

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

TUANY PEREIRA CUSTÓDIO

**DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO
E O SEU CONTROLE JUDICIAL PARA A
EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**POUSO ALEGRE – MG
2012**

TUANY PEREIRA CUSTÓDIO

**DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO
E O SEU CONTROLE JUDICIAL PARA A
EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia.

TUANY PEREIRA CUSTÓDIO

DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO E O SEU CONTROLE
JUDICIAL PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ___/___/___

Banca Examinadora

Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia
Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Profa. Dra. Marinella Machado Araújo
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Pouso Alegre - MG
2012

A DEUS, sempre.

*Aos meus pais, OLIVEIRO e BERNARDINA,
exemplos de perseverança e trabalho.*

À minha esposa, NELMA CRISTINA, meu eterno amor.

Aos nossos filhos, JOÃO PEDRO e MATEUS, que iluminam nossas vidas.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, meu estimado orientador, pela dedicação, habilidade e atenção com que me orientou neste trabalho, sempre disposto a fomentar, com segurança e abnegação, o debate de ideias.

Aos ilustres professores do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas, pelas aulas e pela firmeza educamente polida com que conduziram e estimularam os estudos, exemplos consistentes de excelência acadêmica e profissional.

À secretária Anna Carolina Azevedo Borges, do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas, pela atenção, cordialidade e lhanza no tratamento dispensado aos alunos do Mestrado.

Aos colegas do Mestrado, pela amizade e companheirismo construídos no curso.

À Universidade de Taubaté pelo apoio concedido nesta empreitada.

(...) o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito não se atinge com a defesa anacrônica de prerrogativas de poder que medram e se homiziam em zonas de incerteza jurídica, mas com avanços ensolarados da sindicabilidade e da responsabilidade, que haverão de nos proporcionar as teorias que evoluem, transitam e porfiam nos debates forenses e doutrinários.

(Diogo de Figueiredo Moreira Neto)

RESUMO

CUSTÓDIO, Tuany Pereira. Discricionariedade do ato administrativo e o seu controle judicial para a efetividade dos direitos fundamentais. 142f. **Dissertação** (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre/MG., 2012.

O presente estudo consiste em analisar e refletir, a partir de uma interpretação aberta, democrática e concretizante para a consecução dos direitos fundamentais, sobre as condições de possibilidade do controle judicial dos atos administrativos praticados sob o manto da competência discricionária conferida aos órgãos da Administração Pública. Com essa perspectiva, o estudo se desenvolve a perquirir o significado e alcance do interesse público e o seu papel no Direito Administrativo, bem como o significado, alcance e função do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento das prerrogativas da Administração Pública na perspectiva do Estado Democrático de Direito e, ainda, o sentido da competência, da discricionariedade e da função administrativa, influenciando na delimitação do espaço legítimo da liberdade de escolha e decisão da Administração Pública e demarcando seus limites conforme os âmbitos da função administrativa, de modo a ensejar o controle judicial dos atos discricionários em relação a cada pressuposto e cada elemento do ato em cumprimento dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Discricionariedade. Função administrativa. Ato administrativo. Controle judicial. Estado Democrático de Direito

ABSTRACT

CUSTÓDIO, Tuany Pereira. *Discretion of the administrative act and its judicial control for the effectiveness of fundamental rights*. 142f. Dissertation (Master of Law) - Faculdade de Direito do Sul de Minas. Post-graduation programme in law, Pouso Alegre/MG., 2012.

The present study is to analyze and reflect, from an interpretation open, democratic and concrete for the achievement of fundamental rights, on the condition for possible judicial control of administrative acts committed under the cloak of discretion granted to the Agencies of Public Administration. With this perspective, the study develops to ascertain the meaning and scope of public interest and its role in Administrative Law, as well as the meaning, scope and function of the principle of supremacy of the public interest over private interest as the basis of the prerogatives of Public Administration under the perspective of the Democratic Rule of Law, and also the sense of competence, and discretion of the administrative role, thus influencing the delimitation of the legitimate space of freedom of choice and decision of the Public Administration and demarcating their boundaries as the scope of the administrative function, so as to give cause to judicial review of discretionary acts for each assumption and each element of the act in compliance with the fundamental objectives of the Democratic Rule of Law.

Key words: Discretion. Administrative function. Administrative act. Judicial control. Democratic Rule of Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 INTERESSE PÚBLICO	15
1.1 Interesse público e bem comum	18
1.2 Do interesse público aos interesses públicos	26
1.3 Interesse público e sua atualidade	30
1.4 A busca do interesse público e sua funcionalização	35
1.5 Delimitação do interesse público	36
1.6 Interesse público: necessidade de uma demarcação semântica mínima	38
1.7 Critérios para a aferição e delimitação da noção de interesse público	41
1.7.1 A lei como meio de fixação do interesse público	43
1.7.2 Os interesses da maioria versus os interesses da minoria	44
1.8 A titularidade do interesse público	45
1.9 O Estado como gestor do interesse público	46
2 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	47
2.1 Origem	48
2.2 Fundamentos do princípio da supremacia do interesse público	49
2.3 Supremacia do interesse público e soberania popular	51
2.4 Críticas	52
2.5 Limitações ao princípio da supremacia do interesse público	55
3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	56
3.1 Evolução histórica	57
3.2 Competências vinculada e discricionária	66
3.3 Noções de discricionariedade administrativa	66
3.4 Fundamentos político e jurídico	70
3.5 Natureza jurídica	72
3.6 Limites da discricionariedade administrativa na estática da norma jurídica de acordo com a função administrativa	73
3.6.1 Os âmbitos da função administrativa	74
3.6.2 A importância do tema para o controle judicial	76
3.6.3 Síntese conclusiva	82
4 CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO	83
4.1 A (im)possibilidade de revisão judicial dos atos discricionários da administração	83
4.2 O princípio da separação dos poderes	87
4.3 Legitimidade dos provimentos e a contribuição da teoria do discurso de Jürgen Habermas	90
4.4 A competência discricionária no ato administrativo de acordo com a sua sistematização	94
4.4.1 A competência ou o sujeito	95
4.4.2 A forma, os requisitos procedimentais, a formalização e o âmbito da função administrativa	97
4.4.3 O objeto, o conteúdo e o âmbito da função administrativa	99
4.4.4 O motivo de fato. A teoria dos motivos determinantes	101

4.4.5	A motivação e o âmbito da função administrativa	104
4.4.6	A vontade do agente	109
4.4.7	A finalidade e a causa	111
4.4.8	O mérito administrativo. Conveniência e oportunidade	113
4.5	Diante do caso concreto e a “redução a zero” da discricionariedade. A concreta realização do interesse público	118
4.6	O procedimento de ponderação da teoria dos princípios	121
4.7	Discricionariedade administrativa à luz do controle judicial	126
CONSIDERAÇÕES FINAIS		129
REFERÊNCIAS		134

INTRODUÇÃO

Discorrendo sobre a organização administrativa no Brasil colonial, Raimundo Faoro afirmava:

A luz do absolutismo infundia ao mando caráter despótico, seja na área dos funcionários de carreira, oriundos da corte, não raro filhos de suas intrigas, ou nos delegados locais, investidos de funções públicas [...] A objetividade e impessoalidade das relações entre súdito e autoridade, com os vínculos racionais de competências limitadas e controles hierárquicos, será obra do futuro; do distante e incerto futuro. Agora, o sistema é o de manda quem pode e obedece quem tem juízo, aberto o acesso ao apelo retificador do rei somente aos poderosos. O funcionário é a sombra do rei, e o rei tudo pode: o Estado pré-liberal não admite a fortaleza dos direitos individuais, armados contra o despotismos e o arbítrio.¹

Passados cinco séculos e seis Constituições, finalmente instaurado, com a sétima Constituição (CF/88), o Estado Democrático de Direito, a separação de poderes, a consagração ampla dos direitos fundamentais universais, os mesmos males do Brasil-colônia ainda acometem a República.

A despeito do avanço das normas constitucionais, do farto ferramental legal e das teorias do Direito Administrativo, desenvolvidas por juristas pátrios ou replicadas de sistemas estrangeiros, ainda encontramos-nos em pleno “estado-maior da autoridade pública”, expressão utilizada por Faoro² para sintetizar a organização político-administrativa de cunho patrimonialista que permeou a história do Brasil, nas suas diferentes roupagens.

Aliás, o mesmo Faoro, dissertando sobre a “rapinagem burocrática” e a “drenagem de recursos para a metrópole” no Brasil colonial, reproduz as seguintes palavras do Padre Antônio Vieira: “Perde-se o Brasil, Senhor (digamo-lo em uma palavra), porque alguns ministros de Sua Majestade não vêm cá buscar o nosso bem, vêm cá buscar bens [...] El-Rei manda-os tomar Pernambuco, e eles contentam-se com o tomar [...]”.³ E, precisamente hoje e a despeito do estruturado aparato legal, assistimos a todas as formas de apropriação privada dos meios, recursos e cargos públicos, e, ainda, a atuação abusiva e arbitrária da Administração Pública que, sob o manto da discricionariedade administrativa, pratica atos administrativos que acabam por, senão violar, impedir ou postergar a concretização de Direitos Fundamentais.

¹ FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder – Formação do Patronato Político Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 198.

² *Ibidem*, p. 201.

³ *Ibidem*, loc. cit.

A presente dissertação tem como tema a discricionariedade do ato administrativo e o seu controle judicial para a efetividade dos Direitos Fundamentais. Investigar como é possível realizar o controle judicial diante de uma competência discricionária – a mais conveniente ou oportuna solução ao interesse público, ou seja, do juízo de mérito administrativo – a partir de uma interpretação aberta, democrática e concretizante dos atos administrativos, para a consecução dos Direitos Fundamentais, sem dúvida nenhuma, é um resultado que se insere diretamente no cotidiano do saber jurídico.

Para atingir as suas finalidades expendidas, o trabalho que aqui se traz a lume tem por premissa o reconhecimento da imediata imperatividade dos comandos constitucionais, sobretudo dos princípios que veiculam os Direitos Fundamentais.

Nesse diapasão, no Estado Democrático de Direito, o papel da Administração Pública, que envolve as atividades do governo estatal, é ampliado, na medida em que a ela compete a concretização dos elementos normativos gerais e abstratos contidos no sistema jurídico, de modo que, para isso, deve promover a implementação de uma multiplicidade de ações e programas das mais diversas modalidades.

Nesse passo, partindo-se da ideia de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, especialmente no caso dos Direitos Fundamentais, à luz do significado outorgado ao artigo 5º., parágrafo 1º., da Constituição Federal de 1988, incumbe aos poderes públicos o dever de conferir às normas que os consagram (os direitos fundamentais), o maior grau de eficácia possível, outorgando-lhes, para tanto, funções e atribuições correlatas para atingir tal desiderato.

Porém, à guisa de conferir a competência discricionária aos órgãos estatais, deve-se por em destaque a possibilidade de controle pelo Judiciário, possibilidade essa fortalecida no constitucionalismo, principalmente, numa visão da Constituição enquanto norma dotada de força vinculante, superior ao restante das leis.

Como o Estado e seu Direito se subordinam à Constituição, a consagração constitucional de um direito faz com que ele ganhe uma nova força no ordenamento jurídico. Nenhuma ação estatal terá validade jurídica, seja de que poder, órgão, ou agente dimanar ou de que pretexto se valha, sem que esteja por ela balizada e vinculada à realização de seus princípios e preceitos. Estando previsto na Constituição e dotado de força normativa, permite-se que o Judiciário obrigue a Administração Pública a dar efetividade ao direito, o que, importa dizer, em submeter a Administração Pública a um controle legítimo.

O Estado ainda é a grande instituição do mundo moderno. Mesmo quando se fala em centralidade dos direitos fundamentais, levanta-se a questão dos deveres de atuação e abstenção do Poder Público, sujeitando as condutas praticadas no exercício de competências públicas a regras e princípios específicos que regulam a relação entre o particular e o Estado, conferindo a este prerrogativas de atuação que firmam sua prevalência sobre o particular.

Com essa perspectiva, o desenvolvimento do trabalho possui contornos variados para serem apreciados. Por isto, dividimos o trabalho em quatro partes: na primeira, tratamos de perquirir o significado e alcance do *interesse público* como parâmetro de resultado e de limitação da atuação dos órgãos públicos, levando em conta a seguinte questão: qual o efetivo papel e atual significado do *interesse público*?

Observa-se, ainda, no capítulo 1, que o Direito Administrativo passa por um amplo processo de transformação, provocado pela permuta da rubrica *interesse público*, metafísica, monolítica e unilateral e que funcionava como verdadeiro *abracadabra* do Estado de Direito, pelas finalidades éticas e plurais que se impõem ao aparato estatal na contemporaneidade, as quais não necessariamente deixam de ser expressão dos interesses públicos existentes na sociedade.

Também destacaremos a necessidade de distinguir e manter como temas estanques a noção de interesse público (de conceito jurídico indeterminado) e a competência discricionária da Administração Pública.

A propósito, a primeira clara impressão sobre a *discricionariedade administrativa* é que não há como tratar deste assunto sem nos referirmos ao interesse público e ao controle judicial. Falar da discricionariedade administrativa necessita investigar e identificar, em última análise, o interesse público que se busca atingir e o *espaço legítimo* da liberdade de escolha e decisão da Administração Pública, o que conseqüentemente significa demarcar os seus limites, isto é, perceber o que desborda e o que transborda deste *espaço legítimo* e enseja o controle judicial.

Após delimitar a compreensão do interesse público, no capítulo 2, passaremos a tratar do significado e alcance do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento das prerrogativas da Administração Pública na perspectiva do Estado Democrático de Direito, respondendo a seguinte questão: qual a função do princípio da supremacia?

Demonstraremos que tal princípio é alvo de frequentes e pertinentes críticas. E isso porque, no regime jurídico do Estado Democrático adotado pela Constituição de 1988, nenhum Direito Fundamental é absoluto, de modo que o *interesse público* também não pode ser e, portanto, não pode preponderar, automaticamente, sobre os interesses privados, muitos dos quais, aliás, envolvem Direitos Fundamentais e os princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana que limitam o princípio da supremacia.

No capítulo 3 ingressamos na pesquisa da discricionariedade administrativa propriamente dita. Primeiro, almejamos explicar a sua evolução histórica desde a origem do próprio Direito Administrativo, o que se principia com a noção de um *poder livre* e evolui até atualmente se configurar como um feixe de *competências* que reclamam os poderes apenas como instrumentos de cumprimento dos deveres impostos ao administrador público sob o regime democrático e social de direito.

Cuidamos de compreender, também, a estrutura da norma jurídica e refletir sobre os limites de atribuição da competência discricionária na estática da norma. Isto é, antes de compreendermos o fenômeno da discricionariedade administrativa no exercício da função administrativa, diante dos casos concretos, preocupam-nos as seguintes questões: qual o limite da norma jurídica para atribuir uma competência discricionária? É possível que todo e qualquer tema seja passível de atribuição de competência discricionária? Quais os critérios para identificação de uma indevida delegação da função legislativa? Qual a amplitude possível que a lei pode traçar como competência discricionária? São as questões que buscamos responder com o destaque para a análise sobre o âmbito da função administrativa (administração ordenadora, de prestação, de gestão, de fomento, sancionadora e de políticas públicas) que a lei pretende disciplinar.

No capítulo seguinte (4) tratamos do alcance do controle judicial perante o exercício da função administrativa através do ato administrativo. Destrinchamos o ato administrativo com o intento de perquirir as possibilidades da discricionariedade administrativa em relação a cada pressuposto e cada elemento do ato, o que nos leva a questionarmos a utilidade da noção de “mérito administrativo” (conveniência e oportunidade). Também, preocupamo-nos a seguinte questão: quais os parâmetros mais adequados para o controle judicial na prática dos atos discricionários na perspectiva do Estado Democrático de Direito?

Retornamos, em seguida, à proposta de compreensão da discricionariedade administrativa de acordo com o âmbito da função administrativa e estudamos a denominada “redução a zero” da discricionariedade. Propomos, também, no sentido de se resguardar um

espaço legítimo da discricionariedade administrativa, em trazer à reflexão e divisando uma solução possível, a relevância do procedimento de ponderação dos princípios, exercendo papel útil para o controle judicial.

Por fim, sem pretensão de esgotamento do assunto e, muito menos, desconsiderar conceitos existentes a respeito da discricionariedade administrativa, propomos um conceito sobre a discricionariedade administrativa à luz do controle judicial, com a intenção de reunir os principais fatores que defendemos.

Essa é, por conseguinte, a *arquitetônica* do presente trabalho, voltada à demonstração da importância da apreensão da discricionariedade do ato administrativo, como representativo do exercício concreto de função administrativa, pelo Direito Administrativo-Constitucional, e o admissível e necessário controle judicial, sem perder de vista, também, os critérios limitadores da atividade judicial para que o Judiciário não se substitua à atividade do administrador, mas tampouco o administrador fique livre dos controles judiciais. Como o caminho se faz caminhando,⁴ segundo a lição de Paulo Freire, inicia-se, agora, passo a passo, o trajeto proposto, rumo aos objetivos pretendidos e já sumariamente aludidos.

Antes disso, porém, convém consignar que a presente dissertação não apresenta qualquer pretensão de completude sobre a temática, vastíssima e apta a suscitar uma miríade de questionamentos e aspectos de ordem jurídica, política e social. Assim, o propósito do estudo é o de contribuir para a adequada compreensão dos paradigmas democráticos e para a necessidade de avanço de concepções na afirmação do Estado Democrático de Direito.

⁴ FREIRE, Paulo; HORTON, Myles. *O caminho se faz caminhando: conversas sobre educação e mudança social*. São Paulo: Vozes, 2003.

1 INTERESSE PÚBLICO

O interesse público assume papel importantíssimo no estudo e configuração do Direito Administrativo, uma vez que seu conceito indeterminado fundamenta a maioria das relações da Administração Pública com o particular. Neste sentido, surge a noção de indisponibilidade e supremacia do interesse público, preceitos invocados para justificar atos da administração pública que envolvam diferentes interesses.⁵

Todavia, a simplificação, generalização e massificação do conceito de interesse público transferiu ao princípio da indisponibilidade e supremacia do interesse público a capacidade de justificação de atos incompatíveis com a ordem democrática, o que demonstra a importância de uma nova conformação do conceito de interesse público e a possibilidade de seu controle pela via judicial.

A figura do cidadão é inerente ao progresso social e à própria solidificação do Estado, visto seu poder de manifestação de interesses individuais ou coletivos, com o objetivo de tornar sua vida em comunidade mais confortável e provida de elementos essenciais.

Contudo, isolado, o cidadão não é capaz de satisfazer todas as suas necessidades. Daí surge o Estado, ente responsável por prover, em prol de todos os cidadãos, a execução de serviços e atividades que atenda às demandas política e social.

Por força da sujeição do poder do soberano à legalidade ocorrida a partir do Estado de Direito, passou o Direito Administrativo a se constituir como o ramo jurídico voltado à proteção dos cidadãos em face dos poderes despóticos, assim como relacionado à disciplina jurídica dos fins do Estado, que se subsumiam à rubrica do interesse público.

Ainda que criticado na contemporaneidade, é impositivo o estudo do interesse público, iniciando-se pela análise da crítica realizada por Paulo Otero acerca ilusão que o Direito Administrativo representou, quando do seu surgimento.

O Estado com o qual os particulares mantêm relações intermediadas pelo Direito Administrativo é o modelo de organização moldado a partir do advento da Modernidade⁶.

⁵ Acerca da relevância dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público e do regime de direito administrativo, confira-se BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 70 et seq. e p. 93 et seq.

⁶ Toma-se aqui a definição levada a efeito por Marilena Chauí a respeito da Modernidade: “o movimento pelo qual o homem deixa de ser conduzido pela religião e a autoridade passa a conduzir seu próprio destino”. CHAÚÍ, Marilena. Público, Privado, Despotismo. In: NOVAES, Adauto (Org.), *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 346.

O Direito Administrativo surge como um arcabouço que, a um só tempo, (i) funcionaria como um instrumento de disciplina jurídica da ação política do Estado, estabelecendo funções e determinando obrigações ao Estado, tal como a perseguição dos interesses tidos ou qualificados como públicos, assim como (ii) um sistema normativo que se voltaria à limitação das ações do titular do poder político.

Nesse passo, descreve a história oficial que o Direito Público em geral, e o Direito Administrativo, por consequência, surgiram na tentativa de erradicação do poder absoluto, buscando retirar o poder do soberano despótico para que o poder estatal pudesse ser exercido pelo povo, seu titular, segundo a fórmula contratualista. Essa perspectiva do Direito Administrativo, como fonte maior da limitação do poder despótico, nutriu o mito reiterado de que essa seara do Direito teria uma origem *milagrosa*, conforme elucida Prosper Weil:

A própria existência de um Direito Administrativo é em alguma medida fruto de um milagre. O direito que rege a actividade dos particulares é imposto a estes de fora e o respeito pelos direitos e obrigações que ele comporta encontra-se colocado sob a autoridade e a sanção de um poder exterior e superior: o do Estado. Mas causa admiração que o próprio Estado se considere 'ligado' (vinculado) pelo direito. (...) Não esqueçamos, aliás, as lições da história: a conquista do Estado pelo direito é relativamente recente e não está ainda terminado por toda a parte. (...) Para que o milagre se realize e se prolongue devem ser preenchidas diversas condições que dependem da forma do Estado, do prestígio do direito e dos juizes, do espírito do tempo.⁷

O Direito Administrativo moderno se alicerçou, essencialmente, sobre duas ideias básicas, que constituíam o seu escopo: (i) a proteção dos direitos individuais frente ao Estado, da qual se estabeleceu, de maneira marcante, o princípio da legalidade e (ii) a satisfação das necessidades e interesses coletivos, cuja concretização dependia da entrega à Administração Pública de prerrogativas e privilégios próprios.

