 2.2 Administração Pública e Atos Administrativos

A expressão administração pública, exprime mais de um sentido para a maioria dos autores de direito administrativo, primeiro pelo fato de que a gama de tarefas e atividades quem compõe o objetivo do estado são bastante extensas, o segundo fator é o grande número de órgãos e o alto número de agentes de públicos que são incumbidos de sua execução.

Diante do exposto, os doutrinadores no intuito de melhorar o sentido da expressão, dividiram-na em dois sentidos, sendo em sentido subjetivo, formal ou orgânico, esse sentido designa que os entes que exercem a atividade administrativa são compreendidos por pessoas jurídicas, órgãos e agente públicos encarregados de exercer umas das funções em que se triparte a atividade do estado, a qual seja a função administrativa. O outro sentido é o objetivo, material ou funcional, esse designa que a atividade exercida pelos entes da administração pública é a própria função administrativa, que incumbe ao Poder Executivo. Iremos tratar abaixo o sentido subjetivo e o sentido objetivo.

Primeiramente falando em sentido objetivo, a administração pública abarca as atividades exercidas por pessoas jurídicas, órgãos e os agentes públicos encarregados de atender as necessidades do coletivo, correspondendo assim a função administrativa, que são atribuídas normalmente ao Poder Executivo. Simplificando o sentido objetivo, ele engloba o fomento, a polícia administrativa, regulação, intervenção e o serviço público.

O Fomento engloba a atividade administrativa de incentivo a iniciativa privada desde que ela seja de utilidade pública, podemos tipificar as atividades que correspondem pelo fomento, sendo elas o auxílio financeiro que são por conta do orçamento público, o

financiamento sob condições restritas, que sejam elas a construções de hotéis, resorts e outras obras ligadas ao fomento do turismo, favores fiscais que estimulem atividades que irão contribuir para o desenvolvimento do país, desapropriações que contribuam para entidades privadas, que realizem serviços uteis a população. Vale ressaltar que os exemplo dado são de mero cunho explicativo, já que as modalidades de fomento estão previstas em Lei.

A polícia administrativa abarca toda a atividade de execução das limitações administrativas, que são restrições imposta pela Lei em detrimento de direitos individuais em benefício de um interesse maior, qual seja o coletivo, se entende por medida de polícia as ordens, notificações, licenças, ente outras.

Serviço público é a atividade da administração pública exerce, sendo direta ou indiretamente, para privilegiar a necessidade coletiva. O serviço publica compreende a atividades que essencialmente possuem interesse da coletividade, mas que foram assumidas pelo ente estatal. A Constituição Federal é bastante ampla em seus exemplos de serviço público, como os correios, os serviços de telecomunicações, serviços de instalação de energia elétrica, e principalmente nos serviços sociais do Estado como a saúde, educação, previdência, assistência social, entre outros.

A Regulação constitui-se como a atividade Estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, normalmente de modo permanente e sistemático, servindo para implementar as políticas de governo, alguns doutrinadores afirma que a regulação se traduz tanto como função administrativa, e também como na legislativa, na jurisdicional e na de controle, é aceitável esse pensamento, desde que nas funções legislativa e jurisdicional que venham a ser exercidas pela Administração Pública, sejam atribuídas a administração, a regulação engloba uma pequena parte de cada uma das funções administrativas que foram acima citadas, é considera uma função atípica da Administração Pública.

A Intervenção é entendida como a regulamentação e fiscalização da atividade econômica sendo ela de natureza privada, ou podendo ser também de natureza do Estado, que se caracteriza normalmente por empresas estatais, diante dessas situações deve o Estado operar seguindo o que é ditado pelo direito privado, a própria Constituição Federal estabelece isso em algum de seus artigos, se considerarmos a função administrativa apenas as funções que foram feitas totalmente no direito público ou majoritariamente. Segue a um trecho de Maria Sylvia referente a intervenção

As demais atividades ou são, originariamente, próprias do Estado ou foram sendo por ele assumidas como suas, para atender às necessidades coletivas; ele as exerce diretamente ou transfere a terceiros o seu exercício, outorgando-lhes determinadas prerrogativas públicas necessárias a esse fim. A atividade que o Estado exerce a título de intervenção direta na ordem econômica não é assumida pelo Estado como atividade pública; ele a exerce conservando a sua condição de atividade de natureza privada, submetendo-se, por isso mesmo, às normas de direito privado que não forem expressamente derogadas pela Constituição. Aqui, a Administração Pública sai de sua órbita natural de ação para atuar no âmbito de atuação reservado preferencialmente à iniciativa privada (DI PIETRO, 2019, p. 193).

Dessa forma ela justifica porque se considera a de natureza privada a Intervenção feita na Empresa Estatal, e por isso deve ser observado as normas de direito privado, quando é feita a Intervenção em Empresas Públicas.

Por fim as particularidades da administração pública em sentido objetivo são as atividades concretas, no sentido de que executa a vontade do Estado que está prevista em Lei, tem por intuito a satisfação direta e imediata das finalidades do ente estatal, possui também o regime jurídico de direito público, mas em algumas exceções pode se submeter ao regime privado.

Maria Sylvia pontuou no sentido objetivo da administração pública que, “Assim, em sentido material ou objetivo, a Administração Pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico total ou parcialmente público, para a consecução dos interesses coletivos ” (DI PIETRO, 2020, p. 193).

Dessa forma, tratando do sentido objetivo fica claro que ele trata dos interesses públicos, que são executados pelo Estado, sendo através da prestação de serviços públicos, por organização interna do mesmo ou por intervenção mesmo em campo privado.

Analisando o sentido subjetivo da Administração Pública, os sujeitos que fazem parte desse sentido são os que exercem a atividade administrativa, a administração pública engloba todos os entes a qual a lei foi atribuída para exercer a função. A função administrativa é exercida pelos órgãos do Poder Executivo em regra geral, mas a Constituição Federal não adota o princípio de separação absoluta de atribuições e sim o da especialidade de funções. Compõe a administração pública subjetiva, todos os órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas são eles a União, Estados e Municípios, os quais a lei ressalva o exercício e cumprimento de funções administrativas. São eles os órgãos da administração direta do Estado. Mas não são exclusivos, tem casos que a lei opta pela execução indireta da atividade administrativa, transferindo ela para pessoas jurídicas que detém personalidade de direito pública ou privado e que englobam a chamada administração indireta do Estado, são elas as

autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas cumprem o papel da função administrativa descentralizante.

Maria Sylvia apontou como a Administração pública em sentido subjetivo como “ Desse modo, pode-se definir Administração Pública, em sentido subjetivo, como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado ” (DI PIETRO, 2020, p. 196).

Diante do exposto, podemos concluir que o termo Administração Pública decorre da vontade da Lei, que deixa claro a finalidade a ser seguida pelo administrador. Pontuando sobre a administração pública em sentido objetivo, ela abrange as atividades desenvolvidas pelas pessoas jurídicas, os órgãos e agentes encarregados em atender as necessidades coletivas, dessa forma correspondendo a função administrativa do Ente Estatal sendo eles o serviço público, o fomento, regulação, intervenção e a polícia administrativa. A administração em sentido objetivo possui características sendo elas a atividade concreta que tem por finalidade a contentamento direta e imediata dos fins do Ente Estatal, possuindo também um regime jurídico é majoritariamente de direito público, mas ressalvada as exceções em que ele possa se submeter ao regime jurídico de direito privado, sempre pensando nos interesses coletivos, finalizando esse pensamento sobre o sentido objetivo da Administração Pública, concordamos que é uma atividade material e imediata do Ente Estatal que pratica, diante de um regime jurídico que é principalmente público, visando sempre o interesse comunitário.

Finalizando o raciocínio sobre a Administração Pública em sentido subjetivo, podemos concluir que a abrangência dela repercute nas pessoas jurídicas de direito público ou privado que venham a compor o que conhecemos por administração indireta sendo ela as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedade de economia mista, além também de integrar a Administração Pública em sentido subjetivo os órgãos da administração direta e os agentes públicos, finalizando o pensamento sobre administração pública em sentido subjetivo podemos defini-la como um conjunto de órgãos, sendo integrada também por pessoas jurídicas e agentes públicos, os quais a Lei definiu o exercício da chamada função administrativa do Ente Estatal.

Primeiramente devemos mencionar que a Legislação Brasileira não apresenta conceito específico sobre ato administrativo, devido a isso temos algumas divergências entre os doutrinadores enquanto a real definição de ato administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello em seu livro de Direito administrativo trouxe o conceito de que o ato é uma

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. (MELLO, 2010, p. 385).

Vale ressaltar, que Celso de Mello esclareceu que poderiam haver hipóteses excepcionais na qual a Constituição regule de maneira predominantemente vinculada um dado comportamento administrativo obrigatório, em situações deste tipo poderá, então, haver ato administrativo imediatamente infraconstitucional, pois a escassez de lei, da qual o ato seria providencia jurídica de caráter complementar, não lhe obstará expedição.

Maria Sylvia escreveu acerca do conceito de ato administrativo, “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” (DI PIETRO, 2020, p. 456).

Destacou ainda que o ato administrativo possui características que o colocam em uma modalidade de ato praticado pelo Estado, e se diferencia do ato normativo e do ato judicial, principalmente porque ele se sujeita a lei e é passível de controle judicial.

Sublinhou José dos Santos Carvalho Filho que, “À exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público” (CARVALHO FILHO, 2019, p. 165).

Assinalou também que excluía do seu conceito, os atos administrativos típicos, atos privados da Administração e dos fatos administrativos que não produzem eficácia jurídica, consideram estes apenas como atos materiais.

Diante do exposto, podemos observar que o ato administrativo é uma declaração do estado, ou de quem lhe representa, que tem por objetivo declarar direitos, criar, certificar, extinguir, criar obrigações, que estão no exercício de prerrogativas públicas e por fim estão sujeitos ao controle de legalidade diante do judiciário.

Percebe-se que no conceito trazido por Maria Sylvia, ela restringe mais o que seria o ato administrativo em comparação com Celso de Mello que abrangeu os atos convencionais e regulamentares no seu conceito. A divergência entre os doutrinadores ao fiel conceito de ato administrativo podem ser justificas pela falta de um conceito legal de ato administrativo. Devido a isso diversos autores, de acordo com a suas ideias conceituo da forma que achou melhor, analisando cada um dos conceitos conseguimos encontrar os pressupostos e



características que são unanimidade entre os doutrinadores, com isso formamos uma ideia do que vem a ser um ato administrativo.

### 2.3 Atos Administrativos: Dos Elemento à sua Extinção

A doutrina diverge, em alguns pontos sobre a quantidade de elementos ou requisitos dos atos administrativos, a doutrina clássica que é defendida por Helly Lopes Meirelles e é majoritária nos concursos brasileiros, pois está baseada no art. 2 da Lei n. 4.717/65 afirma que “são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade” (BRASIL, 1965).

Em conforme com a lei, Helly Lopes apontou 5 requisitos para o ato administrativo sendo eles a) competência; b) objeto; c) forma; d) motivo; e) finalidade. Motivo e Objeto sendo requisitos discricionários pois comportam margem de liberdade, já competência, forma e finalidade sendo requisitos vinculados.

É importante ressaltar que a ausência ou vício de algum desses elementos, pode vir a causar, mera irregularidade do ato, na invalidade do ato, ou até na sua inexistência, dependendo da importância do caso. Devido a isso alguns doutrinadores preferem tratar como requisitos do ato administrativos, invés de elementos do ato administrativo como é o caso de Helly Lopes Meirelles, que diverge de Celso Antônio Bandeira de Mello que trata como elementos do ato administrativos.

A doutrina moderna influenciada por Celso de Mello, defende na verdade a existência de seis pressupostos de validade para o ato administrativo sendo eles a) sujeito; b) motivo; c) requisitos procedimentais; d) finalidade; e) causa; f) formalização. Sendo motivo, finalidade e formalização elementos discricionários, e sujeito, requisitos procedimentais e causa são elementos vinculados.

Destarte que iremos utilizar, no trabalho acadêmico a classificação doutrinaria clássica pois está amparada pela lei, e é utilizada na maioria dos concursos públicos do país.

A competência é o primeiro elemento ou requisito para se ter a validade de um ato administrativo, sendo um requisito vinculado, é necessário para que o ato seja válido verificar se foi praticado por agente competente. A competência nasce da necessidade de distribuição do trabalho entre os diversos órgãos do estado, cada qual com a seu encargo específico.

Falando em direito administrativo, normalmente a lei que define as competências conferidas aos agentes públicos, limitando assim a atuação a aquela área específica de atribuições, dessa forma competência é o poder atribuído ao agente da administração pública para o exercício de suas funções. Ricardo Alexandre e João de Deus estabeleceram as fontes quanto a competência dessa forma

Quanto às fontes, quando a competência é estabelecida pela lei ou pela Constituição, temos a chamada competência primária. Quando se tratar de órgãos de menor hierarquia, a competência também pode vir expressa em normas de organização, editadas pelos órgãos de competência primária. Nesse caso, temos uma norma de competência secundária, pois é produto de um ato emanado de um órgão ou agente que possui competência primária (ALEXANDRE; DEUS, 2018, p. 615).

Vale mencionar que alguns autores preferem utilizar o termo sujeito em vez de competência, como é o caso Maria Sylvia Di Pietro, não é suficiente que o agente tenha competência para exercer o ato, mas é necessário também que ele tenha capacidade e que não haja obstáculos para sua atuação no exercício do ato em questão.

Embora não seja unanimidade na doutrina, podemos separar algumas características principais da competência administrativa sendo elas: a) a natureza de ordem pública visto que a sua definição é dada por lei, b) é de exercício obrigatório (obrigatoriedade) pelos órgãos e agentes públicos visto que é um dever, c) improrrogabilidade porque diante da falta de uso, a competência não pode ser transferida, d) é irrenunciável pois é estabelecida em razão do interesse público, e) é intransferível porque a competência não pode ser objeto de acordo que tenha em mente transferi-la para outro indivíduo, f) é imodificável por ato do agente público, desde que tenha sido fixada pela Constituição ou pela Lei, dessa forma só a norma legal poderia vir a altera-las, g) é imprescritível, a competência administrativa não se extingue somente, exceto por norma legal nesse sentido.

Ainda na questão da competência, a norma pode autorizar em questões excepcionais que um agente transfira a outra, funções que originalmente lhe eram de sua atribuição. Esse fenômeno se chama de delegação da competência. Destarte que para esse fenômeno ocorra é necessária norma expressa autorizadora, normalmente prevista em Lei. A Lei também proíbe a delegação em algumas funções específicas, deixando claro o caráter de excepcionalidade da delegação.

Ricardo Alexandre e João de Deus assinalaram dessa forma sobre delegação “ A delegação é ato discricionário da autoridade competente, que, não havendo impedimento

legal, deve avaliar a conveniência e a oportunidade da medida, levando em conta circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial ” (ALEXANDRE; DEUS, 2018, p. 621)

Na Delegação de competência, o agente de hierarquia menor transfere a outro superior a sua atribuição, já no caso de autoridade hierarquicamente superior trazer para sua esfera de decisão, ato de competência originaria agente com hierarquia inferior, traz uma inversão do fenômeno da delegação, sendo assim chamado essa forma de Avocação.

Carvalho Filho ressaltou o caráter excepcional da delegação e da avocação

Para evitar distorção no sistema regular dos atos administrativos, é preciso não perder de vista que tanto a delegação como a avocação devem ser consideradas como figuras excepcionais, só justificáveis ante os pressupostos que a lei estabelecer. Na verdade, é inegável reconhecer que ambas subtraem de agentes administrativos funções normais que lhes foram atribuídas. Por esse motivo, é inválida qualquer delegação ou avocação que, de alguma forma ou por via oblíqua, objetive a supressão das atribuições do círculo de competência dos administradores públicos (2019, p. 173).

Por fim concluímos que tanto a delegação quanto a avocação devem ser utilizadas apenas em questões pontuais, e quando forem previstas em Lei.

O objeto é o conteúdo do Ato, a ordem que veio a ser determinada pelo ato administrativo, ou o resultado prático pretendido na expedição do mesmo. É denominado por alguns doutrinados como conteúdo, significa como o próprio nome diz é objetivo imediato da vontade exteriorizada pelo ato.

José dos Santos Carvalho Filho ressaltou que o objeto poder ter mais um sentido

Pode o objeto do ato administrativo consistir na aquisição, no resguardo, na transferência, na modificação, na extinção ou na declaração de direitos, conforme o fim a que a vontade se preordenar. Por exemplo: uma licença para construção tem por objeto permitir que o interessado possa edificar de forma legítima; o objeto de uma multa é punir o transgressor de norma administrativa; na nomeação, o objeto é admitir o indivíduo no serviço público etc (2019, p. 174).

O requisito básico para que o ato administrativo seja considerado válido, é ter seu objeto lícito. Além de lícito deve ser possível, simplificando, suscetível de ser realizado.

O objeto é um elemento discricionário do ato administrativo, como foi dito acima é a vontade exteriorizada do agente público, pelo ato administrativo. Em outras palavras, é Lei

que permite ao agente que faça o delineamento do que o agente público pretende com a sua manifestação de vontade.

Tratando-se de atividade vinculada Carvalho Filho demonstrou que

O autor do ato deve limitar-se a fixar como objeto deste o mesmo que a lei previamente já estabeleceu. Aqui, pode dizer-se que se trata de objeto vinculado. Como exemplo, temos a licença para exercer profissão: se o interessado preenche todos os requisitos legais para a obtenção de licença para exercer determinada profissão em todo o território nacional, esse é o objeto do ato; desse modo, não pode o agente, ao concedê-la, restringir o âmbito do exercício da profissão, porque tal se põe em contrariedade com a própria lei (2019, p. 174).

Carvalho Filho deixou claro, que mesmo o objeto sendo um elemento discricionário, em um ato vinculado, o autor do ato precisa se atentar a um limite.

Conclui-se que para a doutrina majoritária, o objeto constitui um núcleo da discricionariedade, isso se dá justamente sobre o juízo que o autor do ato necessita fazer sobre o conteúdo estatal, melhor dizendo, sobre o objeto do ato. Dessa forma quando não há uma previsão concreta na Lei especificando o que fazer e não fazer, encarregasse o agente público de decidir acerca da oportunidade e conveniência de edição ou não do ato administrativo

Por fim Helly Lopes pontou que

Quando se trata de atividade vinculada, o autor do ato deve limitar se a fixar como objeto deste o mesmo que a lei previamente já estabeleceu. Aqui, pode dizer-se que se trata de *objeto vinculado*. Como exemplo, temos a licença para exercer profissão: se o interessado preenche todos os requisitos legais para a obtenção de licença para exercer determinada profissão *em todo o território nacional*, esse é o objeto do ato; desse modo, não pode o agente, ao concedê-la, restringir o âmbito do exercício da profissão, porque tal se põe em contrariedade com a própria lei (MEIRELLES, 2016, p. 179).