Nesse sentido, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação, ao direito público, do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular.⁸ (grifo da autora)

⁷ WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina Editora, 1977, p. 7 et seq.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 65.

Assim, competiria à Administração, para resguardar esses privilégios, com observância e margem assegurada na lei, a possibilidade de escolha de quais necessidades coletivas e quais interesses públicos deveriam ser satisfeitos, sendo que, uma vez escolhidos, a sua realização não poderia ser objeto de condescendência, uma vez que, dentro do âmbito de comprometimento (das sujeições) da Administração Pública.

Mas um dado se mostra curioso, pois, mesmo que a realização das atividades que se resumissem na ideia de interesse público fossem obrigatórias, não se buscava compreender, na esfera da Administração Pública, o que efetivamente significava interesse público.

Em razão disso, se questiona o que integraria o interesse público⁹, haja vista que, como categoria proveniente de um modelo de Estado autoritário¹⁰, representava uma fórmula de imunização das decisões políticas, as quais, abrigando as mais diversas situações e posições fáticas e jurídicas, eram subsumidas a esse interesse tido como público.

Questiona-se, além do que efetivamente seria o interesse público, quais seriam as questões de interesse público atuais na sociedade.¹¹ Todavia, como se trata de uma categoria cujo entendimento se transforma no tempo, a sua compreensão depende da deliberação política para se obter um consenso mínimo sobre ele.

Atualmente, não se pode negligenciar que os interesses públicos¹² são oriundos de acordos na esfera pública, onde se formam, desde que, utilizando conceito de Habermas, se entenda esta esfera como um *locus* onde são identificados os interesses públicos¹³, isto é, como um local da disputa intersubjetiva, no qual será formado o interesse público, devendo ser levado em conta também, para a formação desse interesse público o resguardo do direito das minorias.

Pelo exposto, conveniente se mostra o estudo de como pode se dar a delimitação desse conceito presentemente, a partir dos limites e das possibilidades que o debate político, jurídico e social brasileiro propiciam, consoante será adiante apresentado.

⁹ BRAYBROOKE, David. O interesse público: o presente e o futuro do conceito. In: O interesse público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) *O interesse público*. Trad. de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967, p. 135.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 26. São Paulo: Malheiros, 1999.

¹¹ O entendimento geral, normalmente influenciado pelas teorias de comunicação social, faz crer que para que algo seja de interesse público é necessário que atraia a atenção de uma multiplicidade de pessoas em determinado tempo e local, o que é bem diferente da acepção jurídica do termo.

¹² A expressão é utilizada no plural levando em conta o alargamento dos fins do Estado e o crescimento de sua função a partir do Estado Social, como adiante se verá no tópico 1.2 deste trabalho.

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural na esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 09 et seq.

Ademais, tendo em vista os conflitos entre interesses públicos e entre esses e os interesses privados, o presente capítulo objetiva iniciar um estudo, através de uma perspectiva comparada, provocando uma reflexão do pensamento tradicional do Direito Administrativo Brasileiro consubstanciado na existência de uma “supremacia do interesse público” e de um “poder discricionário”, insuscetível de controle judicial, propondo-lhes uma nova dimensão, com vista à constante mudança do Estado, estabelecida, especialmente, pelo modelo do Estado Democrático de Direito, para a busca da harmonia entre os interesses públicos e os interesses privados, através de uma solução primada na ética e na justiça.

1.1 Interesse público e bem comum

Para que se possa compreender os critérios trazidos a lume pela doutrina para a delimitação do interesse público, faz-se premente anterior reflexão acerca de uma noção filosófica que muito dele se aproxima, a saber: a noção de bem comum.

Não há como negar que o interesse público é que deve nortear as ações do Estado. Contudo, nem sempre o interesse público esteve à frente das funções do Estado e recebeu a devida importância por parte do administrador.

A imediata relação do interesse público com a denominação de bem comum, fez com que a doutrina como se verá adiante, historicamente, o elegeisse como um critério para a verificação da possibilidade de um determinado interesse vir a ser classificado como público, haja vista o fato de que a expressão interesse público, não raro, aparece associada à ideia de bem comum, bem geral ou bem de todos.

Para que se promova a fixação das semelhanças e diferenças entre a ideia de bem comum e a noção de interesse público, com o intuito de identificar o interesse público, impõe-se verificar o enfoque histórico-evolutivo do bem comum.

Isto somente ocorreu ao longo da evolução e das várias transições do sistema de Estado e de sua organização administrativa, posto que a Administração Pública e o Direito Administrativo variaram de acordo com o conteúdo e a amplitude do Estado em vigor.

Por outro lado, a definição de interesse público, passa, ao longo da história, por uma intensa ressignificação, o que impõe a apresentação do conceito clássico de interesse público para depois apresentar tais reconfigurações.

Historicamente o conceito de interesse público está inevitavelmente atrelado à concepção de sua indisponibilidade e de sua supremacia sobre os demais interesses.

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao analisar a origem da noção de supremacia do interesse público, faz a aproximação à ideia de bem comum, apresentando sua origem na antiguidade greco-romana, muito antes da conformação de um direito administrativo, em que se admitia a “existência de interesses gerais diversos dos interesses individuais”.¹⁴

Argumenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “[j]á em Aristóteles aparecia nítida a ideia de bem comum”, pois “para ele, todo organismo vivo tende para o bem; tanto o homem como a sociedade que ele constitui tendem para o bem”.¹⁵

Entrelaçando o chamado bem comum, os indivíduos e a noção de Estado, revela Aristóteles:

Ora, não será porventura o conhecimento dele de grande importância para a nossa vida e, se semelhantes aos arqueiros, certos da mira, não alcançaremos mais facilmente aquilo que se deve? Se assim é, esforcemo-nos por delinear em esboço o que seja ele, e de qual, dentre as ciências ou faculdades, seja objeto. Ninguém duvidará de que o seu estudo pertença à ciência principal e mestra de todas as outras. Tal é, vê-se claramente, a ciência política. Pois que esta dispõe, na cidade, as ciências de que necessitais, e quais cada um as deve aprender e até que ponto. Vemos que também as faculdades tidas em maior apreço, como a arte militar, a economia, a oratória, lhe estão sujeitas. E, valendo-se ela de todas as demais ciências políticas, e, além disso, estabelecendo por lei que cada coisa se deve fazer e de que coisas se abster, pode dizer-se que o seu fim abrange os fins de todas as outras. Donde ser o bem humano o seu fim. E, embora sendo idêntico o bem do indivíduo e o da cidade, todavia obter e conservar o bem da cidade é coisa maior e mais perfeita. Em verdade: o bem é digno de ser amado também por um único indivíduo; porém, é mais belo e mais divino quando referente a povos e cidades.¹⁶

A ideia de bem comum se aprimora com o advento do cristianismo na Idade Média, em que São Tomás de Aquino, na *Summa Theologica*, colocava o bem comum como “tudo aquilo que o homem deseja, seja de que natureza for: bem material, moral, espiritual, intelectual”¹⁷.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro. (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 86.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 210.

¹⁶ ARISTÓTELES. *A ética*. trad. de Cássio M. Fonseca. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1991, p. 22-23.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro. (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 87.

Contudo, São Tomás de Aquino compreendia o homem como sendo um ser social que procurava, além do seu interesse individual, o interesse do grupo ao qual pertencia, delimitando a existência de um bem comum de cada grupo social.¹⁸

Desta forma, cabia, então, ao Estado perseguir o bem comum, que se dividia entre o bem comum dos particulares – “é a causa, ou seja, é o conjunto das condições comuns próprias à organização e à conservação de seus bens”¹⁹ – e o bem comum da sociedade – “é um fim, porque determina a orientação dos indivíduos na sociedade, mas também os unifica.”²⁰

Seguindo a concepção de interesse público revestido de bem comum na Idade Média, Di Pietro leciona que Jean Bodin, no século XVI, ao conceituar República, vinculava a noção de solidariedade social que é capaz de justificar a existência de uma comunidade política, ou seja, os homens se unem para viver em sociedade e em comunidade para conseguir atingir um bem comum.²¹

Seguindo tal ordem histórica da ressignificação do conceito, os contratualistas do final do século XVII e XVIII acabaram por alterar em alguma forma a concepção clássica de bem comum. Hobbes, Locke e Rousseau abordam a questão de bem comum e de interesse público por vieses diferentes.

Locke, por exemplo, já diverge da concepção de grupo e de comunidade, afirmando que o interesse da conformação de uma sociedade política estava fundado na proteção da individualidade, assim, a proteção do interesse público é secundário para Locke.²²

Marco histórico mundial, a Revolução Francesa, em 1789, inaugurou uma nova fase do Estado Moderno: deixou-se para trás o Estado de Polícia no qual prevalecia a vontade arbitrária do Príncipe, detentor de todo o Poder e a exercê-lo sob o pretexto de um mandato divino, e passou-se para o Estado de Direito que almeja assegurar, pela separação de poderes (Montesquieu) e a prevalência da vontade popular que é representada pela lei (Rousseau), a sujeição de todos às mesmas normas.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro. (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 86.

¹⁹ DESWARTE, Marie-Pauline. Intérêt général, bien commun. *Revue de Droit Public* apud DI PIETRO, loc cit.

²⁰ DESWARTE, Marie-Pauline. Intérêt général, bien commun. *Revue de Droit Public* apud DI PIETRO, loc cit.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem*, p. 88.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. loc cit.

A Revolução Francesa consagra a concepção individualista e liberal, colocando como princípios basilares a defesa da liberdade natural dos homens, sendo que o único fim da sociedade e do Estado é assegurar e garantir o exercício destas liberdades individuais, colocando de lado a ideia de solidariedade social e busca pelo bem comum como fundamento para a união em comunidade.²³

O contratualismo liberal encampado pela Revolução Francesa acabou por retirar o bem comum da base da ordem social, o que fundamentava a união em sociedade e comunidade era o utilitarismo, forma-se a sociedade, assim, pelo contrato em razão das vantagens individuais advindas desta configuração, e cabia, ao Estado, garantir o exercício das liberdades naturais individuais, substituindo a ideia de bem comum pela noção de interesse comum, retirando toda a significação de bem comum construída anteriormente.²⁴

Segundo afirma Di Pietro: “Para alguns contratualistas, como Hobbes, o interesse geral não se distingue do interesse individual; o soberano tem que satisfazer o interesse comum, que consiste apenas em satisfazer os interesses particulares.”²⁵

Também com Rousseau, antes da Revolução Francesa, inicia-se uma alteração desta noção individualista e liberal, abordando a temática sem distinguir o interesse geral do interesse individual. A partir das teorias de Rousseau o interesse geral passou a ser analisado por outro ponto, sendo o interesse comum o fundamento do poder do Estado, inevitavelmente o Estado passa a incorporar a vontade de todos, sendo que o consentimento dos governados passa a ser uma das fontes que legitimam o Poder.

A partir de Rousseau, se destaca a ideia de que a finalidade do Estado seria única e exclusivamente a proteção de interesses utilitaristas, pragmáticos e muitas vezes individuais, aos quais não era possível ao dirigente exceder os poderes a ele concedido.

Assevera Di Pietro ao analisar o início da mudança das ideias sobre o bem comum em razão das teses contratualistas e liberais de fins do século XVII e do século XVIII que, para Locke, segundo a autora:

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro. (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 86.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, loc. cit.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 89.

o objetivo dos homens ao se associarem não é proteger o interesse público, mas o interesse privado de cada qual e que se resume basicamente na aquisição de bens materiais; a vida em sociedade alcança melhor esse objetivo do que seria possível em uma situação de anarquia.²⁶

Pode-se alegar que, neste período, a base da sociedade política não se fundamenta mais em elementos comuns a todos os homens, mas em cada aspiração individual, posição esta reforçada ainda mais pela Revolução Francesa, que significou o triunfo do individualismo.²⁷

Nessa ordem de valores, a ideia do bem comum como causa fundamental de união dos homens em sociedade cede espaço para uma concepção que visava assegurar a liberdade natural de cada um; em última análise, pode-se afirmar que os homens se uniam em sociedade porque isso lhes era útil e vantajoso.

A compreensão utilitarista de sociedade, que engloba a ideia de interesse geral, substituiu gradativamente a ideia do bem comum, que se mostrava impregnada de cunho moral e ideológico.²⁸

Neste contexto, esta legitimação individual do Poder passa a se manifestar através da lei, que, de uma forma ou de outra, pretende ser a vontade geral dos governados, assim, a lei assume um caráter sagrado, incontestável, inteiramente desvinculado de todo e qualquer conteúdo axiológico, buscando representar, perfeitamente o bem e o interesse comum, valendo por si mesma.²⁹ Todavia, a lei “idealizada como instrumento de proteção das liberdades individuais, acaba por colocar em risco essas mesmas liberdades, tornando-se instrumento de opressão.”³⁰

Conforme evidencia Di Pietro, a prevalência das teorias individualistas e liberais acabou por gerar a opressão das massas, principalmente após a Revolução Industrial em um contexto de emergência de enormes desigualdades sociais e econômicas.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionabilidade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. 4 reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 211.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 156.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 155.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro. (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 89.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. Op. cit., p. 90.

Diante disso, o final do século XIX e o começo do século XX se configuraram como épocas importantes na luta pelo social e, conseqüentemente, por uma nova conformação do que se entendia por interesse público e bem comum.

Neste sentido a Igreja Católica assumiu grande importância, principalmente através de sua doutrina social que elabora uma nova concepção de bem comum³¹, evidenciando uma preocupação com a dignidade do ser humano, sendo que seria bem comum o conjunto de certas condições sociais que possibilitariam grupos e indivíduos a atingir a sua perfeição da maneira mais total e fácil.

Esclarece Maurie-Pauline Deswarte:

o Bem Comum seria a perspectiva filosófica do interesse geral. Ora, a filosofia dá uma primeira resposta à questão quando ela afirma: ‘O bem está no nível dos fins honestos, o interesse – mesmo geral – no nível dos fins úteis’. O interesse geral seria todo impregnado de utilitarismo, o Bem Comum, dele se distinguiria por sua referência à moral.³²

Com efeito, o interesse público (de concepção liberal-utilitarista) era, pois, realizado pelo Estado de forma negativa, ou seja, pela sua não intervenção nos interesses individuais, os quais, para a concepção da época, se adequadamente realizados, promoviam o interesse geral.

Essa relação de afastamento e de aproximação entre o bem comum e o interesse público, pode auxiliar em uma eventual delimitação deste interesse, contudo, impossível de ser realizada em face do próprio bem comum, por ser fundado em valores. Dessa visão axiológica de bem comum, da qual a noção do interesse público contemporâneo necessariamente se aproxima, Marie-Pauline Deswarte, sem apresentar uma definição, apresenta as seguintes características:

1. ele se fundamenta na natureza humana, sendo por isso mesmo universal: ele considera um conjunto de valores humanos feitos de *direitos e deveres*, que não podem privilegiar uns em detrimento de outros;

³¹ Na encíclica *Rerum Novarum*, de 15-5-1891, o Papa Leão XIII lembra que, na sociedade, patrões e empregados são destinados, por natureza, a se unirem harmoniosamente e a se manterem mutuamente em perfeito equilíbrio. O Papa Pio XII, por sua vez, em 1941, também inspirado em Santo Tomás de Aquino, preocupa-se em atribuir ao Estado a proteção dos direitos da pessoa humana, dando-lhe os meios para que possa levar “uma vida digna, regular, feliz, segundo a lei de Deus”. Dentro da mesma linha, João XXIII dá, na encíclica *Pacem in Terris*, de 11-4-1963, o seu conhecido conceito de bem comum, como “o conjunto das condições sociais que permitem tanto aos grupos como a cada um de seus membros, atingir a sua perfeição de maneira mais total e mais fácil”. Disponível em: <http://www.vatican.va/offices/papal_docs_list_po.html>. Acesso em 20 mar. 2012.

³² DESWARTE, Marie-Pauline. Intérêt général, bien commun. *Revue du Droit Public* apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 214.

2. ele deve ser adaptável segundo o progresso da época, dinâmico, voltado para o futuro, porque ele deve enraizar-se no concreto e oferecer aos indivíduos valores de ordem e de justiça; isso traz algumas consequências: (b.1) o interesse geral não é apanágio do Estado, porque cada indivíduo e cada pessoa jurídica tem uma parcela de responsabilidade social; (b.2) isto supõe que a sociedade não seja considerada como um sujeito à parte, transcendente, que fará cumprir a vontade do grupo; (b.3) isto supõe também que se trate de um verdadeiro bem, de conteúdo moral, e não de simples interesse utilitário, pois este gera o egoísmo;
3. o bem comum é superior ao bem individual; a dignidade de todo homem quer que ele possa participar de um bem maior que seu próprio bem: é isto que o torna um ser social;
4. o bem comum é *fundamento e limitação* ao poder político; *fundamento*, porque o poder se constitui para atingir o bem comum; e *limitação*, porque, sendo seu objetivo o bem da pessoa humana, o Estado só deve intervir na esfera da liberdade individual, atendendo ao *princípio da subsidiariedade*, respeitando o equilíbrio entre a liberdade do indivíduo e a autoridade do Estado. Sempre que o indivíduo ou o grupo sozinhos possam agir, o Estado não deve intervir; o bem comum se exprime através da *lei*, não uma lei puramente formal, mas sim uma lei que atenda ao bem comum.”³³

Essa fórmula liberal e utilitarista de organização política, na qual o Estado somente existiria para a realização política e para a asseguarção dos direitos individuais de propriedade e de liberdade, pela manutenção da livre iniciativa e responsabilização da segurança tanto externa quanto interna, veio a colidir com as reações sociais provocadas pelas desigualdades sociais resultantes do dilatado exercício da liberdade por uns (que possuíam a liberdade de propriedade e de contratar) sobre a opressão de outros (que tão somente detinham a liberdade da venda da força de trabalho).

Explica Paulo Bonavides que essas desigualdades constituíram um dos alicerces que levou à superação histórica do Estado de crise liberal, à pretensa implementação de um ente estatal que efetivasse alguns direitos sociais, necessários para que a paz social prevalecesse.³⁴

Pode-se afirmar daí, que a noção de interesse público, como fim necessário do ente estatal, até mesmo para a sua preservação, volta aproximar-se da ideia filosófica de bem comum e reveste-se mais uma vez de aspectos axiológicos, “na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano”.³⁵

Esta nova concepção de bem comum, enquadrada em uma espécie de Estado Social de Direito, se fundamenta na dignidade da pessoa humana, sendo adaptável segundo o progresso

³³ DESWARTE, Marie-Pauline. Intérêt général, bien commun. *Revue du Droit Public* apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 214

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 210.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem*, p. 157.

de cada época, ou seja, dinâmico, sendo, também, o interesse público e o bem comum superior ao bem individual e a dignidade humana, em suma, sendo um fundamento e limitação do poder político.³⁶

É a partir de tal pressuposto histórico, social e político que se definiu o que seria interesse público ou bem comum. As definições tradicionais e já enraizadas em nosso sistema jurídico são, em suma, subjetivas, abrangentes e simplórias, e muitas vezes se relacionam com a noção de que “interesse público é aquele que resulta da pluralização de interesses individuais, formando um todo de aspiração e identidade coletiva.”³⁷

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público é “resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente tem quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.”³⁸

Evidentemente, que, apesar de enraizada por uma circunstância histórica e política de discussão e de conformação, ainda assim, o conceito de interesse público é um conceito jurídico indeterminado e subjetivo, podendo levar a inúmeras interpretações e utilizações abusivas e autoritárias.

Seguindo esta possibilidade, inclusive, ao reconhecer tal condição, chega-se argumentar favoravelmente a utilização deste conceito como indeterminado, como fez Tercio Sampaio Ferraz Júnior, que entende que “interesse público é um lugar comum que dispensa definição e conceituação precisa”, o que, segundo seu entendimento, “poderia levar a uma utilização mais eficiente”.³⁹

Dessa forma, percebe-se a dificuldade em definir objetivamente o que seria interesse público, mesmo após uma análise da evolução histórica e diante da existência de parâmetros genéricos que norteiam este exercício. Faz-se necessário, portanto, abordar de outra maneira o conceito de interesse público, redefinir este conceito a fim de propiciar uma aplicabilidade segura e democrática de tal fundamento para ações da administração pública em sua relação com os cidadãos.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 90-91.

³⁷ PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 158.

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 58.

³⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Interesse público. *Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, Centro de Estudos, n.º 1, 1995. p. 10. apud JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo – 7. ed. rev. e atual.* Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 36.

Expostas essas afinidades, semelhanças e diferenças entre a noção de interesse público e a ideia de bem comum, parte-se para o estudo da lei (regra jurídica), entendida como espécie do gênero norma jurídica, que compreende também os princípios e mostrou-se para a doutrina, durante longo período, como um instrumento eficaz de delimitação do interesse público.

1.2 Do interesse público aos interesses públicos

Os grandes filósofos da antiguidade enxergavam o interesse público como um caso particular do problema mais geral da justiça. Entretanto, Maquiavel desmistificou essa ideia afirmando que o interesse público objetivava a formação e manutenção de um Estado forte que proporcionasse paz às pessoas e o conseqüente progresso da sociedade.⁴⁰

Essa busca conduziu ao absolutismo, no qual o interesse público era o interesse do déspota, e à crença de que, livre das disputas políticas, a coletividade poderia evoluir. Porém, não houve o esperado progresso porque, com a patrimonialização do aparato estatal, o povo trabalhava para custear o Estado que por sua vez sustentava a nobreza. O Estado era um instrumento de dominação e nunca se cumpriu um interesse público, porque este se confundia com os interesses pessoais dos detentores do poder.