Desse modo encerramos o conteúdo acerca do objeto do ato administrativo.

A finalidade ou fim como alguns doutrinadores a nomeiam, é a expressão de vontade que a administração pública quer atingir com a prática do ato, é o resultado que se espera quando se pratica o ato. Importante ressaltar que, caso o ato não seja de interesse público, deverá ser ele considerado inválido, pois o mesmo não atingiu o seu fim ou finalidade.

Odete Medauar averbou que,

Elemento típico do ato administrativo, o fim de interesse público vincula a atuação do agente, impedindo a intenção pessoal. Por isso, a afirmação do fim como elemento do ato administrativo representa uma das grandes conquistas do direito público moderno. (MEDAUAR, 2018, p. 137).

Já Maria Sylvia trouxe duas perspectivas acerca da finalidade do ato,

Pode-se falar em **fim** ou **finalidade** em dois sentidos diferentes: em sentido amplo, a finalidade corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter **finalidade pública**; em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei. (DI PIETRO, 2020, p. 478).

É necessário também diferenciar a finalidade como elemento do ato administrativo, do motivo, pois os mesmos se parecem em alguns pontos, para isso trataremos o tópico que Marçal Justen dedicou para cessar as dúvidas entre a diferença entre motivo e finalidade do ato administrativo.

Essa foi o trecho apresentado por Marçal,

É usual a confusão entre motivo e finalidade do ato administrativo. Evidência desse equívoco reside na afirmativa de que o motivo de um ato é promover o bem público. Promover o bem público não é motivo, mas finalidade de um ato administrativo. A distinção entre motivo e finalidade é facilmente estabelecida quando o ato administrativo é considerado como uma etapa num processo de causa e efeito. O ato administrativo é efeito, no sentido de ser produzido por certas causas. Mas ele também é causa, uma vez que gera consequências jurídicas. O motivo é a causa do ato administrativo. A finalidade é a consequência por ele visada. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 427).

Dessa forma sanamos a dúvida quanto a diferença entre finalidade e motivo, como elementos do ato administrativo.

Para finalizarmos o tema sobre fim ou finalidade do ato administrativo, podemos traduzir que cada doutrinador tem sua opinião sobre o tema, e que podemos conceituar de a finalidade de forma objetiva, é o que o agente público almeja com a pratica do ato administrativo. De certa maneira que cada ato administrativo que venham a ser praticado depende uma finalidade legal que o acompanhe.

O motivo engloba os pressupostos de fato e de direito, que servem para fundamentar a pratica de certo ato administrativo, todo ato que é praticado por agente da administração pública é resultado de um impulsionamento de certos fatores fáticos e jurídicos, posto isto deve ser rechaçado todo ato que tenha sido realizado sem motivo, em sede de direito público, na ausência de um motivo ou motivo falso deve ser invalidado o ato administrativo. O pressuposto de fato se dá com a ocorrência de um fato previsto na norma, já o pressuposto de direito é a existência da norma legal, podemos dizer que o motivo de direito é a lei nua e crua, enquanto o motivo de fato é a concretização da situação que é prevista em lei.

Maria Sylvia esclarece que não deve ser confundido motivo com motivação, apontou que,

Motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. Para punir, a Administração deve

demonstrar a prática da infração. A motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato, vindo sob a forma de “considerada”; outras vezes, está contida em parecer, laudo, relatório, emitido pelo próprio órgão expedidor do ato ou por outro órgão, técnico ou jurídico, hipótese em que o ato faz remissão a esses atos precedentes. O importante é que o ato possa ter a sua legalidade comprovada. (DI PIETRO, 2019, p. 479).

Sanada a dúvida entre motivação e motivo, podemos passar para analisar como funciona a discricionariedade e a vinculação, e de como o motivo interfere diretamente na produção do ato discricionário e do ato vinculado.

José dos Santos norteou quanto a relação entre o motivo com a discricionariedade e a vinculação, trazendo

Tendo em conta o tipo de situação por força da qual o ato é praticado, classifica-se o motivo em *motivo de direito* e *motivo de fato*. Motivo de direito é a situação de fato eleita pela norma legal como ensejadora da vontade administrativa. Motivo de fato é a própria situação de fato ocorrida no mundo empírico, sem descrição na norma legal. Se a situação de fato já está delineada na norma legal, ao agente nada mais cabe senão praticar o ato tão logo seja ela configurada. Atua ele como executor da lei em virtude do princípio da legalidade que norteia a Administração. Caracterizar-se-á, desse modo, a produção de *ato vinculado* por haver estrita vinculação do agente à lei. Diversa é a hipótese quando a lei não delinea a situação fática, mas, ao contrário, transfere ao agente a verificação de sua ocorrência atendendo a critérios de caráter administrativo (conveniência e oportunidade). Nesse caso é o próprio agente que elege a situação fática geradora da vontade, permitindo, assim, maior liberdade de atuação, embora sem afastamento dos princípios administrativos. Desvinculado o agente de qualquer situação de fato prevista na lei, sua atividade reveste-se de discricionariedade, redundando na prática de *ato discricionário*. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 177)

Nesse trecho, José dos Santos passa a visão de que diferenciamos a vinculação e a discricionariedade com o motivo do ato.

Por fim é importante para exemplificar melhor o motivo como um elemento do ato administrativo, trazer a teoria dos motivos determinantes, segue o pensamento de Helly Lopes,

A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido. (MEIRELLES, 2016, p. 223).

Segundo Medauar, a teoria dos motivos determinantes, são os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato, associando-se diretamente a validade daquele ato e o vinculando ele ao próprio agente público. Resultando na prática que, na inexistência de fatos,

ou no enquadramento errados dos fatos, aos preceitos legais, afetam diretamente a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar (MEDAUAR, 2018).

Maria Sylvia traz a ideia de que a forma tem duas concepções sendo elas,

Encontram-se na doutrina duas concepções da forma como elemento do ato administrativo: Uma concepção **restrita**, que considera forma como a **exteriorização do ato**, ou seja, o modo pelo qual a declaração se exterioriza; nesse sentido, fala-se que o ato pode ter a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução etc.; uma concepção **ampla**, que inclui no conceito de forma, não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato. (DI PIETRO, 2019, p. 473).

É necessário destacar que as duas concepções estão corretas, mas a doutrina predominante prefere o conceito da Forma ampla, como por exemplo Di Pietro e Medauar. A forma como elemento do ato administrativo, se traduz na exteriorização do ato, observando todas as formalidades que devem ser analisadas para formação do ato administrativo.

Ricardo Alexandre e Joao de Deus ressaltam que deve ser observado o princípio da proporcionalidade na forma dos atos exemplificando situações em que devem ter uma flexibilização na forma,

No Direito Privado, a liberdade de forma do ato jurídico é a regra; no Direito Público, a regra é o formalismo moderado. Não há necessidade de que o ato se revista de formas rígidas e solenes, mas que ao menos ele seja escrito. Mesmo tal exigência, contudo, não é absoluta, dado que em alguns casos o agente público pode se manifestar de outro modo, como ocorre nas ordens verbais transmitidas emergencialmente aos subordinados ou no caso do agente de trânsito que transmite orientações para os condutores por meio de gestos e silvos. Também é digno de nota o caso da sinalização de trânsito, em que ordens emitidas por autoridades competentes adotam a forma de figuras constantes de placas (atos administrativos pictóricos) ou de semáforos (atos administrativos eletromecânicos). (ALEXANDRE; DEUS, 2018, p. 627).

Maria Sylvia foi no mesmo sentido,

A obediência à forma não significa, no entanto, que a Administração esteja sujeita a formas rígidas e sacramentais; o que se exige, a rigor, é que seja adotada, como **regra**, a forma escrita, para que tudo fique documentado e passível de verificação a todo momento; a não ser que a lei preveja expressamente determinada forma (como decreto, resolução, portaria etc.), a Administração pode praticar o ato pela forma que lhe parecer mais adequada.

Devemos sempre ter cautela, ao analisarmos a forma como elemento do ato administrativo, para não anularmos um ato, por uma simples inobservância de aspectos formais.

A extinção que pode ser chamada também de desfazimento, ocorre com a retirada do ato administrativa do ordenamento jurídico, se traduz com a extinção da relação jurídica que derivava do ato administrativo, dessa forma os efeitos jurídicos decorrentes do ato deixam imediatamente de existir.

Celso Bandeira Tronco trouxe as formas de extinção que segundo ele são essas,

Um ato administrativo extingue-se por: cumprimento de seus efeitos, o que pode suceder pelas seguintes razões: esgotamento do conteúdo jurídico; por exemplo, o gozo de férias de um funcionário; execução material; por exemplo, a ordem, executada, de demolição de uma casa; implemento de condição resolutiva ou termo final; desaparecimento do sujeito ou do objeto; **retirada**, que abrange: **revogação**, em que a retirada se dá por razões de oportunidade e conveniência; **invalidação**, por razões de ilegalidade; **cassação**, em que a retirada se dá “porque o destinatário descumpriu condições que deveriam permanecer atendidas a fim de poder continuar desfrutando da situação jurídica”; o autor cita o exemplo de cassação de licença para funcionamento de hotel por haver se convertido em casa de tolerância; **caducidade**, em que a retirada se deu “porque sobreveio norma jurídica que tornou inadmissível a situação antes permitida pelo direito e outorgada pelo ato precedente”; o exemplo dado é a caducidade de permissão para explorar parque de diversões em local que, em face da nova lei de zoneamento, tornou-se incompatível com aquele tipo de uso; e) **contraposição**, em que a retirada se dá “porque foi emitido ato com fundamento em competência diversa que gerou o ato anterior, mas cujos efeitos são contrapostos aos daqueles”; é o caso da exoneração de funcionário, que tem efeitos contrapostos ao da nomeação. IV- Renúncia, pela qual se extinguem os efeitos do ato porque o próprio beneficiário abriu mão de uma vantagem de que desfrutava. (MELLO, 2010, p. 447).

Existe várias formas de extinção do ato, como foi descrito acima, mas só iremos tratar da Anulação e da Revogação nessa pesquisa, que são as principais formas de extinção.

Anulação ou desfazimento, depende de como optam por chamar, consiste no desfazimento do ato administrativo, por razões de ilegalidade, que pode ser efetuada tanto pelo Poder que produziu o Ato ou também pode ser determinada pelo Poder Judiciário. Em termos práticos a Anulação pode ser definida como um controle de legalidade, quando vem a violar a lei ou de legitimidade quando viola princípios expressos em nosso ordenamento jurídico.



Antigamente acontecia em alguns julgados, uma discrepância quanto a diferença entre Anulação e Revogação, o STF resolveu essa questão com uma súmula nº 473:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (BRASIL, 1969).

Vale mencionar outra sumula bastante importante para a Anulação do Ato Administrativo que é a súmula nº 376: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. (BRASIL, 1963).

É notório o instituto da autotutela, quando a própria administração pública anula o ato administrativo, que tem vício. Fica consagrado ainda mais com as sumulas do STF a importância da autotutela. O poder judiciário também pode vir a anular os atos administrativos que contem vício, desde que seja provocado, diferentemente da administração pública.

Quanto ao caráter vinculatório ou discricionário da anulação do ato administrativo, Maria Sylvia esclarece,

O aspecto que se discute é quanto ao caráter **vinculado** ou **discricionário** da anulação. Indaga-se: diante de uma ilegalidade, a Administração está **obrigada** a anular o ato ou tem apenas a **faculdade** de fazê-lo? Há opiniões nos dois sentidos. Os que defendem o **dever** de anular apegam-se ao princípio da legalidade; os que defendem a **faculdade** de anular invocam o princípio da predominância do interesse público sobre o particular. Para nós, a Administração tem, em regra, o **dever** de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. No entanto, poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão. Também têm aplicação os princípios da segurança jurídica nos aspectos objetivo (estabilidade das relações jurídicas) e subjetivo (proteção à confiança) e da boa-fé. (DI PIETRO, 2019, 523).

Diferente da Revogação que só incide em atos discricionários como iremos mostrar abaixo, a anulação pode atingir tanto atos vinculados como discricionários.

Quanto ao Prazo para anulação do ato Medauar assinalou,

Em matéria de anulação, também aflora o problema do *prazo* de que dispõe o Poder Público para anular seus atos. No direito pátrio, por muito tempo prevaleceu o entendimento no sentido da possibilidade de anular ato administrativo ilegal em qualquer época. Hoje se encontram leis que fixam limites temporais ao poder de anular, em virtude, sobretudo, do princípio da segurança jurídica. Por exemplo: a Lei nº 9.784, de 29.1.1999 – processo administrativo federal –, no art. 54, fixa o prazo de cinco anos, contados da data em que foram praticados, para a Administração anular atos administrativos que produziram efeitos favoráveis aos destinatários, salvo comprovada má-fé; a Lei Paulista nº 10.177, de 30.12.1998, art. 10, I, prevê o prazo de dez anos, contados da sua produção, para a anulação de atos válidos. É possível, ainda, que o longo fluir do tempo sacramente efeitos, gerando situações consolidadas; em tais casos, vários preceitos jurídicos podem respaldar a

manutenção do ato, a ser decidida caso a caso, ante as circunstâncias que envolvem cada um: segurança e certeza das relações jurídicas, boa-fé de terceiros, ausência de dolo do interessado.

Ricardo Alexandre e João de Deus fizeram as seguintes considerações,

Defendemos a **aplicabilidade do prazo quinquenal previsto no art. 1º do Decreto 20.910/1932 aos casos em que o particular pleiteia a anulação de ato administrativo que lhe é desfavorável**. Recordemos, por oportuno, que tal solução em regra não será aplicável quando houver outra norma legal estabelecendo solução diferente, como nos citados exemplos relativos à revisão dos processos administrativos federais de que resultaram punições a servidores e administrados em geral (casos em que a providência pode ser adotada a qualquer tempo, desde que em benefício do punido). Já no caso de ato benéfico ao particular que agiu de **má-fé**, como obviamente a anulação não será pleiteada pelo beneficiário, não nos parece possível a adoção da mesma regra. É que o art. 1º do Decreto 20.910/1932 é aplicável aos casos de exercício de direitos e ações pelo **particular contra a Fazenda Pública**, enquanto a anulação pretendida decorrerá de providência da **Fazenda Pública contra o particular**. Por conseguinte, diante da inexistência de norma expressa a tratar da matéria, entendemos como cabível a invocação do **prazo geral de dez anos** previsto no art. 205 do Código Civil. (ALEXANDRE; DEUS, 2018, p.696)

O prazo é motivo de divergência na doutrina, a lei não assegura um prazo fixo para a anulação do ato, alguns doutrinadores afirma ser 5 anos, outros 10 anos.

A revogação é uma ferramenta jurídica pela qual a administração pública, remove um ato administrativo por razões de conveniência e oportunidade. A própria revogação é um ato administrativo discricionário, diferentemente da anulação que pode ser feita pelo poder judiciário e pela administração, a revogação é privativa da administração pública.

Maria Sylvia pontuou acerca dos efeitos da revogação, “ como a revogação atinge um ato que foi editado em conformidade com a lei, ela não retroage; os seus efeitos se produzem a partir da própria revogação; são feitos *ex nunc* (a partir de agora). Quer dizer que a revogação respeita os efeitos já produzidos pelo ato, precisamente pelo fato de ser este válido perante o direito ” (DI PIETRO, 2019, p. 541).

José dos Santos demonstrou que,

Para bem entender os efeitos do ato revogador, é preciso ter em mente que sua incidência abrange os atos *válidos*, atos que, a despeito disso, precisam ser retirados do universo jurídico. A hipótese de conter o ato vícios de legalidade leva não à revogação, mas à invalidação ou anulação, como visto anteriormente. Ora, se o ato revogado tinha validade, o ato de revogação só pode produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir de sua vigência, de modo que os efeitos produzidos pelo ato revogado

devem ser inteiramente respeitados. Atua para o futuro, “*mantendo intangidos os efeitos passados e produzidos do ato revogado*”, como corretamente averba estudioso sobre o assunto. Nesse ponto, é mister destacar que o ato revogado, apesar de não mais se situar na esfera de interesse da Administração, era desprovido de vícios, ou seja, tratava-se de ato legal. Ora, o ato jurídico perfeito não pode ser atingido pela lei nova, garantido que está pelo princípio da irretroatividade das leis.<sup>215</sup> Se está a salvo da própria lei, com muito maior razão o estará de atos administrativos supervenientes. De tudo ressaí a conclusão de que os efeitos do ato revogado não podem ser atingidos pelo ato revogador. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 227).

Os efeitos da revogação são “*ex nunc*” e o seu prazo não é especificado em lei, mas tem um certo limite material.

### 3 ATOS VINCULADOS OU DISCRICIONARIOS? A NOMEAÇÃO PARA CARGOS EM COMISSÃO

Neste presente capítulo, iremos tratar sobre a diferenças e peculiaridades dos atos administrativos vinculados e discricionários, fazendo uma comparação entre eles. Em outro momento trataremos aspectos sobre os cargos de livre nomeação, analisando sua utilização na atual política brasileira.

#### 3.1 Atos Vinculados x Discricionários

Atos vinculados e Atos discricionários, são sem sombra de dúvidas a maior distinção que se faz entre os atos administrativos, Atos vinculados são aqueles que a administração pratica sem margem de liberdade, devido a previsão legal que determina como deverá ser praticado o ato conforme o que está disposto na Lei. Nos Atos vinculados não cabe ao agente público analisar questões de oportunidade ou conveniência, para a formação daquele ato, vez que está previsto na Lei como deve ser feito, quando atendida a disposições legais, o ato deve ser praticado indubitavelmente.

Os Atos discricionários são aqueles que a administração pública, quando os pratica dispõe de certa liberdade, sempre observando os limites legais e os termos da lei, respeitando o seu conteúdo, modo de realização, observando sua conveniência e oportunidade, essa é definição pratica do ato discricionário. Helly Lopes sinalizou como “ Atos discricionários - Atos discricionários são os que a Administração autorizada pela lei, pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização” (MEIRELLES, 2016, p. 192).