Assim, tornou-se necessário separar e contrapor as esferas privada e pública,⁴¹ chamando a atenção o fato de que o público deveria ser único. A administração pública surge, então, para gerir o interesse público monolítico.⁴² Portanto, “o direito nasceu referido a um sujeito – a Administração Pública”.⁴³

⁴⁰ O histórico até aqui delineado encontra-se descrito em SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*. Tomo I - Introdução e Princípios Fundamentais. Lisboa: Dom Quixote, 2006, p. 100-101.

⁴¹ Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto define esfera privada como o predomínio da vida econômica e da ação individual e a esfera pública como campo de imposição das regras de manutenção das condições básicas de preservação do sistema econômico, concluindo que a partir do momento em que este poder (e os instrumentos e estruturas a ele inerentes – v.g., o aparato burocrático) não pode mais ser apropriado patrimonialisticamente pelo soberano nem depende mais intrinsecamente da sua pessoa ou de seus laços pessoais, será necessária a construção de uma argumentação que justifique a existência autônoma deste poder e que viabilize sua efetivação. Para tanto este poder precisa ser único, pois será concebido como originado e dirigido a todos os indivíduos (então concebidos como livres, iguais e autônomos) que compõem uma dada coletividade. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 43-44.

⁴² A pluralidade e as contradições deveriam ser superadas no parlamento quando da edição das leis que definiriam o interesse público e vinculariam a administração pública. Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “a legalidade significava a sujeição à lei editada pelo Parlamento, que era visto como o único ente que representava a vontade geral do povo.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. *Interesse público*, Porto Alegre, a. 6, n. 30, mar./abr. 2005, p. 48.

⁴³ *Ibidem*, p. 39.

O grande interesse público era assegurar a autonomia da vontade. Todavia, o caos urbano e social que se seguiu à revolução industrial redimensionou o interesse público de forma a exigir uma atuação estatal positiva.

Surge então o Estado Social, também chamado de Estado Administrativo, Estado Cultural, Estado de Bem-Estar e Estado-Providência e foi influenciado por vários acontecimentos sociopolíticos, dos quais cinco linhas foram expressivas: a transformação do Estado num sentido democrático, intervencionista e social; o aparecimento e o desaparecimento de regimes políticos autoritários e totalitários; a luta das mulheres ao acesso à igualdade na família, no trabalho e na participação política; a emancipação das colônias e sua transformação em Estados com sistemas político-constitucionais diferentes e a organização de uma comunidade internacional que defende e protege os direitos do homem.

É neste modelo de Estado que, finalmente, revelam-se a todos, os direitos fundamentais, incluindo-se neles os direitos econômicos, sociais e culturais, as liberdades e garantias individuais, o sufrágio universal e os partidos de massa.

Além disso, não obstante não ser uma característica de transição do Estado Liberal para o Estado Social, houve a substituição da monarquia pela república, o enriquecimento das Constituições e o alargamento dos fins do Estado e o crescimento de sua função administrativa, bem como a multiplicação dos grupos sociais, do papel que desempenham na sociedade e dos seus interesses.⁴⁴

Marcelo Rebelo de Souza⁴⁵ narra que o alargamento da função administrativa do Estado fez surgir neste período uma Administração Pública que não atuava apenas por atos unilaterais de autoridade, mas que se utilizava de instrumentos contratuais de natureza pública, o que permitia que ela viesse a realizar uma maior gama de necessidades coletivas.

Essa pluralidade dos fins acabou por revelar um Estado Social limitado, e incapaz de dar uma resposta eficiente aos recentes problemas oriundos da evolução da sociedade.⁴⁶

⁴⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I - Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 91-92.

⁴⁵ SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*. Tomo I - Introdução e Princípios Fundamentais. Lisboa: Dom Quixote, 2006, p. 100-101

⁴⁶ Vasco Pereira da Silva enumera algumas características da crise do Estado Social, destacando a 1) insuficiência e limitações das políticas econômicas baseadas no expansionismo da procura; 2) a ineficiência econômica da intervenção de um Estado que se alargou demasiadamente; 3) o surgimento da questão ecológica; 4) a insegurança pública decorrente do constante aumento das contribuições dos indivíduos para o Estado; 5) o risco de menor imparcialidade do Estado em função do abandono de sua clássica função de separação e superioridade relativamente à sociedade e 6) o alheamento dos cidadãos em face dos fenômenos políticos. SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 151 et. seq.

Em razão da administração haver sido a função "carro-chefe" do Estado Social, posta que à ela competiria, em grande parte, buscar atingir os interesses públicos a que se propunha o Estado Social, e dada a limitação em atender a todos esses fins, o modelo de Estado Social trouxe consequências à Administração, que se viu obrigada a readequar suas tarefas e formas de gestão, diante de um aumento exponencial de atribuições.⁴⁷

A partir do Estado Social assiste-se a uma verdadeira mudança de compreensão das funções e deveres da Administração Pública, que nos dizeres do Professor Vasco Pereira da Silva, toma uma "dimensão infra-estrutural" deixando de "estar orientada unicamente em função da resolução pontual de questões concretas para se tornar conformadora da realidade social".⁴⁸

Essas mudanças implicaram em múltiplas transformações da Administração Pública, assumindo relações multilaterais, segundo o Professor Vasco Pereira da Silva, levaram a:

proliferação de actuações administrativas de carácter geral, ou de medidas individuais de alcance não limitado aos imediatos destinatários, ou ainda ao surgimento de formas de actuação de carácter misto, que combinam aspectos genéricos com individuais, e que só muito dificilmente se enquadram nos esquemas tradicionais.⁴⁹

Além dessas mudanças na reestruturação da Administração Pública, iniciadas com o Estado Social, o novo modelo de administração⁵⁰ introduz uma nova lógica que permite e organiza a colaboração entre entidades públicas e privadas no exercício da função administrativa, o que vai permitir a parceria com instituições privadas ou mesmo com outras entidades públicas.

Cumpram ainda destacar que o Estado Democrático de Direito surge como uma tentativa de corrigir algumas falhas presentes no Estado Social, e que, na doutrina de Ivo Dantas, concilia "*duas das principais máximas do Estado Contemporâneo, quais sejam a origem popular do poder e a prevalência da legalidade.*"⁵¹

⁴⁷ SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 151 et seq.

⁴⁸ Ibidem, p. 155.

⁴⁹ SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 128.

⁵⁰ O Professor Vasco Pereira da Silva destaca que esse novo modelo de Administração, prospectiva ou prefigurativa, caracteriza-se pela "multilateralidade, alargamento da protecção jurídica subjectiva, durabilidade das relações jurídicas, esbatimento da diferenciação entre formas de actuação genéricas e individuais. Ibidem, p. 130.

⁵¹ DANTAS, Ivo. *Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas*. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 27.

Fundem-se, assim, as diretrizes do Estado Democrático com as do Estado de Direito, tendo em vista que formam uma forte relação de interdependência, brilhantemente observada por Bobbio, nos seguintes termos:

Estado Liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais.⁵²

Assim, forma-se um vetor de mão dupla: o direito fundamental da liberdade, garantido pelo Estado de Direito, é necessário para o regular exercício da democracia, a qual é condição singular para a existência, manutenção e ampliação desses direitos e garantias individuais, razão pela qual surge o Estado Democrático de Direito.

Do novo constitucionalismo emerge o conceito de democracia, onde esta se promove, segundo Pietro Costa a partir: “dos direitos fundamentais e invioláveis de pessoa: justamente um Estado democrático-constitucional, capaz de conjugar o poder do *demos*, a soberania popular, com a tutela dos direitos fundamentais dos sujeitos.”⁵³

E ainda:

A soberania absoluta do *demos* não pode ser condicionada pela experiência do passado: é característico do ímpeto revolucionário o senso de uma liberdade transbordante, capaz de moldar o mundo e o estimular na direção de uma meta crescente de civilidade.⁵⁴

Enfim, analisadas as mudanças estruturais do Estado, é possível verificar também as diferenças das relações mantidas entre Administração e particulares. Portanto, é imprescindível visualizar que o Direito Administrativo, que surgiu dando super-privilégios à Administração, se transforma no Direito que regula as relações jurídico-administrativas, que possuem natureza multilateral.

⁵² BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo*. Trad. Brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 20.

⁵³ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 235.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 242.

1.3 Interesse público e sua atualidade

O interesse público se constituiu, conforme já afirmado, como a principal categoria do Direito Administrativo. Foi em torno dele, com vistas à sua persecução pela Administração Pública, que essa disciplina jurídica desenvolveu a maioria dos seus caracteres.

Sem embargo disso, a doutrina, ainda que sempre tratando de questões que apresentam imediata pertinência com o interesse público, raramente voltou-se a examinar, com maior profundidade, o que seria efetivamente esse *interesse público*.

O interesse público foi tido tanto como um conceito jurídico indeterminado, tanto como o somatório dos interesses privados, quanto como o interesse das maiorias, etc. Todas essas tentativas de delimitá-lo, porém, nunca se mostraram suficientes para explicitar, efetivamente, o seu núcleo conceitual, isto é, a sua natureza em si.

Nesse sentido argumenta C.W. Cassinelli, para quem:

Políticos, funcionários públicos, jornalistas e professores de ciência política desde muito fazem uso da expressão “*interesse público*” sem visível embaraço e presumivelmente na expectativa de serem compreendidos. Recentemente, alguns autores têm posto em dúvida a propriedade dessa atitude sem crítica; têm procurado uma definição do interesse público e ocasionalmente têm sugerido que não é possível defini-lo.⁵⁵

Essa dificuldade em delimitá-lo torna a sua aplicação mais complexa, porquanto serve como expressão de amparo das ações dos governantes ao controle jurídico e, portanto, jurisdicional, uma vez que ações das mais diversas espécies poderiam ser subsumidas à expressão interesse público, mesmo as atividades realizadas a partir da vontade arbitrária do governante.

Por essa razão, a partir da década de 1990, no Brasil, diversos autores passaram a questionar, enfim, o que estaria contido neste conceito, de, até então, importância capital para a definição de políticas públicas e para o Direito do Estado. Nesse diapasão, Gerhard Colm exprime que:

O vago conceito de interesse público perde grande parte de sua imprecisão em consequência de debates políticos, de interpretações judiciais e de traduções em metas específicas de atuação e realizações econômicas. O fato é que é difícil imaginar que políticos, estadistas, juízes e funcionários ocupados na formulação de políticas de governo possam prescindir desse conceito. Até uma pessoa que seja inteiramente agnóstica com relação ao

⁵⁵ CASSINELLI, C. W. O interesse público na ética política. In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) *O interesse público*. Trad. de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967, p. 54.

interesse público como uma idéia metassociológica pode verificar que o conceito é necessário pelo menos como uma hipótese exequível, independente de sua correspondência com uma "realidade".⁵⁶

Passados vários anos a partir do início da discussão sobre a dificuldade que a terminologia interesse público traz em si, determinados doutrinadores passaram a advogar a substituição da expressão interesse público, como finalidade do Estado, pelos escopos da dignidade da pessoa humana e dos Direitos Fundamentais.

A partir da leitura de Marçal Justen Filho, tem-se que o autor propugna que o interesse público deva ser substituído, no âmbito do Direito Público, pela noção de Direitos Fundamentais, como se depreende de sua definição do Regime Jurídico de Direito Público:

o regime jurídico de direito público consiste no conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas diretamente ou indiretamente à realização dos Direitos Fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins.⁵⁷

Ainda que estes direitos, em alguma medida derivados do ideário da dignidade humana, componham os fins a que o Estado está também adstrito, para usar a expressão de Rui Cirne Lima:

deixar de utilizar todo o arcabouço teórico desenvolvido sobre o interesse público pode significar um retrocesso para a doutrina, haja vista que se trata de uma expressão de cunho universal, amplo, que, de certa forma imprecisa, permite que o Estado não fique restrito à salvaguarda dos direitos individuais, mas se volte à satisfação dos direitos coletivos, sociais.⁵⁸

Por essa razão, a substituição do interesse público pelos Direitos Fundamentais deve ser realizada com ressalva, na medida em que, sendo ela implementada, deve ser pela indicação explícita de quais Direitos Fundamentais deverão ser promovidos. Senão, corre-se o risco de deixar de lado uma expressão que, ainda que apresente dificuldades para a sua delimitação, possui uma conotação plural, coletiva, que se estende aos Direitos Fundamentais sociais.

A sua substituição pelos Direitos Fundamentais, sem indicar quais seriam, efetivamente, esses direitos, pode significar um retrocesso, quando se interpretar esses direitos

⁵⁶ COLM, Gerhard. O interesse público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl. (Org.), *O interesse público*. Trad. de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967, p. 133.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 48.

⁵⁸ LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 18.

apenas como os Direitos Fundamentais de primeira dimensão, como os políticos e os individuais, em pleno desacordo com o atual estágio da teoria do Estado.

Entretanto, o surgimento do Direito Administrativo, como instrumento de garantia dos administrados em face do poder despótico, surgindo no período revolucionário francês⁵⁹, não se deu exatamente desse modo, segundo sustenta Paulo Otero. A rigor, para o referido professor português:

“a associação da gênese do Direito Administrativo ao advento do Estado de Direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade, repetido por sucessivas gerações (...)”.⁶⁰

Há, portanto, conforme explicita Paulo Otero, uma ilusão, reiterada pela doutrina, de que o Direito Administrativo teria surgido como mecanismo de garantia dos direitos dos administrados.

E isso porque o surgimento desse ramo jurídico, que acabou por não suprimir antigos privilégios, mas consagrou (i) uma série de prerrogativas particulares para a Administração, (ii) um poder de atuação com ampla discricionariedade e (iii) a insindicabilidade do mérito das suas decisões, resultou em promover uma nova forma de reprodução das antigas práticas do regime pré-revolucionário e não a sua superação.⁶¹

Por esse motivo é que o autor português alude a um duplo equívoco na origem do Direito Administrativo: em primeiro lugar haveria, desde o surgimento do ramo jurídico em tela (i) uma evidente contradição do Direito Administrativo em face do princípio da separação de poderes e igualmente haveria, como acima explicitado, (ii) uma ilusão garantística da sua gênese.

⁵⁹ Argumenta Gustavo Binbenbojm que "(...) a certidão de nascimento do Direito Administrativo foi a *Loi 28 Pluviose* do ano VIII, editada em 1800, nos albores da Revolução Francesa, organizando e limitando externamente a Administração Pública. Tal lei simbolizaria a superação da estrutura do poder do Antigo Regime fundada, não no direito, mas na vontade do soberano (*quod regi placuit lex est*). A mesma lei que organiza a estrutura da burocracia estatal e define suas funções operaria como instrumento de contenção do seu poder, agora subordinado à vontade heterônoma do Poder Legislativo". BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 118.

⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 119.

⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. *Ibidem*, p. 119-120.

Argumenta Paulo Otero que o surgimento do Direito Administrativo como resultado da elaboração de novas regras e de princípios pelo *Conseil d'Etat* francês se revela contraditório com o princípio da separação de poderes, haja vista que, para o professor de Coimbra, o ativismo normativo da Corte de Estado francesa, que teria dado origem ao desenvolvimento pretoriano do Direito Administrativo, mostra-se incompatível com a concepção tradicional de aplicação judicial da lei, tal como formulada por Montesquieu.⁶²

Isso porque a jurisprudência da Corte substituíra o Legislador, agindo em seu lugar, ou em vez do parlamento. Ademais, todo esse Direito Administrativo pretoriano surgiu à margem da lei, fora do rótulo do direito comum, derogando os princípios de Rousseau e de Montesquieu. Abriu-se, por conseguinte, um amplo espaço de construção para o executivo de uma legalidade derogatória da lei. É por isso que se afirma que na interpretação francesa da separação de poderes, "julgar a Administração ainda é administrar".⁶³

É amplamente divulgado, ademais, que o Direito Administrativo nasce exatamente no momento em que o poder despótico aceita se submeter ao Direito, representando um milagre cada dia renovado, conforme a explicitação de Prosper Weil⁶⁴. Sustenta-se que o Direito Administrativo não seria o Direito de regência dos atos da Administração, mas o Direito de defesa da cidadania, contra a Administração.

Contudo, ao contrário do que é reiterado pelos manuais tradicionais, a criação de uma jurisdição administrativa particular, que subtraia a competência de julgamento dos litígios administrativos dos tribunais comuns não teve qualquer intuito garantístico. Baseou-se, antes, na desconfiança dos revolucionários franceses em face dos Tribunais judiciais, com vistas a impedir que o espírito de hostilidade presente nos julgadores limitasse a liberdade de ação das autoridades administrativas revolucionárias.⁶⁵

Criou-se, assim, um modelo de contencioso em que a Administração Pública julgaria a si própria. Em que o sistema do administrador-juiz não surge para garantir os particulares contra a Administração, antes tem a sua origem e a sua atuação vincada pela preocupação do poder executivo em ter a sua atuação subtraída do exame e do julgamento dos tribunais

⁶² BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados*: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 121.

⁶³ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 271.

⁶⁴ WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina Editora, 1977, p. 8.

⁶⁵ OTERO, Paulo. *Ibidem*, p. 275.

ordinários. Por isso é que se sustenta que essa forma de agir era característica do período anterior, despótico: “nesta matéria apenas encontramos a fórmula; ao Antigo Regime pertence a ideia”.⁶⁶

Entretanto, a doutrina, quase que à unanimidade, ignora essa crítica ao surgimento revolucionário ou milagroso do Direito Administrativo, tomando, enfim, essa seara como a garantidora da intangibilidade da esfera dos particulares pelo Estado, assim como mecanismo de disciplina jurídica da realização dos interesses públicos.

Argumentam muitos autores que o surgimento do Direito Administrativo fez com que o poder passasse a ser exercido por meio da lei, que expressaria, ao menos em tese, “a vontade geral segundo o dogma rousseauiano”.⁶⁷

Essa vontade geral, consoante os autores contratualistas, foi subsumida pelo Direito Administrativo não apenas à lei, mas ao ideário do interesse público, cuja realização, pelo Estado, legitimaria a autoridade estatal, pois esta estaria realizando o interesse de todos os membros da sociedade, buscando o bem comum, que, nessa perspectiva, era compreendido sob a rubrica do interesse público.

Sob esse entendimento, o interesse público era compreendido como:

o bem comum que constitui a raiz ou a alma de uma sociedade política, englobando os fins primordiais que caracterizam e fundam o Estado como a forma (actualmente) mais perfeita de organização social (...): é o interesse público por natureza, a *salus pública*, que se pode exprimir sinteticamente na composição de necessidades do grupo para a realização da Paz social segundo uma ideia de Justiça⁶⁸

Eis o porquê de o interesse público ter sido elevado a tão alta posição para o Direito Administrativo. A partir daí é que se passou a afirmar que o:

interesse público, de tal modo, é a verdadeira razão de ser e a verdadeira explicação do Direito Administrativo, o seu real fundamento, o que permite superar a afirmação de que o Direito Administrativo é o direito da administração pública para substituí-la por uma mais exata e geral, ao nosso juízo, de que o Direito Administrativo é o direito do interesse público, buscado através da atividade administrativa.⁶⁹

⁶⁶ OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, loc. cit.

⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Lengua de los Derechos: La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza, 1995, p. 109.

⁶⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Interesse público. In: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Lisboa, 1993, p. 277.

⁶⁹ ESCOLA, Jorge Héctor. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, p. 236.

Visto, portanto, que o Direito Administrativo não teve o seu surgimento relacionado exatamente com um “milagre”, representado pela submissão do soberano à lei, mas sim como um meio de legitimação de uma autoridade que, sob a autodenominação de revolucionária, buscava a satisfação dos seus próprios interesses, burgueses.

1.4 A busca do interesse público e sua funcionalização

Como já dito alhures, a desestruturação do modelo de Estado de Direito Liberal, devida à necessidade da intervenção estatal em determinados setores, ao menos com a sua intervenção normativa, fez com que a dimensão do Direito fosse revista, de modo que ele não poderia mais se sustentar apenas como um instrumento de garantia da preexistência da autonomia privada ou de direitos subjetivos em face de toda a comunidade. Nesse período, como será examinado no título subsequente, passou-se afirmar a dignidade humana como valor fundamental, não mais se admitindo direitos absolutos, seja do indivíduo, seja da coletividade, seja do Estado.

A disciplina jurídica, nessa linha, desenvolveu-se como meio de implementação dos fins eleitos pela comunidade e plasmados na Constituição. Ao mesmo tempo em que passou a vedar a existência de direitos ou poderes públicos a qualquer sujeito como modo de satisfação dos seus interesses exclusivos.

Não se tratou de negar a individualidade ou a autonomia privada dos sujeitos, mas sim a consagração de que a “individualidade não se faz às custas do sacrifício da individualidade alheia”.⁷⁰

É nesse passo que se reconhece “a vinculação dos ‘direitos’ e ‘deveres’ individuais e coletivos relativamente à consecução de certos fins, que transcendem a situação transitória dos titulares”,⁷¹ de modo que, qualquer norma jurídica tem natureza instrumental, no sentido não do “locupletamento individual do titular, mas da realização do bem comum”.⁷² Tal situação é que recebe a denominação de função, ou seja, induz a vinculação do direito à realização de fins que transcendem o interesse de seu titular.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 29.