Odete Medauar, apontou no sentido de que o ato discricionário,

Assim, *atos administrativos discricionários* são aqueles resultantes de alguma escolha efetuada pela autoridade administrativa. A escolha pode implicar o ato de editar ou de não editar, esse ou aquele conteúdo, o momento de editar, por exemplo. Evidente que a margem de escolha não significa liberdade absoluta (v. item 6.5 do Capítulo 6 – Poder discricionário); o próprio conteúdo tem de ser consentido pelas normas do ordenamento; a autoridade deve ter competência para editar; o fim deve ser o interesse público. Exemplo: a nomeação para o cargo de Ministro de Estado, da competência exclusiva do Presidente da República, é ato discricionário, pois a própria lei possibilita a escolha livre do Presidente quanto à pessoa que ocupará o cargo. (MEDAUAR, 2018, p. 145).

No ato vinculado o agente está restrito a lei, no discricionário ele é dotado de uma liberdade de escolha, quanto o motivo e a escolha de objeto do ato, seguindo sempre os critérios de conveniência e oportunidade visando sempre atender os interesses da administração. Odete Medauar ressaltou os atos vinculados como: “ Atos administrativos vinculados são aqueles editados sem margem de escolha, pois a legislação já predetermina o seu teor, se atendidas as especificações aí fixadas” (MEDAUAR, 2018, p. 145).

Já Helly Lopes conceitua brilhantemente os atos vinculados como,

Atos vinculados -Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tomando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado. (MEIRELLES, 2016, p. 191).

Celso Antônio Bandeira de Mello nos trouxe um exemplo quanto a diferença entre eles,

A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar. (MELLO, 2009, p.431).

Como foi dito acima, a diferença principal entre os dois, se caracteriza basicamente a liberdade que o agente tem no ato discricionário, coisa que no vinculado ele não tem está obrigado a seguir o texto legal.

Ricardo Alexandre e João de Deus citaram alguns exemplos de atos que são dotados de discricionariedade,

Atos discricionários são aqueles em que a Administração tem certa margem de liberdade para, de acordo com critérios subjetivos de conveniência e oportunidade, decidir quando e como o ato será praticado, definindo seu conteúdo, seus destinatários, seus motivos e o modo de sua prática. Em outros termos, a discricionariedade do ato administrativo decorre da possibilidade legal de a administração pública escolher entre mais de um comportamento, desde que avaliados os aspectos de conveniência e oportunidade da medida, a exemplo: a) da **autorização para uso de bem público**; b) do **decreto de utilidade pública para fins de desapropriação**; c) do ato de **ratificação de dispensa de licitação**; d) da **nomeação para cargo de provimento em comissão**. (ALEXANDRE; DEUS, 2018, p. 657).

Marçal Justen fez uma excelente consideração acerca dos conceitos de atos vinculados e discricionários, afirmando que a doutrina moderna, não conceitua mais separadamente atos vinculados e discricionários porque:

Por isso, a doutrina não mais usa as expressões ato vinculado e ato discricionário. Alguns aspectos de cada ato são vinculados ou discricionários; Não o ato propriamente dito. É absolutamente rara a hipótese em que caiba produzir um ato que possa ser instrumento de competência isoladamente discricionária ou vinculada. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 258).

Para falarmos com propriedade sobre a diferença entre atos vinculados e discricionários precisamos estruturar a discricionariedade administrativa, e demonstrar como esse conceito foi mudando ao longo do tempo.

### 3.2 Discricionariedade administrativa

Maria Sylvia, fez a seguinte ponderação quanto a discricionariedade administrativa, quando é utilizada na administração pública,

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. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser **arbitrária**, ou seja, contrária à lei. Pode-se, pois, concluir que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva. E a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito. (DI PIETRO, 2018, p. 481).

Celso de Mello, conceituou dessa forma a discricionariedade,

Discricionariedade e a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a um de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada a satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se

possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 2016, p. 973).

Gustavo Binembojm, traz no seu livro de teoria administrativa, trouxe a seguinte análise,

Não obstante, de maneira até certo ponto contraditória à preconizada parametrização jurídica da discricionariedade administrativa, constata-se um incremento quantitativo (número de atos) e qualitativo (diversidade de atos) das atividades administrativas não vinculadas expressamente à lei, em decorrência da assunção crescente de papéis econômicos e sociais pelo Estado. De fato, a despeito da necessidade de balizamento jurídico da discricionariedade, esta continuava a ser considerada imprescindível "para habilitar a Administração Pública a agir com mais eficiência na organização dos serviços públicos e no atendimento das múltiplas demandas e reivindicações das sociedades industrializadas ". (BINENBOJM, 2014, p. 208).

Nota-se que com o crescimento do estado democrático de direito, foi se cada vez mais utilizando o controle jurídico da discricionariedade, diferente da época em que surgiu o direito administrativo e o controle era completamente rechaçado, o poder discricionário consiste justamente na liberdade de apreciação, mas sempre tendo vista o interesse público.

O judiciário brasileiro atualmente vem exercendo, papel importante nas políticas públicas, fazendo controle de certos atos, mesmo que discricionários, a mais alta corte do país em nenhum momento se imiscui de controlar certo tipos de atos, chegando até certas vezes a extrapolar sua competência. No último capítulo iremos adentrar mais no mérito dessa questão.

### 3.3 Nomeação para cargos em comissão

Neste presente tópico, iremos tratar sobre os cargos comissivos por nomeação, a pesquisa trará alguns dados históricos dos cargos comissionados, fazendo um breve caminho de como eles surgiram, como estão previstos na nossa legislação, os impactos ocasionados por essas nomeações e por fim trará como funciona a possibilidade de controle jurisdicional dessas nomeações e de como ela impacta diretamente nas políticas públicas do país.

#### 3.3.1 Origem dos cargos comissionados

Os cargos comissionados no Brasil surgiram há bastante tempo, iremos demonstrar como a herança histórica nos afetas até nos dias atuais, dentro deste tema, o sistema de cargos comissionados teve origem no Brasil-colônia devido ao sistema de capitânicas hereditárias, que permitia aos portugueses donos de terras, que eram denominados de donatários, tivessem

poderes, que eram dados pela própria coroa portuguesa, afim de nomear pessoas diretamente ligadas ao seu interesse, para exercer funções públicas no Brasil. (FERREIRA, 2014).

Tendo sido fracassado o sistema de capitânias hereditárias, devido à dificuldade em trazer portugueses para vir morar no Brasil colonial, e com a intenção de centralizar o poder, surge dessa forma o Governo-geral, devido a independência das capitânias hereditárias que não possuíam ligação alguma, porque cada uma tinha suas características, e por isso sistema de capitânias fracassou, com esse sistema de Governo-geral, os titulares nomeados de mesma forma escolhiam, ao seu livre dispor, os indivíduos que iriam exercer as funções públicas.

As nomeações cresceram abruptamente com a vinda da coroa portuguesa no Brasil no período de 1808, porque com a instalação da coroa portuguesa deu-se a necessidade, de criação de várias repartições, tribunais, policiamentos, bancos, ou seja, toda uma estrutura de administração pública.

Após a independência em 1822, teve outro considerável aumento na estrutura, porque a partir daquele momento o Brasil se tornava um país independente e precisaria de todo o aparato de governo.

Com a constituinte de 1824 que resolvia sobre o preenchimento de cargos públicos por qualquer cidadão, mas não detinha regras para seleção e provimento, provavelmente por influência do Poder Moderador que existia na época, e que dava garantia a autonomia de ação ao imperador, não devendo ser diferente para a investidura em cargos públicos.

Diante da necessidade de concurso público e as garantias do cargo foram previstas pela primeira vez na Constituição Brasileira de 1934 e perduram até hoje, com exceção do período ditatorial que, apesar de ainda prever a necessidade de concurso público para o acesso aos cargos no governo, mas descuidou da sociedade alguns tipos de garantia ou direito fundamental. (FERREIRA, 2014).

A constituição de 1988, manteve como obrigatória, o concurso público para investidura em cargos públicos, ressalvados a nomeação para cargos em lei de livre nomeação causando uma exceção à regra. No seu art. 37 inciso V a Constituinte estabelece as exceções:

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (BRASIL, 1988).

### 3.3.2 os cargos comissionados na legislação



A constituinte de 1988, prevê em seu artigo 37 e incisos I e II, algumas regras pertinentes a criação dos cargos comissionados, a constituinte de 88 foi promulgada logo após o regime militar, na tentativa de sanar alguns erros, sendo um deles a possibilidade devido a brecha na constituinte anterior que dava margem para a criação de cargos públicos por lei, sem a necessidade de concurso público, a legislação atual nessa tentativa apontou como obrigatório o concurso público para a investidura em todos os cargos e empregos públicos. Tendo como a única exceção os cargos em comissão.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que,

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

V - As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (BRASIL, 1988).

O texto legal, traz algumas limitações para o provimento de cargos comissionados, visto que estes em tese só podem se destinar a função de direção, chefia e assessoramento. Portanto não é lícito a criação de cargos de confiança sobre atividade puramente administrativa, em funções que em condições normais, não é necessário a confiança entre o nomeante e o nomeado.

É importante trazer uma previsão, referente a nomeação de cargos comissionados que atinge qualquer autoridade com poder nomeante, há impedimento de se nomear pessoas da constituição familiar, o famoso nepotismo, porque entendesse que é impossível se manter imparcial diante de familiares. A súmula vinculante nº 13 dispõe que,

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. (BRASIL, 2008).

Está Súmula, terminou se tornando ineficiente, sob a ótica de alguns doutrinadores à sumula negligenciou alguns aspectos, que são bastantes importantes e que foram deixados de lado e não foram analisados por essa sumula, não devendo levar em conta apenas a situação familiar.

Podemos considerar que a autoridade nomeante, é dotada discricionariedade diante da nomeação de um indivíduo para cargo comissionado, entende-se como um ato discricionário a nomeação porque:

Por atos discricionários ou atos praticados no exercício de competência discricionária, entendem-se aqueles que não possuem definição quanto ao comportamento a ser adotado, deixando ao administrador público certa margem de liberdade para decidir. A subjetividade no caso é o que se chama de juízo sobre a oportunidade e a conveniência da administração pública na prática do ato. Tais atributos são também denominados de mérito administrativo. (ASSIS, 2014, p. 295).

Partindo dessa observação, conferimos que a discricionariedade que foi concedida ao administrador público, não ocorre de forma absoluta. Deve sempre se respeitar normas constitucionais.

Resta esclarecido que o ato de provimento de cargos em comissão, insere-se diretamente no conceito de atos discricionário, porque os cargos desta natureza são declarados por lei, de livre nomeação e exoneração a qualquer tempo, pela autoridade administrativa competente, como foi explicado acima os cargos de provimento em comissão são próprios de chefia, direção ou comando de alguns órgãos, que necessita diretamente de uma relação de confiança entre a autoridade nomeante e o nomeado.

Nesta pesquisa iremos investigar a possibilidade do controle judicial desses atos discricionários, com ênfase justamente nas nomeações dos cargos comissionados, no ultimo capítulo apontaremos o limite desse controle e até que ponto ele influência na política pública do país.

#### **4 CONTROLE JURISDICIONAL DA NOMEAÇÃO PARA CARGOS EM COMISSÃO: MANDADO DE SEGURANÇA 37.097 DO STF**

Neste último capítulo iremos trazer, uma decisão do Ministro Alexandre de Moraes, a qual tenha sido a suspensão da nomeação do Diretor-geral da Polícia Federal Alexandre Ramagem. No presente caso o Ilustríssimo Ministro Alexandre de Moraes, concedeu liminarmente um mandado de segurança coletivo impetrado pelo partido Democrático Trabalhista (PDT), contra o Presidente da república, com a intenção de suspender o Decreto de nomeação de Alexandre Ramagem que iria exercer o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal, alegando que teria ocorrido uma ilegalidade na edição do decreto de nomeação. Essa decisão foi escolhida pois teve uma grande repercussão na época que foi concedida a liminar, foi motivo de vários comentários e discussões jurídicas acerca do tema do controle judicial. Nesta pesquisa iremos discutir o aspecto pratico da interferência do Poder Judiciário na Administração Pública, analisar os fundamentos da Decisão, os impactos dessa decisão, a discussão jurídica que teve acerca desse tema, e pôr fim a pesquisa demonstrará qual a sua conclusão com o presente caso.

##### **4.1 principais pontos da decisão**

A primeira discussão nesse caso é se o partido político teria legitimidade, para impetrar um mandado de segurança coletivo, Alexandre Moraes deixou claro na sua decisão, de que sempre defendeu que os partidos políticos teriam, legitimidade para utilizar o mandado de segurança coletivo, desde que esses partidos tivessem representação política no Congresso Nacional, devendo sempre proteger os interesses coletivos ou difusos que são ligados à sociedade, independentemente de ter vinculação com interesse de seus afiliados, hipótese que acontece no presente caso, pois o PDT é um partido de oposição ao atual governo. Outro ponto importante é a interpretação da lei n. 12.016/2019 no seu art. 21 que traz,

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante. (BRASIL, 2009).

Moraes ressaltou que, a interpretação da lei deve ser no sentido de se excluir a restrição ao objeto do mandado de segurança coletivo, que é ajuizado por partidos políticos tão somente a defesa de seus interesses legítimos, relativos a seus integrantes ou a finalidade partidária. Destacou que no ponto de vista dele, o poder emana do povo que é representando justamente pelos eleitos partidários. Ressaltou que a razão da existência dos partidos políticos é a própria subsistência do estado democrático de direito, e a preservação dos direitos e garantias fundamentais, cercear essa legitimação apenas para o interesse do partido ou dos seus filiados, é retirar dos partidos políticos a característica essencialidade em um estado democrático de direito, transformando assim o partido em uma mera associação privada. Para encerrar Moraes pontou que,

Reafirmo que, supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência dos princípios que regem a República, entre eles, a cidadania e o pluralismo político como seus fundamentos basilares, obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos direitos humanos, inclusive aos direitos políticos, mas também eleger, em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhes garanta a maior e mais ampla proteção; e, conseqüentemente, exigem a inconstitucionalidade, com a respectiva declaração de nulidade parcial, do caput do artigo 21 da Lei 12.016/09, no sentido de se excluir a restrição ao objeto do mandado de segurança coletivo ajuizado por partidos políticos tão somente à defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária. O partido requerente, portanto, possui plena legitimidade ativa para a propositura do presente mandado de segurança coletivo. (BRASIL, 2020).

Superada essa questão, iremos analisar a competência do Presidente da República para edição desse decreto de nomeação, o Presidente da República é força motriz na condução do estado em regimes presidencialistas que é o caso do Brasil, acumulando chefia de Governo e de Estado, sendo competente a ele a chefia da administração pública federal e a livre nomeação de ministros, secretários e funcionários de confiança.

A constituição assegura no seu **Art. 84.** “ Compete privativamente ao Presidente da República: e XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei” (BRASIL, 1988). A lei federal nº 9.266 no seu art. 2º - C estabelece a vinculação de que o cargo de diretor geral da policial federal deverá pertencer à: O cargo de Diretor-Geral, nomeado pelo Presidente da República, é privativo de delegado de Polícia Federal **integrante da classe especial.** (BRASIL,1996). É notório que o decreto de nomeação, mesmo sendo um

ato discricionário do Presidente da República, está vinculado a um texto legal, já limitando dessa forma o poder escolha.

A Constituição Federal de 1988, trouxe a constitucionalização de alguns princípios e condições básicas da Administração Pública, gerando assim após essa constituinte um alargamento na função jurisdicional em relação aos atos administrativos discricionários, deixando a possibilidade de uma revisão judicial, a grande discussão seria em definir os limites desse controle.

Mesmo assim não cabe ao judiciário querer moldar subjetivamente a Administração Pública, porém é permitido ao judiciário intervir, quando o executivo venha a querer moldar a Administração Pública ao seu bel prazer desrespeitando o interesse público, a função do judiciário é impedir justamente os atos incompatíveis com a ordem constitucional.

Maria Sylvia ressaltou que o controle de atos discricionários

Com relação aos **atos discricionários**, o controle judicial é possível **mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei**. Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a **opção legítima** feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto. (DI PIETRO, 2019, p. 493).

Nas nomeações para os cargos públicos, devemos observar os princípios constitucionais, o da legalidade, impessoalidade, moralidade e por fim o interesse público.

Vale ressaltar que o princípio da impessoalidade, atua próximo ao campo da legalidade e igualdade, e comumente é chamado princípio da finalidade administrativa, que reivindica do administrador público, a prática do ato administrativo somente visando o seu fim legal, de forma que seja impessoal, essa prática do ato. Esse princípio da impessoalidade está completamente ligado com o princípio da supremacia ou preponderância do interesse público, também chamado de finalidade pública, que consiste no direcionamento de serviços e atividades públicos que servem o bem comum.

O princípio da moralidade administrativa, pontua que não basta ao administrador público, o cumprimento da estrita legalidade, precisa o administrador no desempenho da sua função pública, respeitar os princípios da razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, pressuposto de validade do ato na administração pública.

Falando em controle jurisdicional, o Poder Judiciário exercendo controle, não deve se restringir somente ao exame da legalidade do ato administrativo, ficando subentendido que legalidade ou legitimidade não é só a consonância do ato com a lei, como deve também observar a moral administrativa, o interesse coletivo, devendo ser fiel ao equilíbrio e a ética das instituições. Lembrando que,

A obrigatoriedade de respeito ao princípio da moralidade por toda a Administração Pública foi consagrada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, como bem destacado pelo Ministro MARCO AURELIO, ao lembrar que: “O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de Cesar” (RE 160.381/SP, SEGUNDA TURMA, DJ de 12/8/1994). (BRASIL, 2020 apud Brasil, 1994).

Portanto deve o poder judiciário, fazer uma minuciosa análise com exatidão acerca do exercício da discricionariedade administrativa, juntamente com os princípios da administração pública, verificando a realidade dos fatos e a coerência lógica do presente ato administrativo com os fatos. Faltando coerência lógica do ato administrativo, o mesmo está viciado, infringindo assim o ordenamento jurídico e além do mais extravasará os limites razoáveis da discricionariedade administrativa.

A Constituição Federal permite a apreciação dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, quando a Autoridade nomeante buscar atingir um fim diferente, daquele previsto em lei, ou seja, quando indevidamente a autoridade se beneficia dos critérios de oportunidade e conveniência, previsto na discricionariedade administrativa, o agente se desvia da finalidade, deixando de lado o interesse público.

Na questão dos atos discricionários, a opção conveniente e oportuna deve ser feita legal e moral e de forma impessoal pela Administração Pública, ou seja, é na legalidade, moralidade e na impessoalidade que a oportunidade deve ser apreciada pelo poder judiciário. (BRASIL, 2020).