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Loc. cit.

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. Loc. cit.

Em geral, tem-se que a função é a atribuição a um sujeito de um encargo de buscar a satisfação de um determinado interesse, transcendente à sua esfera pessoal. Em compensação à atribuição desse encargo, recebe o sujeito um poder jurídico, cujo conteúdo é variável.

Afirma-se que o conceito de função é integrado por três elementos, quais sejam: a transcendência do interesse a ser realizado, o dever do sujeito de perseguir a realização desse interesse e a atribuição de poder jurídico necessário para a realização desse interesse⁷³. O sujeito que realiza determinada função está submetido a uma série de deveres, representados pela doutrina como se fosse uma situação passiva:

A função produz situação passiva no sentido de que o sujeito tem deveres jurídicos a cumprir. Esses deveres se verificam em dois níveis distintos. Por um lado, o sujeito está obrigado a praticar todas as condutas necessárias e adequadas para atingir a satisfação do sujeito transcendente. Por outro, está proibido de praticar qualquer conduta incompatível com ou desnecessária para a satisfação do interesse transcendente. Esses deveres jurídicos são impostos no interesse da comunidade em seu todo.⁷⁴

A tentativa de delimitação pragmática desses deveres jurídicos se apresenta como essencial para a compreensão dos fins e das funções a que o Estado deve buscar satisfazer, consoante adiante explicitado.

1.5 Delimitação do interesse público

A ideia subjacente à expressão interesse público remete a inúmeros significados⁷⁵, razão pela qual o senso comum e a doutrina jurídica lhe atribuem múltiplas faces e sentidos, cada qual com perspectivas distintas. Por esse motivo, antes do exame propriamente dito da conformação jurídica do conceito em tela, faz-se relevante, sucinta apreciação acerca da

⁷³ JUSTEN FILHO. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 30.

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Id. Ibid.* Exemplificando essa posição, afirma Marçal Justen Filho que, nessa linha, “um agente policial tem (dentre outras) a função de impedir a prática de crimes. Isso significa o dever de interferir sobre a conduta alheia que se revela apta à consumação de ato criminoso. Portanto, o agente policial terá o dever jurídico, por exemplo, de interferir sobre o agir alheio, visando a interromper o iter criminis, valendo-se se necessário e inclusive, do uso da força. Essa conduta do agente policial caracteriza, simultaneamente, um poder jurídico, no sentido de que o criminoso tem o dever jurídico de sujeitar-se a ele. Mais ainda, nenhum outro integrante da comunidade pode opor-se a essa conduta. É possível, ainda além, que o agente policial, no desempenho de suas atribuições, venha a impor constrangimentos também a conduta de terceiros, que não tenham qualquer vínculo subjetivo com a prática do crime. Assim, o agente policial poderá exigir que os passantes se afastem do local onde ocorreu ou que se identifiquem, etc. Ou seja, o transeunte teria, em tese, a faculdade de transitar livremente por determinado local. Essa faculdade é suprimida em virtude de determinação do agente policial, que não pode ser validamente ignorada pelo passante. O fundamental está no reconhecimento de que a determinação do agente, proibindo o tráfego em certo local, caracteriza não propriamente um ‘direito subjetivo’ dele, mas simultaneamente um poder e um dever”.

⁷⁵ Exame elucidativo e pertinente acerca dos conceitos jurídicos e a sua expressão/significação é realizada por Eros Roberto Grau. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 141.

origem da terminação, da sua irrefutável importância na modulação histórica do Direito Público, bem como dos seus possíveis contornos.⁷⁶

O vocábulo interesse, para João Melo Franco e António Herlander Antunes Martins, é “a posição de um homem perante um bem, apto à satisfação de uma necessidade do mesmo homem”.⁷⁷ Contudo, trata-se de uma noção objetiva⁷⁸, não subjetiva, não é uma apetência ou um desejo. Para Rodolfo de Camargo Mancuso, por sua vez, interesse refere-se à ideia de vantagem⁷⁹, ou seja, designa o desejo de determinada pessoa em face de certa situação.

A expressão na língua portuguesa é derivada do verbo latino “Intersum”, que em sentido próprio, possui como significado a fórmula *estar entre*.⁸⁰ Baseando-se nisso, a doutrina⁸¹ assevera que a etimologia da palavra latina é a chave para apreender o seu significado: “inter” (entre) + “esse” (ser) = “interesse” (ser entre). Neste influxo, o interesse representaria a ponte entre um sujeito e um objeto, relacionando-os entre si, na qual o sujeito busca aquilo que reputa ser um bem capaz de satisfazê-lo.

Na esfera jurídica, o interesse constitui-se em alicerce de todos os ramos do Direito, salientando Marcello Caetano que interesse é, juridicamente, “(...) qualquer utilidade ou vantagem considerada em relação a certa pessoa”⁸², ou seja, o interesse é aquele decorrente das relações entre o indivíduo e as coisas. Atualmente, as acepções e noções acerca do vocábulo interesse têm sido exaustivamente, embora não exclusivamente, examinadas no domínio Direito Administrativo – para o qual a expressão interesse público assumiu, como antes afirmado, um carácter fundamental – bem como no âmbito do Direito Constitucional, do

⁷⁶ Argumenta Brian Berry que “em vez de sermos mesmerizados pela contemplação da pseudoquestão sobre o que é o interesse público, observemos as palavras ‘interesse’ e ‘público’ no seu uso diário na conversação e vejamos se é possível dar algum sentido ao ‘interesse público’”. In: BERRY, Brian. O uso e o abuso de “o interesse público”. In: FRIEDRICH, Carl (Org.) *O interesse público*. Trad. de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967, p. 193.

⁷⁷ FRANCO, João Melo; MARTINS, António Herlander Antunes. *Dicionário de conceitos e princípios jurídicos*. 3. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 504.

⁷⁸ Ana Prata também sustenta que “numa concepção objectivista, o interesse caracteriza-se como a relação que existe entre um sujeito e um bem jurídico que é apto a satisfazer uma sua necessidade”. In: PRATA, Ana. *Dicionário Jurídico*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1990, p. 332.

⁷⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 19.

⁸⁰ FARIA, Ernesto. *et al. Dicionário Escolar Latino-Português*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956, p. 501.

⁸¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público. In: *Revista Jurídica Virtual*. vol. 2. n. 13 - junho/2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/princ-etico.htm> Acesso em 10 mar. 2012.

⁸² CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 446.

Direito Processual e do Direito do Consumidor, nos quais as definições de interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos se fazem prementes.⁸³

1.6 Interesse público: necessidade de uma demarcação semântica mínima

De início, antes de se buscar promover qualquer consideração sobre a conceituação jurídica do interesse público, há de se reconhecer a imensa dificuldade da tarefa, inclusive, pelo fato de ele ser considerado, por muitos autores, ainda, um conceito jurídico indeterminado.

A noção de interesse público para o direito francês e para todos os que seguiram a mesma linha de desenvolvimento do sistema jurídico romano-germânico foi (e ainda é) utilizada como critério de caracterização do Direito Administrativo. Nessa linha, configura-se como o elemento teleológico a que todas as atividades administrativas deveriam se voltar.

Serviu também como mecanismo de diferenciação entre o direito público e o direito privado. O Direito Público seria aquele que se voltaria à proteção e realização dos interesses públicos, em regra indisponíveis, ao passo que o Direito Privado seria aquele destinado à regulação dos interesses privados, em regra, disponíveis.

Além de atuar como critério de separação entre o direito público e o direito privado, deriva da concepção predominante do interesse público, a sua primordial função como pedra de toque do Regime Jurídico de Direito Público ou Administrativo; porquanto, da tradicional noção de interesse público, emanam dois postulados que atuaram como vetores na presidência do Direito Administrativo: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público.

Nada obstante as múltiplas críticas levadas a efeito nos últimos anos sobre o ideário da supremacia⁸⁴ do interesse público sobre o interesse privado, segundo o ponto de vista ainda

⁸³ Neste influxo, manifestam-se: MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 63 e MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público. In: *Revista Jurídica Virtual*. vol. 2. n. 13 - junho/2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/princ-etico.htm> Acesso em 10 mar. 2012.

⁸⁴ Não se pode olvidar a pertinência das críticas sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Ele, o interesse público, conforme o regime de Direitos Fundamentais adotado pela Constituição de 1988, não é absoluto e, portanto, não prepondera, automaticamente, sobre os interesses privados. Como os Direitos Fundamentais não são absolutos, o interesse público também não o é. Nesse sentido, argumenta Alexandre Santos Aragão que “não há um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos. A “Supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público

predominante, essa proeminência do interesse público sobre o interesse privado significa que os interesses privados não poderiam sobrepor-se aos interesses públicos⁸⁵.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se a supremacia do interesse público sobre o privado:

de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos ou resguardados.⁸⁶

Dessa posição de superioridade para a Administração Pública decorreriam duas consequências: “(i) a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares e (ii) a posição de supremacia do órgão nas mesmas relações”.⁸⁷

Já a indisponibilidade, nessa mesma vertente, significa a impossibilidade de sacrifício do interesse público, que tem obrigatoriedade de realização, pelo Estado. Na lição da doutrina, esse postulado significa que:

sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os represente não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.⁸⁸

Tais postulados são relevantes, na medida em que funcionam como meio de explicitação do modelo de regime jurídico que foi adotado pelo Estado brasileiro, para a

Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 04.

⁸⁵ Gradativamente, essa posição tem sido alterada, a partir da compreensão de que o interesse público, quando em conflito com interesses privados e esses interesses privados envolvam Direitos Fundamentais, deve ser ponderado com o interesse privado envolvido. Nesse sentido, Paulo Ricardo Schier explicita que “um último grupo de colisão entre interesses públicos e privados, que não venham a se enquadrar nos anteriores, deverá ter solução remetida à ponderação de princípios (ou valores) diante do caso concreto, através não de mediação legislativa, mas sim jurisdicional (levando-se em conta, sempre, critérios de proporcionalidade e razoabilidade). Aqui o juiz, em face de cada caso concreto, deverá, sem adotar nenhum critério de preferência predeterminado, decidir, em face dos diversos elementos que integram o âmbito normativo de cada preceito em conflito, qual deverá prevalecer”. SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesses Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 236.

⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 60.

⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Id. *Ibidem*, loc. cit.

⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Id. *Ibidem*, p. 64.

conformação do seu aparelho administrativo. Esse regime jurídico funda-se, de um lado, na concessão de certas prerrogativas à Administração Pública com vistas à persecução desse interesse público e, de outro, no delineamento de determinadas sujeições ao Administrador Público, para que tenha a sua esfera de atuação juridicamente delimitada.

Ainda que os elementos da supremacia⁸⁹ do interesse público e da sua indisponibilidade, de certa forma, sejam proveitosos para a compreensão histórica do desenvolvimento do Estado brasileiro e de todo o seu aparato de ação administrativa, a utilização deles propicia dificuldades extremas, pois eles não permitem a identificação do conteúdo do próprio interesse público, que, nessa perspectiva, seria indisponível e teria superioridade aos demais interesses existentes na sociedade.

Em outras palavras, mesmo decorrentes da noção de interesse público, os postulados da sua supremacia e da sua indisponibilidade, não possibilitam a identificação jurídica do próprio interesse público de que decorrem, o que “dá margem a arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais”.⁹⁰

Há na doutrina do Direito Administrativo, tanto nacional, como estrangeira, uma multiplicidade de estudos acerca dos fenômenos da supremacia⁹¹ e da indisponibilidade do interesse público, entretanto, são poucos os estudos que se voltam ao exame do conteúdo propriamente dito do interesse público⁹². Eis porque Eros Roberto Grau menciona que “a questão do interesse público, contudo, permanece, sem dúvida, sendo a grande questão do Direito Administrativo, ainda que os administrativistas, em regra, não a discutam”.⁹³

Em face da dificuldade para se delimitar juridicamente o interesse público, impõe-se ao menos tentar a realização de uma conceituação negativa do interesse público, isto é, tentar-se demonstrar o que o interesse público não seria.

⁸⁹ Como antes indicado, a supremacia do interesse público sobre o privado, hoje, é objeto de profunda revisão. O texto pioneiro apontando para a inadequação do referido princípio ou postulado foi o de ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse público sobre o Particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O direito público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127.

⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

⁹¹ Indispensável é a alusão à obra, já citada, organizada por Daniel Sarmiento e intitulada: *Interesses públicos versus interesses privados*: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público. Na obra em tela, os autores procuraram demonstrar que o postulado da supremacia do interesse público sobre o interesse privado está em desacordo com a atual sistemática delineada pela Constituição Federal para o regime jurídico do Estado.

⁹² Em sentido contrário à possibilidade de aferição de uma noção acerca do interesse público, manifesta-se Luís Filipe Colaço Antunes, para quem “de um ponto de vista técnico-jurídico deve concluir-se pela impossibilidade de definir um conceito de interesse público material, com validade prática geral, que não seja, no essencial, um conceito mistificante”. In: ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo*: para uma legitimação procedimental. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p. 36.

⁹³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 124.

Para que se possa, contudo, ter-se uma delimitação mais precisa da própria noção de interesse público, na contemporaneidade, assim como das repercussões dele decorrentes, conveniente se mostra iniciar o exame da sua própria delimitação semântica.

1.7 Critérios para a aferição e delimitação da noção de interesse público

Inicialmente, deve ser reconhecida a dificuldade para a definição do interesse público, seja pela variada aplicação do termo, desde a política, na qual é utilizado frequentemente para embasar e motivar ações das mais diversas ordens, até o Direito, onde chega a assumir o caráter de um conceito jurídico indeterminado. Impõe-se observar ainda, necessariamente, mais um empecilho para a qualificação ou apenas delimitação do interesse público, qual seja, a impossibilidade de defini-lo *in abstracto*, visto que a sua aplicação ocorre somente no caso concreto.

Essas dificuldades, contudo, não impedem que se possa intentar o aprofundamento do núcleo do conceito do interesse público, o que pode propiciar, inclusive, maior precisão (e utilidade) na sua aplicação.⁹⁴ Com esse intuito, utiliza-se a doutrina jurídica de inúmeros meios (fórmulas e critérios) para a aferição e delimitação do *interesse público*, como critérios de quantidade, nos quais toma-se como pressuposto a dissensão entre o interesse da maioria e o interesse da minoria, bem como a relação entre o todo e a parte, de modo a qualificá-lo como interesse de determinados grupos ou instituições, como o Estado e a própria sociedade. Outra fórmula para a aferição do interesse público é o seu isolamento em face do interesse privado; ou relacionando-o com noções filosóficas, como o bem comum; dentre tantos outros meios de delimitação.

Para além desses critérios sumariados para a aferição ou para a delimitação do interesse público, a doutrina ainda indica alguns pontos de vista⁹⁵ sobre os quais é possível se analisar o interesse público: o ponto de vista metassociológico, o sociológico, o judicial ou legal e o econômico.⁹⁶

⁹⁴ JUSTEN FILHO. Marçal. *Curso de direito administrativo*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

⁹⁵ Esclarece-se que a expressão ‘ponto de vista’, neste caso, deve ser compreendida tão somente como sinônima de perspectiva.

⁹⁶ Essa classificação é adotada por COLM, Gerhard. O interesse público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) *O interesse público*. Trad. de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967, p. 126 et seq.

Levando-se em conta essa classificação, pode-se afirmar que o ponto de vista metassociológico seria aquele derivado de um sistema unitário de valores, como ocorre em sociedades teocráticas ou monolíticas em que só seria de interesse público aquilo que estivesse em consonância com esse valor supremo e unitário.

Para o horizonte sociológico, o interesse público seria aquele em que os valores se manifestam unicamente através das articulações sociológicas, que são expressões sociais ou de grupos. Apesar da diversidade de interesses de uma pessoa ou grupo para outro, “a mescla de interesses pessoais e gerais difere nos vários grupos e indivíduos, porém destas variações na importância atribuída aos valores surge um consenso acerca do que constitui o interesse público dentro do marco de referência da sociedade particular e de sua cultura”.⁹⁷

O ponto de vista legal ou judicial, esclarece o referido autor que se refere precisamente à supremacia do interesse público sobre o particular, que é invocada como fundamento das medidas restritivas e sancionatórias das atividades pessoais ou coletivas.

O uso do conceito de interesse público nesse sentido permite considerações que são superiores aos interesses particulares, e inclusive permite à interpretação judicial das leis positivas marchar ao compasso dos desenvolvimentos efetivos no conteúdo do conceito.⁹⁸

Ao final, é possível verificar, ainda, a visualização econômica relativa ao interesse público, a qual o considera sob uma perspectiva mais específica, pois que se definem em determinadas metas de execução e de realização⁹⁹.

Segundo o citado autor, as metas de execução seriam aquelas que têm por escopo assegurar o regular funcionamento da economia, ao passo que as metas de realização seriam aquelas que inferem do conceito do interesse público, conteúdos específicos como um nível adequado de vida para o povo, educação, defesa, conservação e incremento dos recursos de maneira mais apropriada para as necessidades dos países em desenvolvimento.

⁹⁷ COLM, Gerhard. O interesse público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) *O interesse público*. Trad. de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967, p. 126.

⁹⁸ COLM, Gerhard. Loc. cit.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 130.

1.7.1 A lei como meio de fixação do interesse público

No período em que se inicia a idade moderna e o Estado passou, a rigor, a conformar-se como Estado de Direito, não havia qualquer tipo de implementação de políticas sociais, até mesmo porque estava o Estado subordinado a uma concepção liberal clássica.

Segundo essa perspectiva, a divisão entre o público – regido pelo interesse público – e o privado – cujo princípio regente era a autonomia privada – mostrava-se evidente e não se cogitava de uma atuação positiva do Estado, atuando perante a sociedade e intervindo no domínio econômico para a implementação de políticas públicas que apontassem à promoção da igualdade econômica e social. Tão somente atuava o Estado na manutenção da ordem pública e na garantia da propriedade privada e da liberdade contratual.

Nesse período, é possível afirmar que o paradigma predominante acerca do interesse público era a sua correlação a esses valores protegidos pelo ente público. Contudo, não havia uma direta e imediata correspondência entre eles, visto que o interesse público, não recebia grande atenção conceitual, pois era disciplinado em conjunto com outros termos e institutos jurídicos e especialmente, no Direito Administrativo, como ordem pública, liberdade, propriedade, etc...

Ao legislador cabia, ao tempo do modelo de Estado referido, a exata definição do interesse público, haja vista o fato de que todas as suas manifestações eram decorrentes de lei, na qual a referida categoria era minuciosamente delimitada e objetivado o seu alcance.

O administrador público, que não exercia atuação positiva frente à sociedade, limita-se a garantir as liberdades individuais dos administrados, liberdades estas que eram compreendidas como núcleo do interesse público.

Não havia a necessidade de se discutir o que seria ou não interesse público, porquanto este estaria sempre, por lei, indicado, e, mesmo que eventualmente não estivesse, o seu conceito permanecia sempre relacionado exclusivamente ao ideário de segurança pública, e de garantias de propriedade e de contratar.

Com a implementação do Estado do Bem-Estar Social¹⁰⁰, todavia, a delimitação do interesse público passou a ser imperiosa, visto que não cabia mais tão somente ao legislador

¹⁰⁰ Embora haja muitos autores que discordem da implementação de um modelo de Estado de bem-estar social nos países periféricos, toma-se aqui, tão somente, a ideia do momento histórico a que ela se refere.

definir o que se trataria de interesse público, mas também ao administrador no exercício de sua função de implementação de políticas públicas e de redução das desigualdades sociais.

1.7.2 Os interesses da maioria *versus* os interesses da minoria

Com certa margem de certeza, é possível a afirmação de que a sociedade, e mesmo a doutrina, consideram o interesse público simplesmente como o interesse da maioria. Para essa concepção, basta a maioria dos indivíduos da sociedade identificar um interesse comum, que ele seria público.

Esse ideário, contudo, é passível de inúmeras críticas. Consoante Marçal Justen Filho:

“não há como localizar uma maioria propriamente dita, com cunho de permanência. Nem existe um conjunto suficientemente homogêneo de interesses privados ao que se pudesse atribuir a condição de interesse da maioria. Sempre haveria uma pluralidade de sujeitos com interesses contrapostos e distintos”.¹⁰¹

Aliás, além da dificuldade de localização do que seria a maioria da população, mostra-se ainda mais complexo o fato de que o interesse público, pode muitas vezes ser coincidente com o interesse da minoria da população. Nesse caso, poder-se-ia afirmar, a título de exemplificação, que em determinada sociedade, sem dúvida, *o interesse público* poderia ser o de proteção de um grupo étnico minoritário, mesmo em contraposição à vontade da maioria dos membros da sociedade.

Há ainda inúmeras restrições a esse critério, merecendo destaque a seguinte passagem:

Nem seria o caso de considerar a maioria como titular de dois interesses simultaneamente. Um seria aquele contraposto ao da minoria. Mas, ao mesmo tempo, a maioria teria interesse em que a minoria fosse prestigiada. Logo, seria interesse público tanto o da maioria quanto o da minoria. Neste caso, o interesse da minoria seria público não por alguma característica própria, mas por ser titular da maioria. A construção é obviamente artificiosa e impossível de ser sustentada. Basta lembrar que adotada tal concepção, desaparecerão os interesses privados: todos serão públicos.¹⁰²

Registre-se, também, que na República democrática, apesar da prevalência do interesse da maioria quantitativa, os interesses da minoria também são garantidos, segundo os parâmetros que a Constituição determina. Ademais, o interesse público não pode ser tomado

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122.