Deve existir um controle judicial mínimo, sob a ótica dos elementos, pois embora haja competência do agente público, é necessário, ainda, que os motivos sejam legítimos e correspondam aos fatos e fundamentos jurídicos do ato, e o fim que seja atingido, tenha sido constitucional e legal.

O Estado Democrático de Direito necessita de vinculação das autoridades ao Direito, e, portanto, as escolhas e nomeações que são realizadas pelo Presidente da República devem respeito aos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, podendo, excepcionalmente nesse aspecto, cabe ao Poder Judiciário analisar a veracidade dos pressupostos fáticos para a sua celebração (*motivo*). (BRASIL, 2020).

O controle jurisdicional do ato administrativo discricionário, caracterizado por desvio de poder em pratica de competências de administrativa, deve ser feito, principalmente quando entra em confronto com os princípios constitucionais da administração pública que foram acima demonstrados, que são obrigatórios ao Presidente da República.

Na sua decisão Alexandre de Moraes afirma que, é dever do Supremo Tribunal Federal, analisar se determinada nomeação em exercício do poder discricionário do chefe do executivo, está vinculada a constituição, pois a opção oportuna e conveniente para edição de ato administrativo presidencial, deverá ser feita legal, moral e impessoalmente pelo Presidente da República, devendo sua constitucionalidade ser apreciada pelo Poder Judiciário.

Mesmo estando em fase de cognição inicial, os fatos que foram trazidos pelo Partido na inicial, o Ministro enxergou a possibilidade do direito alegado, pois apresentava-se viável a ocorrência do desvio de finalidade no decreto de nomeação do diretor geral da polícia federal, praticado pelo Presidente da República, pois restou claro na visão do Ministro à inobservância aos princípios constitucionais da impessoalidade, do interesse público e da moralidade.

Os fatos carregados e devidamente trazidos na inicial impetrada pelo Partido Democrático dos Trabalhista, foram coletados de uma entrevista do na época então Ministro da Justiça e Segurança Pública e ex juiz Federal Sergio Moro, que afirmou que o Presidente da República teria lhe informado da nomeação do delegado federal Alexandre Ramagem para cargo de direção na Policia Federal, para que pudesse ter uma “ interferência política” na Policia Federal, com o interesse de ter uma pessoa ligada diretamente ao Presidente, que ele pudesse entrar em contato com esse diretor e colher informações e detalhe do que ocorriam na instituição.

As alegações de Sergio Moro, foram prontamente confirmadas pelo Presidente da República, em outra entrevista coletiva, e o mesmo afirmou que não tinha nenhuma informação sobre o que ocorria na Policia Federal, e que necessitava de todo dia ter um relatório acerca do que aconteceu na instituição e em especial nas ultimas vinte e quatro horas, para assim poder decidir o futuro da nação.

Como consequência das declarações do ex-Ministro Sergio Moro e do Presidente da República, foi requerido a instauração de um inquérito, para apurar possíveis infrações penais cometidas pelos mesmos, posteriormente as declarações dadas em entrevista pelos Ministro e Presidente, Alexandre de Moraes trouxe na decisão uma matéria do Jornal Nacional, produzido pela Rede Globo, onde demonstrava uma conversa de aplicativo “ WhatsApp”, justamente entre Sergio Moro (na época Ministro da Justiça) e Jair Bolsonaro (Presidente da República), os prints da conversa mostravam um diálogo em que o Presidente mostrava

indignação com um inquérito que ocorria no Supremo Tribunal Federal, e mostrava ali um motivo para a troca de comando da Polícia Federal, no mesmo dia houve o vazamento de outra conversa referente ao mesmo assunto, dessa vez entre Deputada Federal Carla Zambelli e o ex-ministro Sergio Moro em que ele faz um pedido para ele que aceite a nomeação do delegado Federal Alexandre Ramagem, para Diretor-geral da Polícia Federal, se comprometendo em ajudar o ex-ministro a se tornar ministro do Supremo Tribunal Federal.

Após o ocorrido o Decano do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello atendeu o pedido do PGR (Procurador-Geral da República) Augusto Aras, e dessa forma determinou a abertura do inquérito contra os indivíduos, alegando que a Polícia Federal, não deveria ser um órgão de inteligência da Presidência da República, começando assim uma investigação penal com base nos fatos que foram noticiados e expostos na mídia e trazidos pelos autores.

Depois desses pontos que foram elencados pelo Ministro Alexandre Moraes, ele deferiu a medida liminar, impetrado pelo PDT suspendendo dessa forma a eficácia do Decreto de Nomeação e Posse do Delegado Federal Alexandre Ramagem Rodrigues, para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal.

#### 4.2 O Mandado de Segurança a Luz da Discussão sobre o Controle Jurisdicional

Como foi dito acima, no presente caso o ilustríssimo Ministro Alexandre de Moraes concedeu a Liminar, impetrado por Partido Político, suspendendo dessa forma a nomeação do Diretor-Geral da Polícia Federal, iremos analisar e fazer ponderações acerca dessa Decisão.

A primeira questão acerca da Decisão é formal, é no mínimo discutível a aceitação do instrumento que foi utilizado para barrar a nomeação do Diretor-Geral, o uso de Mandado de segurança coletivo pelos partidos políticos para a proteção de direitos difusos é bastante questionável. Isto se dá porque o art. 21 da Lei nº 12.016/2009, em consonância razoável com o art. 5º, LXX, da Constituição, somente atribui a partido político a legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo para a proteção de direitos coletivos e individuais homogêneos. Conforme demonstraremos abaixo:

Constituição de 1988, art. 5º, LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; (BRASIL, 1988).

Lei nº 12.016/2009, art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em



funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante. (BRASIL, 2009)

É notório que a Constituição Federal não limita a legitimidade dos partidos políticos, para impetrar mandados de segurança coletivo, na tutela de interesses ou direitos dos seus afiliados. Já a Lei nº 12.016/2009 adotou limites razoáveis e compatíveis com a Constituição, quanto ao cabimento do mandado de segurança coletivo. Restringindo essa modalidade de ação para tutela apenas para direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, tentando evitar dessa forma que o mandado de segurança seja instrumentalizado pelos partidos políticos, transformando o mandado de segurança em um indesejável veículo de judicialização recorrente e excessiva de questões governamentais e parlamentares, sendo essas facilmente enquadradas como direito difusos da sociedade brasileira e atrelada as finalidades dos partidos políticos.

A interferência demasiada do Poder Judiciário na política, ainda que tenha sido provocada por partidos políticos, acarreta prejuízos à separação dos poderes e, até em certos momentos prejudica o estado democrático de direito. Causando na política interna e externa uma sensação de insegurança, fica difícil saber como o judiciário se pronunciara frente a atos praticados pelo Executivo e pelo Legislativo, principalmente nos atos discricionários como são os de nomeação.

Outro Ponto que vale ser discutido nessa Decisão, ainda é referente ao Mandado de Segurança, o PDT impetrou o Mandado alegando desvio de poder. Mas é importante ressaltar que o Mandado de Segurança, não suporta a dilação probatória, dessa forma não possibilita a discussão dos fatos, a produção de provas, e o contraditório. É necessário para discutir o desvio de poder, compreender a controvérsias dos fatos, abrir um debate sobre uma eventual profusão de indícios e trazer os que foram suprimidos, eventualmente pela outra parte. Um simples mandado de segurança não comporta tal ação, é um instrumento que foi criado para intervir e suspender atos políticos, de competência da Administração Pública. É necessário que o Mandado de Segurança seja impetrado com provas necessárias a demonstração das circunstâncias dos fatos embasadoras da controvérsia. Restra claro que o Mandado de

Segurança necessita de comprovação de plano do quanto alegado, mediante provas pré-constituídas. Não se admite de forma alguma, dilação probatória incidental nessa via processual.

Uma Decisão dessa traz um efeito político preocupante, pois a Decisão se baseia em Matérias trazidas por Jornais e na fala do ex-Ministro Sergio Moro como pontou Lenio: “ o argumento de que a nomeação seria instrumento para intervenção em investigação é mera suspeita levantada pela fala de Moro, que tem tanta importância quanto a de qualquer outra pessoa. Necessita provas” (STRECK, 2020). A decisão do Ministro Alexandre de Moraes admite os prints de “WhatsApp” e as Declarações do ex-Ministro, como fatos incontroversos.

Na verdade, a decisão sofre é deficiência probatória, pois é baseada em matérias veiculadas por jornais, conversas vazadas de aplicativos de mensagens e de entrevistas dadas pelo ex-Ministro, o papel da mídia é importante no cenário nacional, mas a competência para produzir provas e julgar é do judiciário.

Vale ressaltar, sobre a competência que o Presidente tinha para edição do Decreto de Nomeação, a o decreto nº 73.332 estabelece que no seu Art. 1º que: “Ao Departamento de Polícia Federal (DPF), com sede no Distrito Federal, diretamente subordinado ao Ministério da Justiça e dirigido por um Diretor-Geral, nomeado em comissão e da livre escolha do Presidente da República” (BRASIL, 1973). A única vinculação desse ato administrativo praticado pelo Presidente seria do nomeado ser delegado federal de classe especial.