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. *Loc. cit.*

abstratamente como sinônimo de interesse da maioria, haja vista o fato de que existem nas sociedades interesses de minorias que se relacionam com intensidade muito maior ao interesse público que interesses da maioria, como a imperativa tutela de minorias raciais, através de políticas de inclusão social, etc.

1.8 A titularidade do interesse público

É possível a afirmação de que a noção de *interesse público*, em seu desenvolvimento histórico, sempre veio relacionada à ideia de interesse do Estado. Aliás, a clássica apreciação circular de que o interesse é público porque atribuído ao Estado e atribuído ao Estado porque público¹⁰³, sempre esteve presente na tradição jurídica ocidental. Quando do surgimento do Estado Moderno (séculos XVI e XVII) não seria exagerado afirmar-se que a totalidade dos interesses públicos estaria na titularidade estatal. O interesse público e o interesse do soberano, neste momento, confundiam-se.¹⁰⁴

Entretanto, a própria concepção de titularidade deve ser vista com reserva, haja vista a ideia de domínio (propriedade) a que ela traz ínsita e a sua pendência com a noção de administração.¹⁰⁵

Com efeito, cumpre à administração pública o exercício da função administrativa, haja vista não possuir a titularidade do interesse público. Para Santi Romano, a titularidade do interesse público é “poder que se exerce, não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas sim por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”.¹⁰⁶ Destarte, a função administrativa estatal, como já afirmado anteriormente, está irremediavelmente vinculada a uma finalidade de interesse público.¹⁰⁷

Pode-se afirmar que a titularidade do interesse público esteja na sociedade, contudo, a sua gestão está a cargo especialmente do Estado, haja vista ainda a impossibilidade, cada vez

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

¹⁰⁴ JUSTEN FILHO. Marçal. Loc. cit.

¹⁰⁵ Nesse sentido, assevera Ruy Cirne Lima que a utilização da palavra administração designa a atividade de quem não é proprietário, distinguindo a administração da propriedade, nos seguintes termos: “propriedade *lato sensu* pode dizer-se o direito que vincula à nossa vontade ou à nossa personalidade um bem determinado em todas as suas relações. Opõe-se a noção de administração à de propriedade, visto que, sob administração, o bem se não entende à vontade ou personalidade do administrador, porém à finalidade a que essa vontade deve servir” (LIMA, Ruy Cirne apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86).

¹⁰⁶ SANTI ROMANO. *Princípios de direito constitucional geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 145.

¹⁰⁷ BORGES, Alice Gonzáles. Interesse público: um conceito a determinar. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 205. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 109.

mais presente e discutida, de particulares exercerem e gerirem muitos dos interesses classificados como públicos.

Ainda deve-se ressaltar que o desenvolvimento das sociedades e a urgente necessidade do cumprimento de atividades relacionadas com o interesse público, como a proteção ao meio ambiente, promoveram o surgimento de entidades paraestatais que pudessem desempenhar estas atividades relacionadas intrinsecamente ao interesse público. É o que se pode denominar de espaço público não-estatal, vez que realiza atividade cujo fim é próprio do interesse público, todavia, desvinculado diretamente de órgãos estatais realizar, coadunando com o Estado Democrático de Direito no fortalecimento dos direitos individuais e autonomia privada dos cidadãos, na construção de uma autonomia pública plena.

1.9 O Estado como gestor do interesse público

Apesar do surgimento dessas entidades, pode-se afirmar que o Estado ainda é o gestor por excelência dos interesses públicos existentes na sociedade. Seja porque os particulares ainda não possuem condições de realizá-los por si, seja porque demandam recursos e técnicas complexas que somente o Estado está apto a desempenhar.

Afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

em primeiro lugar, não se pode dizer que o *interesse público* seja sempre aquele próprio da Administração Pública; embora o vocábulo ‘público’ seja equívoco. Por isso, pode-se dizer que, quando utilizado na expressão *interesse público*, ele se refere aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem. A Administração Pública não é a titular do *interesse público*, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção.¹⁰⁸

O desenvolvimento político e social experimentado pelas sociedades e o reconhecimento de interesses públicos não estatais,¹⁰⁹ trouxe à tona a discussão acerca da titularidade do interesse público pelo Estado e a superação da ideia de que todos os interesses titularizados ou geridos pelo Estado seriam públicos. Marçal Justen Filho afirma que assertivas dessa ordem exigem “exame crítico, haja vista que o conceito de interesse público

¹⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 161.

¹⁰⁹ Com destaque para as atividades desempenhadas pelas ONGs (Organizações não governamentais), pelas OSCIPs (Organizações da Sociedade Civil de Interesse público) e pelas OSs (Organizações Sociais).

não se constrói a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica insuperável e frustração de sua função”.¹¹⁰ Segundo, ainda, o autor:

definir o interesse como público porque titularizado pelo Estado significa assumir uma certa escala de valores. Deixa de indagar-se acerca do conteúdo do interesse para dar-se destaque à titularidade estatal. Isso corresponde à concepção de que o Estado é mais importante do que a comunidade e que detém interesses peculiares. O tratamento jurídico do interesse público não seria consequência de alguma peculiaridade verificável quanto ao próprio interesse, mas da supremacia estatal. Como o Estado é instrumento de realização de interesses públicos, tem de reconhecer-se que o conceito de interesse público é anterior ao conceito de interesse do Estado.¹¹¹

Portanto, cumpre reconhecer que a titularidade ou mesmo a gestão do interesse público mais se mostra como critério adequado para a determinação ou mesmo para a delimitação de interesses classificados como públicos, derivando daí a importante constatação de que “o interesse é público não porque atribuído ao Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público”.¹¹²

2 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Após delimitar a definição de interesse público, deve-se trazer à baila a discussão acerca do princípio da supremacia do interesse público.

Sem dúvida, a busca pela realização do interesse público é um compromisso indisponível da Administração Pública. No Direito Administrativo Brasileiro, ao interesse público é dado o tratamento de primazia frente ao interesse dos particulares. A função da supremacia teria um duplo efeito: o primeiro remete às prerrogativas do Estado, em especial ao atributo de imperatividade, que justifica a Administração Pública constituir obrigações unilaterais aos particulares e também modificar unilateralmente as obrigações já constituídas; o segundo vincula a atuação administrativa à exigência de legitimidade, pois as prerrogativas atribuídas à Administração pelo sistema jurídico condicionam-se à realização do interesse público.

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse e a personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 117.

¹¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Loc. cit.*

¹¹² *Id. Ibidem*, p. 116.

Celso Antônio Bandeira de Mello além de sistematizar a superioridade do interesse público sobre o privado, proclamou como consequências desse princípio: a) a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e exprimi-lo nas relações com os particulares; b) a posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.¹¹³

Em virtude do já sustentado conteúdo variado do conceito de interesse público e em decorrência de alguns desvios históricos no emprego da supremacia do interesse público por determinados governos, inclusive ditatoriais, ganha força uma visão crítica acerca do tema, a qual discute a própria viabilidade de se falar em princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, inclusive pelas razões anteriormente expostas.

2.1 Origem

O Direito Administrativo Brasileiro tem como pilar, predominantemente, o Direito Administrativo Francês, que a partir da Revolução de 1789 apresenta-se com novo paradigma: o poder do Estado, antes identificado com o próprio soberano, é fracionado e atribuído a três órgãos distintos: os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo.

Influenciado pela busca de liberdade e por ideais liberais, nessa época nasce o Estado Liberal, em que era mínima sua interferência nas relações mantidas entre os particulares.

A partir do final do século XIX, principalmente pela observação das ideias iluministas, que o Estado deixou sua posição passiva frente aos interesses particulares, que se relegava à mera fiscalização, e passou a buscar a justiça social e o bem comum, verdadeiro papel do Estado.

Desde então o Estado tem que abandonar sua posição de mero espectador, passando a atuar no âmbito da atividade exclusivamente privada. Começam a surgir reações contra o individualismo jurídico, em decorrência das fortes transformações acontecidas nas ordens econômica, social e política, ocasionadas pelos próprios resultados funestos daquele individualismo exacerbado.

Surge então o Estado Social que toma para si o encargo de satisfazer as necessidades coletivas e também de colocá-las a frente de toda a função administrativa. Nessa época ocorre a transição, em que o direito passa a ser visto como meio para a consecução da justiça social,

¹¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 54.

do bem-estar coletivo, do bem comum, deixando de ser mero instrumento de garantia de direitos individuais.

O Estado torna-se verdadeiro defensor do interesse coletivo e ao interesse público é conferido um *status* de supremacia. Em nome dessa primazia do interesse público ocorrem inúmeras transformações, como ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender as necessidades coletivas, com a ampliação do conceito de serviço público. Ocorrem mudanças também com o poder de polícia do Estado, que passa a impor obrigações positivas, deixando de impor apenas obrigações negativas. Além disso, também ampliou seu campo de atuação, passando a abranger a ordem econômica e social, além da ordem pública.¹¹⁴

No plano constitucional surgem novos preceitos que revelam a interferência estatal no direito de propriedade e na vida econômica, tais como as normas que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social; as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade e as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como minas e demais riquezas do subsolo. Também os interesses difusos como meio ambiente, e o patrimônio histórico e artístico começam a ter tratamentos diferenciados do Estado.

2.2 Fundamentos do princípio da supremacia do interesse público

Como o Direito Administrativo Brasileiro é de elaboração pretoriana e, embora não sendo codificado, é regulado por centenas de leis, decretos, portarias, etc., os princípios representam um importante papel nessa seara do direito, possibilitando à Administração Pública e ao Judiciário definirem o equilíbrio entre os direitos dos particulares e as prerrogativas da Administração.

Como já descrito anteriormente, a maior parte dos estudiosos tradicionalistas brasileiros¹¹⁵ afirmam que, no Brasil, o Direito Administrativo se constrói sobre os princípios

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 76.

¹¹⁵ Vale aqui ressaltar os ensinamentos de Marçal Justen Filho, que afirma que segundo a concepção prevalente no Brasil, o regime jurídico de direito público, que preside o direito administrativo, define-se pela supremacia do interesse público e por sua indisponibilidade pela administração. Segundo o autor o interesse privado não pode prevalecer sobre o público, razão pela qual a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes na sociedade. Já a indisponibilidade é uma decorrência da supremacia, indicando a impossibilidade de sacrifício ou transigência do interesse público. Afirma que para os defensores desse entendimento, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público vinculam-se diretamente com o princípio da República que impõe a distinção entre a titularidade e o exercício do interesse público. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva: 2005, p. 35).

da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público pela Administração.¹¹⁶

Segundo esses Autores, esse princípio é pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam se sentir garantidos e resguardados,¹¹⁷ se considerado os diversos grupos econômicos, culturais e ideológicos com demandas múltiplas, conflitantes e por vezes antinômicas. Asseguram que da superioridade do interesse da coletividade decorre sua prevalência sobre o interesse do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.¹¹⁸

Os defensores do princípio indicam a necessidade de autoridade da Administração como fundamento das prerrogativas públicas embasadas na supremacia do interesse público.

Seria, pois, um pressuposto lógico do convívio social, inerente a qualquer sociedade¹¹⁹ e deve inspirar tanto o legislador quanto vincular a autoridade administrativa em toda sua atuação. A supremacia do interesse público não seria, assim, um privilégio da administração, mas sim uma garantia dos administrados de que o seu patrimônio comum será gerido de acordo com as finalidades eleitas pela coletividade.

Invocando os ensinamentos de García de Enterría, Alice Gonzalez Borges revela que cabe à Administração Pública no seu cotidiano, num primeiro momento, interpretar o interesse público, para aplicá-lo às hipóteses da realidade. Num momento posterior, cabe ao Judiciário, em juízo de legalidade, examinar o preenchimento desse conceito jurídico indeterminado em consonância com as Leis e a Constituição.¹²⁰

¹¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 47.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 60.

¹¹⁸ O administrativista José Cretella Júnior aduz que: “Este princípio, princípio da supremacia do interesse público, que informa todo o direito administrativo, norteando a ação dos agentes na edição dos atos administrativos e dos órgãos legiferantes nos processos normogênicos, de maneira alguma é princípio setorial, típico, específico do direito administrativo, porque é comum a todo o direito público, em seus diferentes desdobramentos, já que se encontra na base de toda processualística, bem como na raiz do direito penal e do constitucional. Não há lei que não atenda ao interesse coletivo; não há processo que não procure concretizar o equilíbrio social, dando razão a quem tem, mediante a efetivação de medidas indiscriminatórias, que afastam a pretensão pessoal, quando esta não coincide com o ideal-arquétipo de justiça eleito pela coletividade a que pertençam os demandantes; não há, mesmo nos atos administrativos de caráter individual, a ausência da supremacia do público sobre o privado.” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Princípios informativos do direito administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968).

¹¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ibidem*, p. 87.

¹²⁰ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, 2007, p. 5.

Marçal Justen Filho ensina que:

afirmar sua supremacia corresponde a reconhecer natureza instrumental aos poderes titularizados pelo Estado e agentes públicos. O exercício das competências públicas se orienta necessariamente à realização do referido interesse público. Isso significa que a interpretação de todas as normas atributivas de poder funda-se em diretriz hermenêutica fundamental, afetando todas as relações jurídicas contidas no âmbito do Direito Administrativo. A construção doutrinária que privilegia o interesse público representa uma evolução marcante em direção à democratização do poder político.¹²¹

2.3 Supremacia do interesse público e soberania popular

Certos defensores da primazia do interesses público frente ao interesse do particular vislumbram que a vontade geral popular, definida como aquela que representa o bem-estar geral de uma coletividade, é que determina o interesse público que deve ser atendido pela ação do Estado.

Assim, defendem que a supremacia do interesse público é reflexo do princípio da soberania popular, consagrado no parágrafo único do Artigo 1º. da Constituição da República de 1988: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente, nos termos da Constituição”.

Nessa esteira de raciocínio estaria amparado o princípio democrático difundido no ordenamento jurídico de que o governo “é do povo, pelo povo e para o povo”,¹²² reforçando a ideia de que a Administração está apenas legitimada a cumprir os interesses previamente definidos em lei.¹²³

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva: 2005, p. 115-116.

¹²² Segundo José Afonso da Silva, “Governo do povo significa que este é fonte e titular do poder (todo poder emana do povo), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo o regime democrático. Governo pelo povo quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular, que se apoia no consentimento popular; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder, que se efetiva pela técnica da representação política (o poder é exercido em nome do povo). Governo para o povo há de ser aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 135).

¹²³ Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “a legitimidade deriva-se diretamente do princípio democrático, informando a relação entre a vontade geral do povo e as suas expressões políticas, administrativas e judiciárias. Ela é captada a partir dos debates políticos pelos instrumentos de participação políticas dispostos pela ordem jurídica, e, daí, impregnando toda a estrutura do Estado democrático, passa a ser necessariamente informativa, em maior ou menor grau, de toda ação, conforme o grau de discricionariedade de decisão aberto pela Constituição e pelas leis do País, aos legisladores, administradores ou juízes”. Ressalta o autor que historicamente a legitimidade precedeu a legalidade e por vezes a legalidade foi ilegítima e a legitimidade foi ilegal, “até que se fez sentir uma novíssima necessidade social” de conciliar os dois institutos pela submissão de todos os processos políticos ao Direito. “Com a consciência desse fundamental interesse foi possível estruturar-se uma organização política submetida simultaneamente à lei – o Estado de Direito – e ao interesse social

Nos dizeres de Hidemberg Alves da Frota:

quando predomina o interesse público, prevalece a soberania popular. A busca do agente público pelo bem-estar geral da sociedade exalta a ânsia do povo pelo aprimoramento do ambiente em que vive, de seus pares, de si próprio e das instituições estatais. Fazer valer o interesse público significa priorizar a vontade do povo. Quando o agente público deixa de visar ao interesse público, afronta a ordem jurídica, despoja-se do dever de servir à sociedade. Incorre em ilegalidade mancomunada com ilegitimidade. Além de fraudar o Direito - máxime o Direito Legislado – trai o povo.¹²⁴

Assim, para os defensores dessa ideia, o princípio da soberania popular é indissociável do princípio da supremacia do interesse público, vez que se o agente público transgredir a finalidade da norma jurídica estará desmerecendo a confiança depositada pelo povo no Poder Público para concretização do interesse público.¹²⁵

2.4 Críticas

Apesar de no Brasil a maioria da doutrina¹²⁶ sustentar a existência de uma primazia do interesse público sobre o particular, existem posições divergentes, que recentemente têm ganhado força.

A adequação do princípio da supremacia do interesse público foi expressamente questionada em 1998 por Humberto Bergmann Ávila, que em seu artigo denominado “Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”,¹²⁷ iniciou um importante debate acerca do tema.

Fundamentando sua crítica, o autor estabelece as definições preliminares a partir das quais situa o tema: princípio como axioma, princípio como postulado e princípio como norma. Axioma denotaria uma proposição cuja veracidade é admitida por todos, não necessitando e nem podendo ser comprovada. Postulado, como condição de conhecimento de determinado

prevalecente – o Estado Democrático de Direito – fundidos no conceito constitucionalizado do Estado Democrático de Direito” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, apud FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público no direito comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XLV, n. 1 e 2, Coimbra Editora, 2004, p. 238).

¹²⁴ FROTA, Hidemberg Alves da. Op. cit., p. 237.

¹²⁵ Ibidem, p. 238.

¹²⁶ Representada pelos administrativistas Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella di Pietro e o constitucionalista José Afonso da Silva, dentre outros.

¹²⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 171-215.

objeto, e postulado normativo, como condições de possibilidade de conhecimento do fenômeno jurídico. Por fim, princípio jurídico ou norma-princípio, como norma de otimização concretizável em diferentes graus, que necessita e permite ponderação.

A importância e a descrição do princípio não são contestadas por Ávila. Pelo contrário, haveria plena adequação do interesse público para a dogmática do Direito Administrativo. O problema estaria no seu funcionamento tal como está enunciado. O autor não pretende negar a importância do interesse público no Direito Administrativo, mas tão-somente sua supremacia:

o importante é que uma relação de prevalência (“Vorrangrelation”) entre as normas-princípios só pode ser determinada em casos concretos, quando a norma-princípio com peso respectivo maior sobrepõe-se, momento em que se estabelece uma relação de prevalência condicional (“bedingte Vorrangrelation”) entre as normas-princípios envolvidas¹²⁸

Para Humberto Bergmann Ávila:

o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’ pressupõe a verificação de algumas condições, sem as quais ele não pode ser havido como uma *condição necessária à explicação do ordenamento jurídico* (postulado normativo): o interesse público deve ser descrito ou explicável separadamente do interesse privado, ou ser dele dissociável, para que possa ser concebida, ainda que abstratamente, uma posição de supremacia em favor do primeiro; a relação bipolar entre os citados interesses deve ser de significado geral e fundamental para a explicação do Direito Administrativo, a qual pressupõe uma relação Estado-cidadão; o interesse público deve ser determinável normativa e objetivamente, mesmo no caso concreto, sob pena de ser insustentável uma supremacia intersubjetivamente controlável.¹²⁹

Gustavo Binjenbojm também adota a mesma linha de pensamento. Indaga o autor sobre qual seria a justa medida da prevalência de um interesse público sem que haja a remoção total do interesse privado. Afirma ele que:

o referido princípio, porquanto determine a preferência absoluta ao interesse público diante de um caso de colisão com qualquer que seja o interesse privado, independentemente das variações presentes no caso concreto, termina por suprir os espaços para ponderações.¹³⁰

¹²⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 181.

¹²⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p. 207.

¹³⁰ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 143.

Não se pode questionar a pertinência das críticas sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. O interesse público não é absoluto, conforme o regime de Direitos Fundamentais adotado pela Constituição de 1988 e, portanto, não prepondera, automaticamente, sobre os interesses privados. Como os Direitos Fundamentais não são absolutos, o interesse público também não pode ser.

Nessa esteira, afirma Alexandre Santos Aragão que “[n]ão há um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos”, concluindo que “[a] tarefa regulatória do Estado é bem mais complexa do que a singela formulação de uma ‘supremacia do interesse público’ ”.¹³¹

Paulatinamente, a posição de supremacia do interesse público tem sido modificada, a partir da compreensão de que o interesse público deve ser ponderado quando em conflito com interesses privados, especialmente quando esses interesses privados envolvam Direitos Fundamentais. O professor Paulo Ricardo Schier explicita:

[...] um último grupo de colisão entre interesses públicos e privados, (...) deverá ter solução remetida à ponderação de princípios (ou valores) diante do caso concreto, através não de mediação legislativa, mas sim jurisdicional (levando-se em conta, sempre, critérios de proporcionalidade e razoabilidade). Aqui o juiz, em face de cada caso concreto, deverá, sem adotar nenhum critério de preferência predeterminado, decidir, em face dos diversos elementos que integram o âmbito normativo de cada preceito em conflito, qual deverá prevalecer.¹³²

Em função da grande diversidade de conteúdos que o conceito de interesse público comporta, Fábio Medina Osório reconhece uma dificuldade no tratamento do tema. Apesar de reafirmar a supremacia, o autor entende que seria ela uma norma constitucional direcionada especificamente ao controle das atividades públicas, contudo não acarretando “um privilégio da Administração Pública em detrimento dos interesses dos particulares (propriedade, liberdade)”¹³³. Ressalta, ainda, que:

¹³¹ ARAGÃO, Alexandre Santos, A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 4.

¹³² SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 236.

¹³³ OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista do Direito Administrativo*. São Paulo, 2000, p. 73.

a verdade é que a supremacia do interesse público sobre o privado não traduz possibilidade de arbítrio para os agentes públicos e tampouco significa que a Administração Pública possa atuar com a mesma liberdade conferida aos particulares, ao contrário, (...), traduz limitações ainda mais rígidas à atividade administrativa.¹³⁴

A expressão supremacia do interesse público aponta para uma superioridade, prevalência ou preferência geral de todo interesse público sobre todo interesse qualificado como particular, razão pela qual Osório sugere uma inadequação terminológica, afirmando que a supremacia não é o termo mais adequado para indicar o princípio.¹³⁵

Para Odete Medauar, o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular aparece como princípio do direito público em geral, regendo muitos institutos e normas do Direito Administrativo. Contudo, vem sendo matizado pela ideia de que à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada situação, para que não ocorra sacrifício *a priori* de nenhum interesse. O objetivo dessa função está na busca pela conciliação dos interesses com a minimização de sacrifícios. O princípio da proporcionalidade define também o sentido absoluto do preceito, porque implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa na obtenção de um resultado.¹³⁶

2.5 Limitações ao princípio da supremacia do interesse público

Mesmo para os defensores da supremacia do interesse público sobre o privado, é nítida a existência de certas limitações a tal princípio. Ainda que pareça conflitante, existem ocasiões que o interesse privado, a princípio, parece sobrepujar o público.

Para os agentes da administração pública, a supremacia deve coincidir com dois outros princípios que regem a atividade administrativa: o princípio da finalidade e o princípio da impessoalidade.

Para os particulares, de outra parte, a supremacia do interesse público sobre o seu interesse particular somente será admissível nos termos da Constituição da República, porque dela emanam os fins a serem realizados pelo Estado e por suas administrações públicas, em

¹³⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista do Direito Administrativo*. São Paulo, 2000, p. 89.

¹³⁵ “De qualquer modo, não poderia ser mais apropriado, em meu juízo, o debate em torno do papel e à funcionalidade do interesse público no Direito Administrativo brasileiro, na medida em que a terminologia empregada – princípio da supremacia do interesse público sobre o privado –, a indeterminação do termo (interesse público) a importância e atualidade do tema, recomendam, sem dúvida, o aprofundamento de estudos e de polêmicas”. *Ibidem*, p. 107.

¹³⁶ Medauar, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 101.

todos os níveis em que sejam exercidas, bem como aqueles fins com os quais o povo e suas instituições deverão, ou poderão, participar.

Ainda, é necessário conceber a dignidade da pessoa humana como valor de maior hierarquia nas sociedades contemporâneas. Ou seja, o princípio da supremacia do interesse público só poderá ser invocado quando submisso ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois é inconcebível que se sacrifique a dignidade de um único homem a pretexto de realizar o interesse público.

Na própria definição do conceito de supremacia, encontram-se limites ao princípio. Ao considerar como dignos de supremacia somente os interesses públicos, percebe-se que a pregada supremacia não é ilimitada.

Ademais, se de um lado existe necessidade de autoridade da Administração como fundamento das prerrogativas públicas embasadas na supremacia do interesse público, de outro surge a necessidade de preservar a liberdade do indivíduo, impondo-se limitações aos agentes públicos. Destaca-se aí o princípio da legalidade, para submeter os exercentes do poder em concreto a um quadro que impeça favoritismos, perseguições e desmandos.

Tal situação, como adiante falaremos, permitirá o fortalecimento do controle judicial sem diminuição do espaço legítimo da discricionariedade administrativa.

3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Propomos, neste capítulo, discorrer sobre as noções de discricionariedade administrativa que acompanharam a evolução do próprio direito administrativo, e ao mesmo tempo demarcar alguns aspectos jurídicos que são realçados pela doutrina contemporânea, inclusive, distinguindo a discricionariedade de outras categorias jurídicas, tudo em vista de alcançarmos, oportunamente, o que nos parece ser a noção de competência discricionária (poder discricionário) à luz de um regime jurídico democrático.

A tônica do presente capítulo, portanto, é a consignação de referências doutrinárias relevantes por si próprias como contribuição ao estudo da noção de discricionariedade administrativa, como ainda iniciar, sobre estas noções que se seguirão, uma dialética crítica com o propósito de acolhermos algumas abordagens, justificarmos o nosso particular desinteresse por outras, e caminharmos para a formulação de algumas perspectivas ao longo dos próximos capítulos.

3.1 Evolução histórica

Gustavo Binbenojm afirma que:

[a] palavra *discricionariade* tem sua origem no antigo Estado europeu dos séculos XVI a XVIII, quanto expressava a soberania decisória do monarca absoluto (*voluntas regis suprema lex*). Naquela época, do chamado *Estado de polícia*, em que o governo confundia-se integralmente com a Administração Pública, a sinonímia entre discricionariade e arbitrariedade era total. Com efeito, se a vontade do soberano era a lei suprema, não fazia sentido cogitar de qualquer limite externo a ela.¹³⁷

Como já afirmado, o Estado de Direito Liberal pretendeu resguardar e garantir a liberdade e a propriedade como direitos naturais¹³⁸ e que, para isso, sustentou a necessidade do Estado manter-se alheio às relações particulares. Foi a reação natural e mesmo esperada de quem sofreu o jugo de um sufocante regime opressor – e que ainda deitou suas marcas, em angustiada contradição, em seus primeiros anos do novo Estado sob o regime de terror perpetrado por Robespierre.

Já naqueles tempos, o regime do contencioso-administrativo seria inicialmente elaborado como um controle interno da Administração, como lembra Eduardo García de Enterría:

o contencioso-administrativo, originalmente, acompanha em paralelo a história da centralização do poder, o que significa que a fiscalização representa simples sistema de autocontrole, sem a possibilidade de qualquer conhecimento pelos juízes comuns, restrição esta que se apoia no dogma da separação de poderes. Imbuído deste desiderato foi que Napoleão atribuiu o conhecimento dos recursos a dois órgãos: ao Conselho de Estado e aos Conselhos de Prefeitura.¹³⁹

De tal sorte, nos primórdios deste Estado de Direito que se lança aos primeiro passos, encetou-se na França a jurisdição administrativa sob a distinção do “poder gracioso” em

¹³⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 195-196.

¹³⁸ De acordo com Norberto Bobbio, com a formação do *Estado* há, para Hobbes e Rousseau, a eliminação total do direito natural pelo direito positivo, apesar de este se inspirar e desejar a proteção daquele, e já para Locke e Kant não existe aniquilação dos direitos naturais porque a constituição do Estado civil objetiva justamente a sua conservação, cf. BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3. ed. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 61 et seq.

¹³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983, p. 21-22.

relação ao “poder contencioso”, o que servia para firmar as competências dos Tribunais Administrativos, consoante esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro.¹⁴⁰

As matérias contenciosas sujeitavam-se ao controle, e as do “poder gracioso”, como eram exemplo as “matérias de polícia” (*jus politae*), eram imunes à revisão judicial.

Este campo de liberdade à Administração caracterizou, inclusive, a formulação do *princípio da legalidade*, àquela época, de modo distinto do que hodiernamente se concebe, pois era possível à Administração, sem afetar a liberdade e a propriedade dos administrados, fazer ou deixar de fazer diante da ausência de expressa disposição legal; era a *vinculação negativa* da Administração à lei.

Naqueles idos, desenvolveram-se as teorias dos “atos de governo” ou “atos políticos” que, em sucessão à distinção mencionada no parágrafo precedente, encontravam conclusão similar: os “atos de governo” eram isentos do controle pelo Conselho de Estado e denominavam-se “atos discricionários” (ou “atos de pura administração”, ou “atos puramente administrativos”). Mas ainda ao longo daquele século algo já se aventava para reconhecer a possibilidade excepcional de controle do “ato discricionário”: admitia-se a possibilidade de revisão judicial dos atos discricionários que ofendessem os “direitos individuais”. Artificialmente, duas categorias distinguiam-se: os “direitos individuais” e os “interesses”, os primeiros passíveis de proteção judicial, os segundos dela excluídos.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a única lei que era apreciada perante os tribunais administrativos era a que protegia os direitos individuais e não a que tutelava o interesse público”.¹⁴¹

Nos Estados Unidos da América, conforme Eduardo García de Enterría¹⁴², nos primeiros anos do século XX faz-se a distinção entre *atos ministeriais*, sujeitos ao controle judicial, e *atos discricionários*, isentos da ingerência do Judiciário porque são considerados como “questões políticas”. Em razão de opções políticas refletidas no sistema constitucional americano esta característica de isenção demarca a história deste país também ao longo do

¹⁴⁰ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 87-88.

¹⁴¹ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 88. Nesse sentido, o argentino Domingo Juan Sesin, que igualmente afirma que as expressões “ato discricionário” ou “ato de pura administração” foram inicialmente utilizadas nos albores do século XIX na França, destaca que representavam um campo de “livre atuação” da Administração, cf. SESIN, Domingo Juan. *Administración pública*. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 83. É o que encontramos também em Renato Alessi, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua lição sobre os “direitos debilitados” (ou “menores”, ou “enfraquecidos”) dos administrados quando não há como exigir a satisfação de um interesse por existir, em favor da Administração, a discricionariedade no mandamento da norma, cf. DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 67-81.

¹⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5. ed. Madrid: Thomson, 2000, p. 183.

século XX. É que em virtude do modelo de Agências independentes, originadas da *Interstate Commerce Commission* (ICC), criada em 1887¹⁴³, e depois da *Federal Trade Commission* (FTC), em 1914¹⁴⁴, tem-se nestas Agências às quais o Poder Executivo delega diversas funções, também a concentração de alguns poderes legislativos e mesmos judiciais, e isto contribui para a construção de uma *doutrina de deferência à Administração* cuja referência jurisprudencial mais recente, de acordo com Eduardo García de Enterría, é o caso *Chevron v. Natural Resources Council*, em 1984.¹⁴⁵

Mas de volta ao continente europeu, berço desta doutrina e a principal fonte para o direito pátrio uma vez que a nossa ordem jurídica espelhou-se no Velho Continente, ensinanos Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴⁶ que foi também Laband, em 1878, quem defendeu que os órgãos administrativos têm um campo livre de atuação – é a vinculação negativa – no qual é possível regular sua conduta e escolher seus próprios fins, e excepcionalmente a lei poderia restringir estes fins, o que caracterizaria os atos vinculados; então, para Laband, a Administração, no exercício da discricionariedade, não tem limites jurídicos, mas, no máximo, limites políticos e morais.

Ainda segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴⁷, de outra partida, Jellinek entende que há uma subordinação crescente da Administração à lei e todas as funções estatais têm um campo de livre atuação sob o fundamento de um “interesse geral”, e outro campo de atuação vinculada que é determinada por uma norma legal. O que Jellinek difere de Laband, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é que aquele entende haver um “limite jurídico” à Administração, contribuindo, assim, por introduzir um “método jurídico” no estudo do direito público.

Prossegue a autora para apresentar, nesta celeuma, a doutrina de Otto Mayer que diz que o “poder discricionário” não pode admitir a ausência absoluta de controle judicial. Para ele, a lei pode conferir à Administração: a) iniciativa para agir; b) a possibilidade de

¹⁴³ A *Interstate Commerce Commission* (ICC) foi um organismo regulador nos Estados Unidos criado pelo *Interstate Commerce Act* de 1887. O propósito original da agência era regulamentar os caminhos-de-ferro (e mais tarde a camionagem) por forma a garantir tarifas justas, eliminar tarifas discriminatórias, e regular outros aspectos da atividade dos portadores, como transportes rodoviários interestaduais e companhias de telefone.

¹⁴⁴ A *Federal Trade Commission* (FTC) (Comissão Federal de Comércio) é uma agência independente do governo dos Estados Unidos, criada em 1914 pela *Federal Trade Commission Act*. Sua principal missão é a promoção da defesa do consumidor e à eliminação e prevenção de práticas anticompetitivas, como monopólio coercitivo. Esta comissão foi autorizada a emitir ordens a grandes corporações para coibir práticas desleais de comércio. Esta lei também deu mais flexibilidade para o Congresso dos EUA para assuntos judiciais.

¹⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5. ed. Madrid: Thomson, 2000, p. 186-218.

¹⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 99 et seq.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 100 et seq.

complementar a norma jurídica; e c) uma “autorização geral” para realizar o interesse público da forma que lhe for mais conveniente, mas os fins são sempre vinculados à lei. Igualmente Fritz Fleiner admite ser impossível a lei prever todas as situações e por isso é preciso aceitar as “regras de caráter geral” que serão aplicadas, diante do caso concreto, conforme os critérios que parecerem mais adequados à Administração.

Com efeito, a conhecida insuficiência do Estado liberal – incapaz de reequilibrar as culminantes posições econômicas e sociais das classes sociais mais abastadas – promove uma nova transição. Inauguraram-se, por toda a Europa, novos modelos que buscaram disciplinar a intervenção do Estado com o fim de conter disparates e abusos das classes dominantes, bem como a fornecer serviços essenciais, como a saúde, para os mais necessitados. É o Estado Social de Direito. E o *princípio da legalidade* adota outra conformação – tal como atualmente o conhecemos: a Administração só está autorizada a agir ou deixar de fazê-lo de acordo com a lei, isto é, não há espaço de liberdade diante da omissão legislativa; é a *vinculação positiva* da Administração à lei.

Neste contexto, e em reação à imunidade do poder que marcava, em profunda contradição, a primeira proposta de Estado de Direito, é que reage Leon Duguit, como leciona Afonso Rodrigues Queiró¹⁴⁸, contra a noção de um poder discricionário à margem da lei. E segundo Almiro do Couto e Silva¹⁴⁹, foi ao longo desta primeira metade do século XX que juristas alemães passaram a diferenciar “atos administrativos de exercício de poder discricionário” e “atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados” – para reconhecerem a possibilidade de controle apenas quanto aos primeiros.

De volta à França, foi durante o evoluir do Estado de Direito que os primeiros esboços de controle da Administração foram delineados. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández¹⁵⁰ esclarecem que se no princípio a discricionariedade era equiparada aos

¹⁴⁸ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de direito público*. v. 1. Coimbra: Acta Universitatis Conimbricensis, 1989, p. 83. Maria Sylvia Zanella Di Pietro também se refere a Leon Duguit para quem toda a atividade estatal submete-se à lei, e é a lei que confere poderes aos agentes públicos e prescreve os fins que justificam tais poderes, e como, para ele, todos os fins referem-se ao funcionamento do serviço público, todas as competências administrativas destinam-se ao bom funcionamento do serviço público; o poder discricionário, para Duguit, existe “[...] quando o agente tem certa liberdade de apreciação na questão de saber se um ato deve ou não ser praticado, o que depende da medida em que isso possa assegurar a realização do fim legal, que é o funcionamento regular do serviço. É o próprio interesse do serviço que justifica a existência do poder discricionário. Se o agente decide segundo um fim diverso daquele, ocorre violação da lei, sob a modalidade de *desvio de poder*” (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 92).

¹⁴⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 20-21.

¹⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. v. 1, Madrid: Civitas, 2004, p. 471-475.

chamados “atos de império”, em oposição aos “atos de gestão”, e por isso absolutamente imune a qualquer controle judicial¹⁵¹, no primeiro terço do século XIX surge em França o *recurso por excesso de poder*¹⁵² como uma exceção a esta imunidade, o que só era admitido quando a impugnação referia-se a um *vício de incompetência*. Depois, o *vício de forma* é equiparado ao de incompetência pelo Conselho de Estado Francês, e mais tarde se desenvolve a técnica do *desvio de poder* como terceira forma de controle da discricionariedade, e ainda no fim do século XIX estende-se o controle a *qualquer violação da lei*.

Assim se aperfeiçoavam, nos albores do século XX, as “aberturas” para a apreciação da discricionariedade – como vimos, principiadas ainda ao longo do Estado de Direito Liberal, mas consolidadas nos primeiros anos do Estado Social de Direito: a) incompetência; b) vício de forma; c) desvio de poder; e d) violação da lei e aos direitos adquiridos.

Em síntese a esta evolução a posição firmada era a de que enquanto as três primeiras “aberturas” dispensavam a demonstração do “direito subjetivo”, consentindo com a demonstração apenas do “interesse”, a última exigia, no entanto, a indicação clara da ofensa a certo “direito adquirido”. Posteriormente, esta distinção – “interesse” e “direito adquirido” – perdeu importância, não se fez mais distinção entre lei em sentido formal (competência, forma e finalidade) e em sentido material (direito adquirido), e houve a ampliação da concepção de legalidade porque se incorporou às noções de boa administração e moralidade administrativa, o que levou, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵³, à substituição da expressão *ato discricionário* por *poder discricionário*.

¹⁵¹ A distinção é bem esclarecida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “Os *atos de império* seriam aqueles que a Administração Pública tão-somente pratica no uso das suas prerrogativas de autoridade, e se impõem aos cidadãos, obrigados coercitivamente, sem prévio pronunciamento judicial, em virtude do plano diferente das partes, e cujas conseqüências jurídicas verificam-se ‘ipso jure’. Os *atos de gestão* seriam aqueles que a Administração Pública pratica no uso das prerrogativas comuns de todos os cidadãos, particulares, na conservação e desenvolvimento do patrimônio público e efetivação dos seus serviços. É de se salientar que não se reduzem aos atos da Administração Pública como particular, de direito privado, com intenção de lucro, sem preocupação imediata e direta do interesse público, mas compreendiam também os atos praticados nas mesmas condições que os particulares, porém feitos na consecução de objetivo público, relativos ao seu patrimônio e aos seus serviços” (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 481).

¹⁵² O germen do princípio da proporcionalidade está intimamente ligado ao Direito Administrativo e especialmente a essa forma de recurso, levando a ideia de que os atos do Poder Público devem ser adequados e proporcionais em relação aos seus súditos. Gilmar Mendes, comentando o modelo alemão, assevera que “A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa.” (MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 nov. 2012).

¹⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 90.

Conferimos, portanto, que mesmo com o propósito de romper com o Estado de Polícia, as noções de discricionariedade que poderiam ser percebidas ao longo das primeiras propostas de Estado de Direito, primeiro o Liberal, e depois o Social, gravitaram mesmo em torno da ideia de um *poder* que, em alguma medida, quicá com maior extensão junto ao modelo liberal, mas ainda presente no modelo social, estava à margem do controle judicial.

Fosse a discricionariedade rotulada como *ato discricionário* ou como *poder discricionário* a ênfase que se lhe atribuía era a de um verdadeiro *poder* imune à fiscalização.

A definição de discricionariedade, por todo este período, sob discursos e justificativas variadas, representa sempre uma pretensa liberdade de agir, liberdade em relação mesmo às prescrições normativas constitucionais.

Da percepção da insuficiência desta proposta para atingir a justiça material é que se caminhou para a reformulação do arquétipo jurídico constitucional com o fito de potencializar os direitos individuais, reconhecendo muitos como fundamentais à realização de uma vida digna, e a necessidade de aproximar o povo às decisões e controle da vida pública com o desenvolvimento de mecanismos de fiscalização e participação popular. Sob esta inspiração é que por todo o século XX, notadamente na segunda metade, novas ordens constitucionais, tal como a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, encetam um terceiro modelo, o Estado Social e Democrático de Direito.

As preocupações que se imprimem neste novo período justificam as percucientes análises e novas propostas doutrinárias, no âmbito da discricionariedade, que, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁴, pondera que não é o ato que é vinculado ou discricionário, mas a *competência* do agente público quanto à apreciação que deve proceder de certos aspectos admitidos pela norma jurídica. Como assevera o mestre, “O ato será sempre o ‘produto’ do exercício dela. Então, a discricção não está no ato, não é uma qualidade dele; logo, não é ele que é discricionário, embora seja nela (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar”.¹⁵⁵

Com esta orientação convém realçar que o eixo da discricionariedade não se associa mais a uma vaga noção de “poder”, muito menos se encerra na simples declaração jurídica do Estado, no “ato”, mas se deve entreter com a noção de *competência* que estabelece a *medida e a definição dos poderes*.

¹⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 927.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 928.

Os poderes em um Estado Democrático e Social de Direito devem ser concebidos enquanto e na proporção em que previstos pelas normas jurídicas, e só devem ser previstos conforme forem necessários à realização do interesse público¹⁵⁶ que, por sua vez, deve encontrar-se delineado nas normas constitucionais e demais leis com elas compatíveis.

O *poder*, então, deve ser entendido como um feixe de *competências*¹⁵⁷ que é posto pela ordem jurídica, e apenas como instrumento necessário à satisfação dos deveres atribuídos ao Estado, deveres que expressam, em última análise, a realização do interesse coletivo.

Tão mais importante revela-se esta compreensão da discricionariedade administrativa – como *poder* resultante da *competência* atribuída pela ordem jurídica – quando nos detemos ao que Miguel Reale¹⁵⁸ assinala: ao “poder” não existe uma pretensão e obrigação correspondentes. Não há uma relação pretensão-obrigação, mas *poder-sujeição*. O poder proporciona, em realidade, *situações de poder* que caracterizam um *dever* para a autoridade, o dever de atender ao interesse público. Enquanto o “direito subjetivo” liga-se a um sujeito com uma pretensão, o “poder” decorre de uma função normativa que é atribuída a um titular que não exerce qualquer pretensão em seu próprio benefício. Enquanto o titular de um “direito subjetivo” opta por exercer, ou não, o seu direito, o titular do “poder” não pode deixar de cumprir suas funções de acordo com sua *competência* porque esta é indisponível.