Lenio Luiz e Pedro Estavam trouxeram em seu artigo nesse sentido da competência:

A única exigência a priori imposta para a nomeação de Alexandre Ramagem foi atendida pelo governo: ser delegado federal de classe especial. O elemento de confiança do cargo dá caráter político à escolha. Ao suspender a indicação, o Judiciário estabeleceu um julgamento moral a priori, acolhendo como verdade suspeitas difundidas por uma das partes do conflito de versões midiáticas e interpretações de declarações do Presidente a imprensa e negando-se a produzir provas objetivas e submetidas ao contraditório do desvio de poder. E não podemos, como "espalha-rodas" democratas que somos, legitimar uma decisão ativista por concordar com a racionalidade moral que pressupõe. Seria o mesmo que legitimar um Direito filtrado pela moral, o que nos leva à inescapável pergunta: quem vai filtrar a moral? Seria substituir a ética da responsabilidade política de quem decide pela ética das convicções pessoais. A decisão do delegado é ruim? É moralmente não desejável? Bom, quantas coisas não gostamos no plano da moral. Porém, o Direito é mais forte. A própria democracia é filtrada pelo Direito. (STRECK; SERRANO, 2020)

O artigo traz uma crítica a decisão e cita o ativismo judicial e faz uma ponderação acerca do tema.

Como já foi trabalho na presente pesquisa, e Lenio Streck trouxe em seu artigo,

O Brasil é um país interessante. O presidente da República pode conceder indulto e anistia ao seu bel prazer, conforme já decidiu o STF. Só não pode nomear um funcionário público para um cargo se for seu amigo ou algo assim.

Se fizermos uma análise *ex tunc*, veremos que centenas de cargos foram e são ocupados por compadres, amigos, amigos íntimos. Se amigo é fator de desconstituição? A Constituição não impõe restrições. A Constituição, quando exige impessoalidade, parece falar nesse conceito não no sentido que impeça de o presidente da República designar pessoas de seu círculo. O presidente poderia conceder indulto para um irmão seu? Parece que não há dúvida.

O indicado, delegado Alexandre, por acaso é ímprobo? Seu "defeito" é estar demasiado próximo ao presidente da República. Ou, melhor: o delegado parece não poder ser nomeado não pelo que ele fez ou diz, mas pelo que disse quem o nomeou. Prestemos bem atenção nisso. (STRECK, 2020).

O Supremo Tribunal Federal, possui uma súmula que é contra o nepotismo, mas a súmula só fala no caso de familiares, por isso não opinião de alguns a súmula se tornou ineficiente, no caso em tela, nada diz em questão do nomeado ser amigo ou ter proximidade com a autoridade nomeante.

É importante mencionar esse trecho do artigo de Pedro Serrano e Lenio Streck, que faz uma ponderação sobre os efeitos que poderia ter ocorrido, com a negativa da medida liminar.

Não se sustenta o receio de muitos de que o mandado de segurança evitou um dano que poderia ser irreversível se de fato houve abuso de poder na indicação de Ramagem. Existem alternativas como ação popular com pedido de liminar, ação anulatória de ato administrativo ou ação cautelar. São instrumentos que mantêm o Judiciário como foro e não constituem qualquer ofensa à Constituição. Repetindo: mandado de segurança exige direito líquido e certo. Onde estava esse direito líquido e certo? Além de tudo, há uma questão comezinha em termos de teoria da decisão: em que medida a decisão do ministro pode ser universalizada? Vingando a decisão, o judiciário fará o filtro de todas as decisões de indicação política do Executivo? Como o STF produz precedentes vinculantes, municípios e Estados passarão a ter o controle político de juízes e tribunais? Principalmente em sede de mandado de segurança, que não comporta dilação probatória? (STRECK; SERRANO, 2020).

Após o exposto e o estudado ao longo da pesquisa, é importante trazer que qualquer ato do Executivo ou Legislativo pode estar passível de controle pelo poder judiciário, mesmo se tratando de ato discricionário.

A grande questão é identificar a medida e a forma desse controle judicial, para que o julgador não venha a substituir a figura do Administrador Público, trazendo assim uma insegurança política e substituindo a vontade do governante democraticamente eleito, caracterizando assim a substituição da vontade do eleito pelo povo, pela vontade do juiz. Portanto a decisão não se mostrou adequada por esses fatores que foram expostos, terminou invadindo a prerrogativa de outro poder e censurando previamente a escolha do Poder Executivo. Caso o Presidente tenha errado com a Nomeação, a responsabilidade do ônus é

dele, é o preço da política, não existe previsão constitucional que de liberdade para o judiciário barrar atos administrativos sob a ótica de argumentos subjetivos.

## 5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, demonstramos a possibilidade do Poder Judiciário controlar os atos administrativos, mesmo os discricionários, fizemos todo um percurso analítico ao longe desta pesquisa, passando num primeiro momento pelas raízes do direito administrativo, trazendo sua evolução, e suas diversas conceituações ao longo do tempo, atestamos a importância da Administração Pública e sua relação direta com Direito Administrativo, mostramos como vários doutrinadores, conceituam a Administração Pública e a importância de uma Administração Pública forte.

Ao longo desse trabalho, privilegamos as obras mais tradicionais do direito administrativo trazendo autores respeitados no mundo jurídico como, Celso de Mello, Maria Sylvia, Helly Lopes, Marçal Justen, entre outros que não foram mencionados aqui, mas foram utilizados na pesquisa.

Em um segundo momento, chegamos nos atos discricionários e vinculados, demonstrando sua importância, os atos discricionários possuem extrema relevância na Administração Pública, devido a eles oferecerem uma certa liberdade de escolha, aos agentes públicos, dotado dos juízos de oportunidade e conveniência, a discricionariedade é conferida por Lei ao Agente Público, para que esta tem oportunidade de escolha, buscando a solução que em tese é a mais adequada para o caso, buscando sempre o atendimento das necessidades públicas. Ainda no segundo capítulo, fizemos uma busca elaborada sobre os Cargos Comissionados, fazendo uma análise histórica de como ele surgiu no Brasil, e de como é utilizado hoje em dia, e mostrando quando e como pode se usar os cargos em comissão.

No derradeiro capítulo apontamos uma Decisão do Supremo Tribunal Federal, que envolve justamente o controle judicial de um ato discricionário, que envolvia um cargo comissionado, mostramos os principais pontos dessa decisão, e por fim fizemos nossas próprias ponderações acerca do presente do caso, e demonstramos porque na conclusão dessa pesquisa a decisão não foi a mais acertada.

É importante mencionar que o controle judicial dos atos administrativos discricionários, é uma ferramenta bastante importante e necessária para o bom funcionamento da Administração Pública, mas é um instrumento que deve ser utilizado com bastante parcimônia e deve fazer uma análise minuciosa dos fatos, evitando assim interferência desnecessária de um poder no outro, vale trazer também que o controle judicial dos atos administrativos é

bastante positivo, pois evitar o cometimento de abusos que possam a vir se praticados pelo Gestor Público.

No caso tratado pela pesquisa, a Decisão acerca do Mandado de Segurança, não me pareceu a mais correta, pelos fatos que foram expostos e demonstrados na monografia, faltou uma análise eficiente probatória, antes da proferida decisão, se trata de um exemplo de em que uma importante ferramenta que é o controle judicial dos atos administrativos foi utilizado de forma incorreta. Devemos preservar o princípio da razoabilidade para exercer o controle judicial dos atos administrativos discricionários. Pois controle jurisdicional feito de forma incorreta, gera uma repercussão de insegurança jurídica e política.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Larissa Melo de Souza. **Análise histórica dos cargos em comissão no Brasil**. 2014. 29 f., il. Monografia (Bacharelado em Ciência Política) Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <http://bdm.unb.br/handle/10483/8439>. Acesso em 25 de nov. 2020.
- ALEXANDRE, R.; DEUS, J. **Direito Administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ASSIS, Paula de Resende. Os cargos públicos em comissão, a idoneidade moral e controle pelo poder judiciário. **De Jure Revista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 13, p. 291 a 303, jan. / jun. 2014. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/DE\\_JURE\\_n.22.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/DE_JURE_n.22.pdf). Acesso em 18 de nov. 2020.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 out. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 9.266, de 15 de março de 1996**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19266.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19266.htm). Acesso em 25 nov. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm). Acesso em 27 nov. 2020
- BRASIL. **Decreto de nº 73.332, de 19 de dezembro de 1973**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d73332.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d73332.htm). Acesso em 18 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 37.097/ DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Alexandre Moraes. **Pesquisa Jurisprudência**, Liminar, 29 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MSRamagem.pdf>. Acesso em: 18 out. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 13**. Sessão Plenária de 21/08/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1227>. Acesso em: 22 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 346**. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Sessão Plenária de 13/12/1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Sessão Plenária de 03/09/1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 nov. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32 ed. São Paulo: Forense, 2019.

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

FERREIRA, Mariana Carnaes. **O clientelismo e os cargos comissionados: impacto na eficiência da administração pública**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 125, junho 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-clientelismo-e-os-cargos-comissionados-impacto-na-eficiencia-da-administracao-publica/>. Acesso em: 26 nov. de 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ROSSI, Licínia. **Manual de Direito Administrativo**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

STRECK, Lenio Luiz; SERRANO, Pedro Estevam. **Constitucionalistas "espalha-rodas": o "caso Ramagem"**. *Conjur*, 4 de maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/streck-serrano-constitucionalistas-espalha-rodas-ramagem>. Acesso em: 11 nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Judiciário decide quem pode ser ministro ou diretor-geral da PF?: Delegado Ramagem não pode ser diretor-geral da PF, mas pode ser chefe da Abin. Esse Brasil...!** *Conjur*, [s. l.], 29 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/streck-judiciario-decide-quem-ministro-ou-diretor-pf>. Acesso em: 11 nov. 2020.