Com esta mesma perspectiva, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández¹⁵⁹ encarecem a relevância do princípio da legalidade para legitimar os poderes (ou potestades). É a atenta e tenaz análise da lei que realça a *potestade* como uma *competência*. E

¹⁵⁶ São oportunas as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao observar que a justificação e o exercício do poder do Estado são a “[...] destinação social no prosseguimento do interesse público”. Com esta concepção, o *interesse público* é sempre *vinculatório* de qualquer forma de agir do Estado (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Legitimidade e discricionariedade*. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 14-21).

¹⁵⁷ O destaque à competência é encontrado em não poucas doutrinas sobre a teoria geral do direito. Para Kelsen, a competência é um poder jurídico para criar normas gerais ou individuais. A norma jurídica, na teoria pura do direito de Kelsen, reclama análise, em primeiro plano, da *competência* do elaborador da norma jurídica, e só depois se prossegue para averiguar se os trâmites de sua criação foram cumpridos, se a norma é vigente – se existe no espaço e no tempo – e se há um mínimo de eficácia (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, passim). De modo semelhante, neste aspecto da *competência*, Hart estrutura seu pensamento sobre o direito asseverando que há duas modalidades de normas jurídicas: as normas de obrigação ou primárias que estipulam deveres e sanções, e as *normas de competência* ou secundárias que possuem um papel importantíssimo na medida em que solucionam a “falta de certeza” das normas primárias no tocante à identidade da norma e do processo legislativo aplicável (regras de reconhecimento), como resolvem o “caráter estático” das normas primárias porque apresentam as soluções para os casos de lacunas e de antinomias aparentes (“regras de alteração”), e ainda porque são as normas de competência que definem quem julga e sob quais critérios os conflitos que surgem em sociedade (“regras de julgamento” ou “de adjudicação”) (HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, cap. V).

¹⁵⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 262.

¹⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. v. 1, Madrid: Civitas, 2004, p. 441.

o cuidado quanto ao tema é bem salientado pelos mestres espanhóis ao se enveredarem pela distinção entre poder e direito subjetivo.

Afirmam eles¹⁶⁰ que a potestade não se relaciona com qualquer dever, mas sim com uma *sujeição*. *Potestade e direito subjetivo* são espécies do gênero *poderes jurídicos em sentido amplo*, mas o direito subjetivo caracteriza-se por se originar de uma relação jurídica concreta e recair sobre um objeto específico e determinado, o que gera um dever a um sujeito passivo, como é exemplo o dever do contratante, e já a potestade não se origina de uma relação jurídica, de negócios jurídicos ou atos e fatos singulares, mas decorre diretamente do ordenamento, e não recai sobre qualquer objeto específico e determinado, mas tem um caráter genérico, e por isso não é uma pretensão particular, mas uma “possibilidade abstrata de produzir efeitos jurídicos”, e eventualmente, como consequência de seu exercício, é possível surgirem relações jurídicas particulares. A sujeição, explicam os autores, pode ser vantajosa se confere benefícios; ou não, se promove gravames; ou indiferente, se não atinge a esfera jurídica. A relação perante a potestade é de uma “abstrata sujeição”.

Em suma, as potestades decorrem diretamente do ordenamento, não de atos jurídicos determinados, e por isso são inalienáveis, intransferíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de modificação por seu titular – pois só a lei pode dispor a respeito.

As potestades administrativas são potestades-funções, como nos ensinam os mestres referidos, porque devem ser realizadas em função do interesse público. Negativamente, pode-se dizer que não podem as potestades ser exercidas senão para realizar o interesse da coletividade, e, positivamente, pode-se dizer que a Administração está obrigada a exercer estas potestades para realizar o interesse público.¹⁶¹ É a *aderência ao fim público* que permite também denominar as potestades administrativas de funcionais ou fiduciárias.¹⁶²

Estas últimas lições são oportunas porque nos alertam para uma feição prática do poder que realça a importância de analisar a *discricionariedade administrativa* enquanto uma *competência normativa*. Referimo-nos ao destaque de que o *poder* (ou *potestade*) enseja uma *situação jurídica* (Reale), na qual, de um lado, há uma *potestade-função*, isto é, um *dever* de realizar algo em nome de alguém (a coletividade), e do outro há uma *sujeição* (García de Enterría e Fernández), é dizer, a submissão independentemente da vontade do sujeito obrigado. A distinção é bem acentuada do que ocorre com as relações que opõem *direito subjetivo/pretensão à obrigação*. E a inquestionável *força* que exsurge do “poder” em virtude

¹⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. v. 1. Madrid: Civitas, 2004, p. 449-451.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 453.

¹⁶² *Ibidem*, p. 454.

de sua imperatividade – da imposição unilateral – faz por sublinhar o cuidado e a preferência que devemos nutrir por compreender a discricionariedade administrativa como *competência normativa*.

Não apregoamos, entenda-se bem, a abolição da palavra “poder”. O que desejamos enfatizar é a necessidade de demarcá-lo sem as vicissitudes de concepções doutrinárias consentâneas a outras épocas. O que destacamos é a importância de compreender que o “poder” existe enquanto *competência normativa*, enquanto feixe de atribuições que é prescrito a alguém para, na medida suficiente, servir como instrumento eficiente à realização do interesse público delineado pela ordem jurídica.

Com esta preocupação é que encontramos na doutrina de Tomás-Ramón Fernández,¹⁶³ em obra de sua exclusiva autoria, a assertiva de que é um equívoco o uso da expressão “poder discricionário” porque o adjetivo “discricionário” duplica o substantivo “poder” ao qualificá-lo como tal.

Em lição de Recaséns Siches, lembrada por Tomás-Ramón Fernández,¹⁶⁴ a diferença entre arbitrariedade e direito é que o comando que se fundamenta exclusivamente na vontade do superior e concebe a relação dele com o seu súdito apenas em razão do desejo do primeiro caracteriza a arbitrariedade, enquanto o comando fundado sob uma norma, de modo impessoal, com validade absoluta, representa o direito. É por estas considerações que o autor propõe a leitura do *princípio de interdição da arbitrariedade dos poderes públicos* com o sentido de proscrever o “poder” entendido como simples expressão da vontade e da força de quem o detém.

E esta será a linha do nosso pensamento nos tópicos e capítulos que se seguirem: cuidaremos da discricionariedade administrativa enquanto *medida de competência de poder*, e não simplesmente como poder, tal como Rui Cirne Lima também propõe: “Competência ‘lato sensu’ se denomina, em direito público, a medida do poder que a ordem jurídica assinala a uma determinada pessoa”.¹⁶⁵

De tal sorte, sob o regime jurídico imposto pela Constituição Federal de 1988, por “poder discricionário” devemos entender a *competência discricionária* da Administração Pública, o que enaltece o arquétipo normativo constitucional como o único modo a definir o objetivo e as intensidades do poder – de acordo com o seu objetivo –, o que esclarece, ainda,

¹⁶³ FERNÁNDEZ, Tomás-R. *De la arbitrariedad de la administración*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 27.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 245 et seq.

¹⁶⁵ LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 139.

que o poder é sempre instrumental ao cumprimento dos deveres de realizar o que se prescreve na ordem jurídica como interesse público.

3.2 Competências vinculada e discricionária

A discricionariedade administrativa é realmente um *poder* enquanto previsto e definido em uma *norma de competência* que prescreve determinado fim para a realização do interesse coletivo.

Se assim o é, se a discricionariedade só existe de acordo com o que é previsto em uma *norma de competência*, devemos perceber que a *competência*, em si, é sempre vinculada.

Como defende Agustín Gordillo,¹⁶⁶ a *competência* é sempre *regrada*, e por isso se mostra equívoco o uso das expressões “ato regrado” e “ato discricionário”, pois o correto é dizer “atos ditados no exercício de faculdades regradas” e “atos ditados no exercício de faculdades discricionárias”.

Ou como prefere Hartmut Maurer¹⁶⁷ ao cuidar especificamente da discricionariedade administrativa, a expressão mais adequada seria “poder discricionário juridicamente vinculado”, para enfatizar que não se trata de um poder livre.

Sendo a competência sempre vinculada, pois cuida de estabelecer atribuições, estas atribuições, por sua vez, podem ou franquear a possibilidade de a Administração Pública optar por uma dentre duas ou mais opções igualmente legítimas, ou podem definir, previamente, uma única opção possível.

No primeiro caso, trata-se a competência discricionária, no segundo, da competência vinculada.

3.3 Noções de discricionariedade administrativa

Múltiplas são as noções que se encontram sobre a discricionariedade administrativa. Se considerada a variedade ao influxo da história, aí então as temos em produções a perder de vista. Por isso, o que objetivamos é assinalar algumas noções, mas noções que possam

¹⁶⁶ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Parte general. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998.

¹⁶⁷ MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006, p. 148.

despertar um diálogo crítico a respeito da discricionariedade administrativa, e com este desiderato consignar o material necessário para avançarmos o nosso estudo.

Para o espanhol Miguel Sánchez Morón¹⁶⁸ a discricionariedade administrativa é a possibilidade, dentro de margens legais, de optar-se licitamente entre soluções distintas, mas sempre para satisfazer o interesse público, em atenção a critérios não-jurídicos, como os econômicos, técnicos, de mera convivência social ou propriamente políticos.

Para os portugueses José Eduardo Figueiredo Dias e Fernando Paula Oliveira a discricionariedade é

um espaço de decisão da responsabilidade da Administração, decorrente de uma indeterminação legal, o que abrange não apenas as “situações de indeterminação estrutural” mas também as de “indeterminação conceitual”, englobando as “faculdades” (directas) “de acção” (que decorrem de normas autorizativas e de normas de decisão alternativa) quer as margens de apreciação na aplicação de conceitos indeterminados – quer estes se encontrem hipótese (discricionariedade de apreciação) quer na estatuição da norma (discricionariedade de decisão) –, quer ainda as “prerrogativas de avaliação” (juízos sobre aptidões pessoais ou avaliações técnicas especializadas, decisões com elementos de prognose, ponderação de interesses complexos e decisões com conseqüências políticas.¹⁶⁹

Apesar de estes autores enfatizarem a *competência normativa* como uma estrutura de essência da discricionariedade administrativa, enveredam-se, como aliás é posição prevalecente na atualidade, por associarem os conceitos jurídicos indeterminados à discricionariedade.

Diferentemente, Fernando Sainz Moreno¹⁷⁰ elabora sua doutrina afirmando que a decisão discricionária é a que ocorre entre duas ou mais soluções, sendo todas igualmente válidas para o direito, mas a discricionariedade “pura” deve ser entendida como aquela que existe quando o critério de decisão deixa de ser jurídico para ser político, o que não se confunde com os atos políticos ou de governo, e exemplifica com a desvalorização da moeda, a reorganização dos serviços administrativos e a regulamentação de uma lei cujos critérios são administrativos e a regulamentação de uma lei cujos critérios são políticos. Se o critério é jurídico, diz o autor, qualquer que seja a indeterminação do conceito não impede o controle judicial. Assim, o que determina a existência da potestade discricionária é a “natureza do

¹⁶⁸ MORÓN, Miguel Sánchez. *Derecho administrativo*. Parte general. Madrid: Tecnos, 2005, p. 91.

¹⁶⁹ DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções fundamentais de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 112-113.

¹⁷⁰ SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 304 et seq.

critério” que fundamenta a decisão, e apenas quando o critério for de natureza política é que existe uma potestade discricionária do ponto de vista jurídico, e em todos os outros casos não há falar em discricionariedade.

Com outras palavras, os conceitos jurídicos indeterminados são “critérios jurídicos”, e por isso não são fonte de discricionariedade;¹⁷¹ portanto, a discricionariedade reduz-se à aplicação de critérios não-jurídicos.¹⁷²

De fundamental importância para a compreensão de sua doutrina é entender que a noção de “interesse público” é jurídica,¹⁷³ logo, também passível de controle judicial mesmo quando a lei configura certa atividade como discricionária. Em suas palavras: “A aplicação da noção de interesse público, concebida como aplicação de um conceito jurídico, transforma a problemática da decisão que aqui se toma em problema de interpretação jurídica”.¹⁷⁴ É verdade que ele reconhece a dificuldade de falar em *uma* solução justa, o que o obriga a conceber à Administração uma “margem de apreciação” (ou “margem de confiança”).¹⁷⁵

Entendamos bem: o interesse público, para Fernando Sainz Moreno, é o elemento nuclear da discricionariedade administrativa, mas como se trata de um critério jurídico, sujeita-se ao controle judicial, o que elimina as decisões arbitrárias, as não fundamentadas e irrazoáveis.¹⁷⁶

Dinorá Adelaide Musetti Grotti,¹⁷⁷ ao recordar Massimo Severo Giannini, lembra que para o jurista italiano o poder discricionário não é só uma escolha entre muitas soluções possíveis, o que caracteriza o “juízo de oportunidade”, mas uma escolha que a autoridade administrativa deve tomar para atender ao interesse público de sua competência. Portanto, a escolha é *finalística* e devem haver critérios para valorar os interesses, como a experiência da própria autoridade, o conteúdo da norma que atribui a discricionariedade, as orientações do superior hierárquico etc., o que o leva, nas palavras da autora, a entender o poder

¹⁷¹ SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 312.

¹⁷² *Ibidem*, p. 312.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 327 et seq.

¹⁷⁴ “La aplicación de la noción de interés público, concebido como la aplicación de un concepto jurídico transforma el problema en este caso es que la decisión tiene en problema de interpretación jurídica”. *Ibidem*, p. 328.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 328.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 328.

¹⁷⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Atualidades jurídicas*. São Paulo: 2000, p. 123 et seq.

discricionário como “a ponderação comparativa de muitos interesses secundários em relação a um interesse primário”.¹⁷⁸

Germana de Oliveira Moraes¹⁷⁹ denomina de “atividade administrativa não vinculada” a que outorga à Administração certa liberdade de decisão, tanto para valorar conceitos jurídicos indeterminados, por um *juízo de prognose*, quanto para ponderar interesses dos pressupostos de fato referentes ao ato administrativo (*discricionariiedade quanto aos pressupostos*), ou para decidir quando emitir o ato (*discricionariiedade de decisão*), ou para escolher o seu conteúdo (*discricionariiedade de escolha optativa*), ou para colmatar o conteúdo do ato que foi descrito de modo lacunoso pela lei (*discricionariiedade de escolha critativa*).

A autora¹⁸⁰ defende que a definição de discricionariiedade pode adotar o critério formal, ou material, ou ainda integrá-los. Sob o critério formal (ou negativo) diz que se entende por discricionariiedade a “margem de livre decisão não regulada ou parcialmente regulada pelo Direito, atribuída pela norma à Administração ou como a possibilidade de escolha entre várias soluções jurídicas”.¹⁸¹ Sob o critério material (ou positivo) também cita Massimo Severo Gianinni porque a discricionariiedade é a “liberdade de apreciar o interesse público no caso concreto”.¹⁸² E a posição da autora¹⁸³ é por aceitar três elementos essenciais à discricionariiedade: a) a complementação da previsão aberta da norma; b) a margem de livre decisão outorgada pela norma; c) a ponderação valorativa dos interesses que concorrem.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸⁴ há discricionariiedade administrativa quando: a) a lei expressamente a atribui à Administração; b) a lei é “insuficiente” porque não é possível predeterminar todas as situações; c) a lei prescreve a competência, mas não a conduta; d) a lei contém conceitos jurídicos indeterminados.

Das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, no entanto, são fundamentais os destaques feitos pelo jurista à *finalidade* da norma – além do cuidado que dedica à

¹⁷⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariiedade administrativa. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Atualidades jurídicas*. São Paulo: 2000, p. 124.

¹⁷⁹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 31.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 37 et seq.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 37.

¹⁸² *Ibidem*, p. 39.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 41.

¹⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariiedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 75-76.

delimitação da potestade pela norma de competência. A respeito, convém consignarmos suas próprias palavras:

Com efeito, discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal. Ou seja: naquelas em que mais de uma opinião for razoavelmente admissível sobre a medida apropriada para dar a melhor satisfação ao objetivo da lei. Em suma, está-se aqui a dizer que a discricionariedade é pura e simplesmente o fruto da finitude, isto é, da limitação da mente humana. À inteligência dos homens falece o poder de identificar sempre, em toda e qualquer situação, de maneira segura, objetiva e inobjetável, a medida idônea para preencher de modo ótimo o escopo legal.¹⁸⁵

Das posições anotadas, releva perceber certos aspectos, alguns enfatizados por uns, outros por outra parcela da doutrina, como componentes centrais na busca de uma noção de discricionariedade administrativa: a *competência normativa*, a existência de uma *pluralidade de decisões legítimas* e a preocupação a animar o agente público de *realizar concretamente o interesse público*.

Tal noção desenvolveremos mais adiante (4.7), quando elaboraremos nosso conceito de discricionariedade administrativa moldada ao necessário controle judicial.

3.4 Fundamentos político e jurídico

Dizem Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández que a existência da discricionariedade é uma “exigência indeclinável do governo humano”, apesar de Huber, citado por estes autores, ter asseverado que a discricionariedade é “o cavalo de Tróia do Estado de Direito”.¹⁸⁶ Decerto, concordamos com os mestres espanhóis porque, em que pesem os riscos que se possam relacionar, o fato é que mesmo assim não pode o Estado prescindir desta competência.

¹⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 908.

¹⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. v. 1. Madrid: Civitas, 2004, p. 461-471.

Trata-se do que Afonso Rodrigues Queiró¹⁸⁷ também afirmou como um dos fundamentos da discricionariedade, isto é, a impossibilidade de a lei prever todas as situações, no que o acompanha Maria Sylvia Zanella Di Pietro.¹⁸⁸

Destarte, o *fundamento político* da competência discricionária é a *absoluta impossibilidade lógica e material* de o Estado existir e atuar sem que fosse possível aos órgãos que exercem a função administrativa concentrar, em alguma medida, mas sempre sob as medidas impostas pelo direito, uma liberdade de escolha e ação a serem deflagradas diante do caso concreto.

Pois da lei não se pode esperar o impossível: a capacidade de vaticinar todas as variantes das complexas e diversificadas relações humanas. A escolha política de prever as potestades discricionárias, portanto, é um imperativo insuperável. Primeiro, porque por uma análise da *racionalidade* de um sistema jurídico democrático encontra-se a conclusão de que para a existência desta organização jurídica necessariamente deve haver, junto à função administrativa, uma parcela de liberdade de condução, e segundo porque mesmo pela constatação do *plano material* chega-se à ilação de que não haveria qualquer realização no mundo fenomênico, nada aconteceria, se à direção do Estado não fossem atribuídos poderes de deliberação e ação, pois as variantes das necessidades sociais exigem alguma capacidade de escolha que a lei, sobretudo por ser geral e abstrata, é incapaz de dispor.

Sob o *fundamento jurídico* a competência discricionária do Poder Público justifica-se pela necessidade de efetivar a identidade do Poder Executivo. Em outros termos, e em companhia de Afonso Rodrigues Queiró,¹⁸⁹ haveria o comprometimento do Estado de Direito, da divisão de poderes, se a lei pudesse deixar de ser, como regra, uma norma geral e abstrata para atuar em todo e qualquer caso concreto de execução de suas próprias orientações normativas. Em última análise, o Legislativo açambarcaria a competência atribuída ao Executivo que reclama, para assegurar a sua existência, de uma parcela de liberdade de atuação.

Estes são, em suma, os fundamentos político e jurídico. O fundamento político reside na decorrência de necessidades lógica e material de existir a competência discricionária; o fundamento jurídico encontra-se na imperiosa realização da separação de funções estatais.

¹⁸⁷ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de direito público*. v. 1. Coimbra: Acta Universitatis Conimbricensis, 1989, p. 99 et seq.

¹⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 67-71.

¹⁸⁹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Op.cit.*, p. 99 et seq.

3.5 Natureza jurídica

Busca-se a natureza jurídica de um instituto, uma categoria, um conceito quando se perscruta o seu gênero próximo, isto é, “... a idéia imediatamente superior...”, e as suas diferenças específicas em relação aos outros institutos, categorias, conceitos, ou em melhores palavras, ao gênero próximo identifica-se a diferença específica que demarca “... a qualidade que, acrescentada a um gênero, constitui uma espécie, distinta como tal de todas as espécies do mesmo gênero”.¹⁹⁰

Indagar, pois, da natureza jurídica da competência discricionária representa empreender este procedimento racional: identificar o gênero próximo e a diferença específica das outras espécies.

Do que até então se desenvolveu, convém lembrar que falar de discricionariedade administrativa significa tratar da competência normativa da função administrativa (cf. 3.1).¹⁹¹ É o direito, a ordem jurídica como um todo, que demarca, define, esclarece os limites e as possibilidades de ação e omissão do Poder Público, são as normas jurídicas, constitucionais, legais e infralegais, em respeito à hierarquia formal e material da ordem jurídica, que atribuem as potestades à Administração como deveres instrumentais à realização do interesse público.

É, pois, a competência normativa o gênero próximo de toda atividade do Poder Executivo.

Mas estas atribuições normativas para o exercício da função administrativa podem ser prescritas sem qualquer espaço de liberdade de escolha ao Poder Público, o que caracteriza a chamada competência vinculada, ou podem ser atribuídas com uma margem de liberdade, com um leque de uma pluralidade de decisões legítimas, e é neste aspecto que se diferencia da outra espécie, a competência discricionária.

Postas estas premissas, concluímos que a natureza jurídica da discricionariedade administrativa é a competência normativa para o exercício da função administrativa que franqueia uma pluralidade de decisões legítimas ao agente público.

¹⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4.

¹⁹¹ Nesse aspecto, os portugueses José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula Oliveira, ao cuidarem da natureza do poder discricionário, coincidem com a nossa proposta ao afirmarem que se trata de uma concessão legislativa, e não de uma liberdade absoluta à Administração (DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções fundamentais de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 114).

Mas não deixaríamos de chamar atenção para a percuciente observação feita por Gustavo Binbenbom¹⁹² ao criticar o chamado paradigma da “*discrecionalidade como espaço de livre decisão do administrador*”, propondo uma revisão da noção de discrecionalidade administrativa. Afirma o autor que:

[a] emergência da noção de *juridicidade administrativa*, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em *diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*. A discrecionalidade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos.¹⁹³

3.6 Limites da discrecionalidade administrativa na estática da norma jurídica de acordo com a função administrativa

Outro aspecto que também não se pode desconsiderar é sobre a possibilidade de o controle judicial incidir não apenas nos aspectos concretos da competência discricionária, na discrecionalidade em ato, mas antes analisar se os limites prescritos na estática da norma jurídica são legítimos.

Certo é que em geral o controle judicial pressupõe uma dada situação concreta (salvo o controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal), mas mesmo assim é possível a declaração incidental de eventual inconstitucionalidade de uma lei, isto é, a análise de uma norma jurídica em potência.

Da mesma forma, não obstante a circunstância envolvente do controle judicial do exercício da competência discricionária referir-se a um fato concreto – salvo a possibilidade de controle concentrado questionando a constitucionalidade de um lei que atribui a discrecionalidade à Administração –, é possível que a questão incidental, e provavelmente definitiva para o deslinde da causa, seja a perquirição da constitucionalidade da norma que atribui a discrecionalidade em potência, em abstrato.

¹⁹² BINENBJOM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 38-39.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 39.

É imperioso conhecer quais os limites de atribuição da discricionariedade administrativa na estrutura da norma jurídica; é dizer, o *que* pode e o *quanto* pode a lei dizer que um ato será passível de discricionariedade administrativa. Qual a liberdade, em última análise, conferida ao legislador para traçar a liberdade do administrador?

Parte desta resposta buscaremos formular no capítulo seguinte, sobretudo no tópico 4.4 e subitens, quando então cuidaremos da análise da competência discricionária de acordo com a sistematização do ato administrativo, isto é, empreenderemos o estudo de quais aspectos do ato administrativo podem externar a discricionariedade. Antes disso, porém, e antes de afirmarmos e explicarmos o porquê de, por exemplo, não existir discricionariedade quanto à competência (4.4.1), mas de existir em relação ao objeto do ato administrativo (4.4.3), devemos cuidar dos limites gerais da atribuição da discricionariedade administrativa.

Nesse aspecto, acreditamos que o controle dos limites de atribuição da discricionariedade, estabelecida em abstrato na norma jurídica, além dos critérios gerais a que toda e qualquer norma se sujeita pelo crivo da constitucionalidade (como a observância do devido processo legislativo, o respeito ao direito adquirido e outros princípios constitucionais), deve orientar-se pelo âmbito da função administrativa ao qual a norma jurídico-administrativa pretende disciplinar.

É fundamental insistirmos nesta anotação: é claro que a norma jurídico-administrativa que disciplina a competência discricionária está sujeita, como qualquer outra norma jurídica, ao controle de constitucionalidade por inúmeros fundamentos, como o princípio da impessoalidade, da eficiência e tantos outros argumentos jurídicos. O que tratamos, então, é de uma análise específica das normas jurídico-administrativas que atribuem a competência discricionária, uma análise que, consoante entendemos, deve debruçar-se sobre os âmbitos da função administrativa.

3.6.1 Os âmbitos da função administrativa

Atualmente, é comum identificar os diversos *campos* de atuação da função administrativa em número bem superior ao que no início do século XX costumava-se relacionar – polícia, serviço público e bens públicos.

Em razão da mudança de modelo de um Estado não-intervencionista (Estado de Direito Liberal) para o de um Estado que deve atender às demandas sociais, culturais, ambientais, e tantas outras, que deve intervir, com restrições, mas deve intervir na ordem econômica, que deve proporcionar a participação e fiscalização popular (Estado Social e Democrático de Direito), os *objetos* da função administrativa ampliaram-se consideravelmente.¹⁹⁴

A complexidade das competências atribuídas à Administração Pública exige sua sistematização. No entanto, essa diferenciação não significa que cada função seja absolutamente diferente e dissociada da outra.

Reconhece-se um âmbito de atos e atividades da Administração Pública que se caracterizam pela *intervenção* estatal na esfera da liberdade ou da propriedade do administrado, como ocorre pelos institutos das servidões administrativas, dos tombamentos, das desapropriações e das limitações administrativas à liberdade e à propriedade,¹⁹⁵ e este grupo é comumente reunido sob o gênero alcunhado de *Administração Ordenadora*, como fizeram Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández.¹⁹⁶

Por outro lado identificam-se os serviços públicos, prestados pela própria Administração ou por particulares que a substituem, e ainda outras várias atividades que, se não se amoldam à definição constitucional de “serviços públicos”, apresentam, no entanto, inquestionável interesse público, como a atuação de organizações sem fins lucrativos junto ao campo da educação, saúde, cultura e outras áreas, o que justifica a reunião destas tarefas sob o gênero *Administração de Prestação*, como também adotam o título os mesmos juristas.¹⁹⁷

Subsiste, é claro, a administração dos próprios bens, dos bens públicos, mas se incrementam as responsabilidades de gestão com metas e deveres orçamentários e tributários, o que justifica denominar de *Administração de Gestão* as atividades disciplinadas por regras e princípios jurídicos que cuidam da aquisição e alienação de bens, suas cessões de uso, organização interna dos órgãos e atribuições de competências aos agentes públicos, orçamento e gasto públicos, responsabilidade fiscal, etc.

¹⁹⁴ Interessante distinção entre *função administrativa* e *atividade administrativa* é feita por Marçal Justen Filho, apontando que a primeira “é um conjunto de competências” e a segunda uma “sequência conjugada de ações e omissões por meio das quais se exercita a função” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44).

¹⁹⁵ Com a expressão *limitações administrativas à liberdade e à propriedade* referimo-nos tanto à atividade legislativa quanto à administrativa, normalmente tratada sob a expressão “poder de polícia”.

¹⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. v. 2. Madrid: Civitas, 2004, p. 105 et seq.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 105 et seq.

Inspirado no regime democrático e social no qual o Estado tem o dever de promover ações de estímulo ao desenvolvimento econômico, criação de empregos e redução das desigualdades sociais (são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – art. 3º. da Constituição Federal), legitima-se a prescrição de uma série de missões a caracterizar a *Administração de Fomento* que deve, conforme afirma Sílvio Luís Ferreira da Rocha,¹⁹⁸ ser prevista em lei, ser impessoal e respeitar o princípio da igualdade.

Por fim, também o estudo da atividade sancionadora do Poder Público, a construção dogmática cada vez mais extensa, com uma identidade própria, com a elaboração de um regime jurídico específico que harmoniza princípios do direito penal com os do direito administrativo, justifica o reconhecimento de mais um capítulo dentro da função administrativa, mais um âmbito de atuação da Administração Pública, o que recebe o nome de *Administração Sancionadora*.

Outras searas da função administrativa, outros objetos com a edificação de um regime jurídico próprio, mas subsumidos ao regime jurídico geral do direito administrativo, poderiam ser identificados. Para não nos estendermos mais e perdermos o tema central deste estudo, e principalmente deste capítulo, sublinhamos por derradeiro o conhecimento que se solidifica nos últimos anos de que há uma pauta de programas a serem cumpridos pelo Poder Público – de modo cogente, imperativo – em reconhecimento de que as normas programáticas prescrevem deveres, e não anunciam simples sugestões. São programas que se expressam pelas denominadas *políticas públicas*¹⁹⁹ e que expandem debates, na doutrina e na jurisprudência, sobre a possibilidade e os limites de controle judicial.

Feitas estas anotações, passamos à análise da importância dos âmbitos da função administrativa para o controle judicial da discricionariedade administrativa.

3.6.2 A importância do tema para o controle judicial

Qualquer expressão da função administrativa deve buscar seu fundamento de validade em uma lei, e isto por conta da adoção do princípio da vinculação positiva da Administração

¹⁹⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 31.

¹⁹⁹ Não ingressaremos, para não afastarmos de nossa proposta, na análise das inúmeras definições que se desenvolvem sobre as “políticas públicas”, mas, pela relevância e repercussão do seu pensamento, consignamos as palavras de Ronald Dworkin: “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36)

Pública, fundado nos arts. 5º., II, e 37, *caput*, da Constituição Federal, que prescrevem que o Executivo só está autorizado a fazer, ou deixar de fazer, nos termos da lei.

De tal sorte, é elementar a percepção de que nenhuma lei, a pretexto de conferir competência discricionária à Administração, pode atingir o ponto de esvaziar o conteúdo mínimo e, como isto, delegar ao Poder Público o encargo de legislar – dever indisponível do Legislativo.

Seria o caso, por exemplo, de uma Lei Orgânica de um Município que dispusesse, de modo amplo e irrestrito, que toda e qualquer disciplina de uso privativo de bens públicos por particulares ficaria sob a responsabilidade regulamentar da Administração Pública. Pois se a autorização e a permissão de uso privativo são atos unilaterais e precários, e por isso podem ser revogados a qualquer tempo, e por isso representam simples *administração* do patrimônio público, a concessão de uso, por outro lado, é um contrato que prescreve um termo mínimo a ser observado (uma data para o término do contrato); em virtude desta *disposição* do patrimônio público – situação bem mais gravosa do que a “simples” *administração* – há a necessidade de que a vontade seja exarada pelo Município – que não se confunde com a do Executivo –, isto é, a concessão de uso privativo de bem público depende de prévia e específica previsão legal, pois é a *lei* a representação da “vontade geral” (Rousseau) do ente federativo. Nenhuma lei pode, portanto, esvaziar-se em seu dever de traçar o *núcleo mínimo* do princípio da legalidade (art. 5º., II, e 37 da Constituição Federal).

Este problema foi enfrentado pelo constitucionalista português, José Joaquim Gomes Canotilho.²⁰⁰ É categórico o autor ao dizer que as remissões da lei para outros instrumentos jurídicos, como é o caso dos regulamentos, “... suscita problemas de conformidade constitucional com os princípios democrático e de Estado de direito”. Pois, prossegue ele, a Administração não pode enfeixar um “poder paraconstitucional e apócrifo” de substituir-se ao legislador. Diante do que denomina de um perigo de inversão de competência, com o que se viola o princípio democrático e o princípio do Estado de direito, o jurista assinala: a) a remissão não pode ser mais condescendente do que aquelas para as “autorizações legislativas”;²⁰¹ b) a remissão não pode permitir a definição das relações entre o Estado e os cidadãos por meio de regulamentos; c) a remissão para “atos pararegulamentares” (como as ordens administrativas, instruções, circulares, etc.) só enseja efeitos meramente internos.

²⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 736.

²⁰¹ Conforme o art. 165º., 2, da Constituição da República Portuguesa, e que guarda paralelo com a Lei Delegada, prescrita no art. 68 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Igualmente, Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁰² ao reprovar a “delegação disfarçada e inconstitucional”, assevera que assim ocorre se a lei defere ao regulamento a possibilidade de definir, por si próprio, as condições ou requisitos necessários para o surgimento do direito, obrigação, dever ou restrição. Como diz, há a delegação quando o regulamento inova na ordem jurídica, e “inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada”.²⁰³

Neste ponto, nada há de distinto no que diz respeito aos limites de atribuição da discricionariedade administrativa na norma jurídico-administrativa do que é aplicável a qualquer outro instituto do direito administrativo.

A ideação da norma jurídica, em sua *estrutura lógica*, como um *juízo hipotético* – se *A*, deve ser *B*, sendo *A* a conduta hipotética e *B* a consequência – parece-nos retratar a melhor intelecção da estrutura normativa sob o prisma lógico.

Relembramos Maria Helena Diniz²⁰⁴ ao sublinhar que a norma é um *querer deontológico*, um *dever ser*. A norma jurídica é um *imperativo* por impor um *dever* com a finalidade – objeto – de regular a conduta humana (o que externa a sua *essência ética* por se dirigir à conduta humana). Entendamos bem, em alinhamento às lições da jurista citada, que a norma jurídica não se confunde com a sua estrutura lógica. Enquanto a norma jurídica é um *objeto cultural*, a sua estrutura lógica é um *objeto ideal*, pois não existe no tempo e no espaço, é indiferente aos valores, e com isto é possível distinguir e compreender que a norma jurídica é um *imperativo* estruturado sob um *juízo hipotético*²⁰⁵ de um *dever ser*,²⁰⁶ ou, como diz Tércio Sampaio Ferraz Júnior,²⁰⁷ é a concepção da norma como um “imperativo condicional”.

Mas é fundamental notarmos, a respeito da *finalidade*, a diferença que há em que comparando com a *finalidade do ato administrativo*. A *finalidade* deste juízo hipotético da lei é reconhecida sob um prisma exclusivamente lógico-formal, isto é, como um segundo momento que representa um consectário necessário à ocorrência da hipótese normativa – se *A*, então dever ser *B*, onde este é o consequente ou finalidade. Com isto queremos realçar que

²⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 332.

²⁰³ *Ibidem*, p. 333.

²⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 350 et seq.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 365-366. Como a autora alerta, o desenvolvimento da noção de juízo hipotético como condicional, disjuntivo, conjuntivo etc. dependerá da posição jusfilosófica do jurista.

²⁰⁶ A linguagem deontica ou prescritiva opõe-se à linguagem descritiva ou apofântica; é a oposição entre dever-ser e ser.

²⁰⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 100.

não há a mesma correspondência com a *finalidade do ato administrativo* que, ao estudá-lo em momento próprio (4.4.7), veremos que se trata de uma prisma axiológico: o objetivo, o bem da vida a ser alcançado.

Por esta formulação estritamente formal da norma jurídica a *finalidade* (ou *consequente*, ou *mandamento*) comporta, para outras análises possíveis, um campo amplo de elementos axiológicos; como segundo e último momento desta estrutura binária, é sob a inscrição da *finalidade* da norma jurídica que podemos encontrar no ato administrativo a sua forma, o seu objeto, o seu conteúdo e, sobretudo, a sua finalidade (*finalidade do ato administrativo*). Tudo que, em *ato*, na *dinâmica da norma jurídica*, for reconhecível como uma *consequência* de uma hipótese autorizante subsume-se ao que ora denominamos *finalidade da norma jurídica*.

Esta distinção a que nos estendemos e insistimos é de suma relevância porque, como se verá adiante, reconhecemos a possibilidade da atribuição da competência discricionária junto à *finalidade da norma jurídica*, mas reprovaremos a possibilidade de existir competência discricionária em relação à *finalidade* do ato administrativo. Isto porque, tornamos a repetir, o sentido de *finalidade* da norma jurídica, para fins de metodologia deste estudo, é identificado por um prisma exclusivamente *lógico-formal* de uma estrutura binária – se houver um *antecedente*, passa-se ao *consequente* (ou *finalidade*).

O que de específico podemos inicialmente identificar para nosso estudo é que, em relação à atribuição da competência discricionária na norma jurídico-administrativa, tanto mais restrita deve ser a sua dimensão quando o âmbito da função administrativa for de alguma medida de intervenção perante a esfera jurídica de direitos do administrado. Explicamos: se ao disciplinar a *Administração de Fomento* é legítimo que a técnica redacional do texto normativo deixe à Administração Pública uma ampla liberdade de escolha de *hipóteses de fato* ou da *finalidade* a serem perseguidas – sem esvaziar por completo o princípio da legalidade, como afirmamos no parágrafo precedente –, a mesma amplitude pode se revelar insuficiente para tratar de alguma ação da *Administração Ordenadora* que intervenha junto à propriedade ou à liberdade dos administrados, e com isto ofender o *princípio da segurança jurídica* ou mesmo o *princípio da legalidade*.

Alguns exemplos devem esclarecer:

Se para a *Administração de Fomento* a lei prescreve que poderão ser concedidos recursos financeiros às associações sem fins lucrativos que se dedicam ao amparo de mulheres

vítimas de violência doméstica, a excessiva amplitude da norma jurídico-administrativa é legítima porque, inicialmente, não se esvazia em seu conteúdo mínimo porque traça linhas próprias que permitem identificar a *hipótese de fato* (associações sem fins lucrativos que se dedicam ao amparo à mulher vítima de violência doméstica) e a *finalidade* (recursos financeiros a estas associações) da norma; segundo, trata-se de um âmbito da função administrativa que objetiva o *oferecimento de uma prestação, a ampliação de direitos* dos administrados, e portanto é possível à Administração, em observando os princípios da impessoalidade e da isonomia, exercer a competência discricionária tanto para avaliar qual a pertinência no estabelecimento de *hipóteses de fato* mais específicas, como para definir, também com mais precisão, quais os valores e formas de disponibilidade dos recursos financeiros prescritos como a *finalidade* da norma jurídico-administrativa, o que ocorreria com a edição de um regulamento com critérios mais objetivos.

Mas no âmbito da *Administração Ordenadora*, para disciplinar uma *limitação administrativa à propriedade*,²⁰⁸ não é suficiente para escorar juridicamente todas as ações da Administração dizer a lei que para a prevenção e controle da proliferação de epidemias poderá o Poder Público adotar as medidas necessárias, pois se uma norma destas supera, como cremos que sim, a exigência de que não haja a delegação da função legiferante, pois tanto a *hipótese de fato* (prevenção e controle da proliferação de epidemias) quanto a *finalidade* da norma (adotar as medidas necessárias) estão traçadas sob um modelo mínimo, por outro lado é insuficiente se a Administração pretender apoiar-se nela para ingressar em residências, sem o consentimento dos moradores e sem um mandado judicial, para averiguar se existem focos do mosquito transmissor da dengue. Ao contrário do que ocorre na *Administração de Fomento*, no âmbito da *Administração Ordenadora* não há a ampliação da esfera jurídica de proteção do administrado, mas, ao inverso, a restrição, o confinamento da liberdade ou da propriedade, e por isso é preciso que a norma jurídico-administrativa, tanto em sua *hipótese de fato* quanto em sua *finalidade*, seja precisa o suficiente quanto ao *conjunto de pluralidade de decisões legítimas*, isto é, a norma deve ser precisa o suficiente para que se vislumbre qual o alcance concreto possível da discricionariedade administrativa.

Se para a *Administração de Prestação* a lei prescreve que a Administração poderá transferir a execução de um serviço público de sua competência para um particular, devemos reconhecer que a *hipótese de fato* (a subentendida necessidade de organização das atividades

²⁰⁸ Como consignamos na nota de rodapé n. 195, utilizamos a expressão *limitação administrativa* em substituição aos termos “poder de polícia”.

do Poder Público) está suficientemente delineada, e sem dúvida outorga discricionariedade porque a escolha por transmitir, ou não, a execução competirá ao Poder Público, e igualmente traçada encontra-se a *finalidade* (para que um particular execute o serviço público) que exterioriza uma discricionariedade, já que a Administração poderá escolher por delegar parte ou todo o serviço, poderá ainda, se não houver qualquer outra restrição legislativa, escolher o instrumento (concessão ou permissão) a ser firmado com o particular, o tempo da delegação, etc.; e tal como a *Administração de Fomento*, também a *Administração de Prestação* destina-se a *oferecer* benefícios, *ampliar* os direitos dos administrados, o que autoriza que a *hipótese de fato* e a *finalidade* da norma não contenham maior precisão.

Diferente, portanto, de uma lei que ao versar sobre a *Administração Ordenadora*, para disciplinar a *desapropriação*, pretenda conferir a competência discricionária dispendo simplesmente que é possível a expropriação forçada. Para franquear à Administração a discricionariedade junto à *hipótese de fato* é preciso um maior detalhamento de quais são os motivos (a necessidade de ampliar uma avenida, de construir um hospital, um núcleo habitacional, etc.) e as circunstâncias (o trâmite processual, a indenização prévia e em dinheiro, etc.) possíveis, como é preciso um maior detalhamento da *finalidade* da norma com a *utilidade social* que será atingida (a construção de escolas, núcleos habitacionais, etc.), ou o *interesse público* com a necessidade de definição, por parte da Administração, de circunstâncias que se amoldem a este *interesse público*. Pois a desapropriação implica *sacrifício* de um direito, o direito à propriedade, e a atribuição da competência discricionária deve, destarte, ser mais precisa, ou seja, as opções igualmente legítimas que caracterizam a discricionariedade devem ser vislumbradas pela própria lei.

Com isso, podemos concluir mais outro critério: sendo o âmbito da função administrativa a *intervenção* na esfera jurídica dos administrados – como ocorre com a *Administração Ordenadora* –, tanto mais precisa deve ser a norma jurídico-administrativa em sua *hipótese de fato* e na sua *finalidade*, o que quer dizer que além de manter um núcleo mínimo para que não haja a delegação da função legiferante deve a lei, ainda, vislumbrar as opções possíveis que identifiquem a dimensão real da competência discricionária.

Por derradeiro, deixamos para tratar de um âmbito específico da atuação do Poder Público: a *Administração Sancionadora*. Como o direito administrativo sancionador representa o ápice da *intervenção estatal* perante a liberdade e a propriedade do administrado, e sobretudo porque o gênero *direito sancionador* (do qual o direito administrativo sancionador é espécie, ao lado das sanções penais e civis) deve atender ao comando

constitucional de que não há pena sem prévia cominação legal (art. 5º., XXXIX, da Constituição República Federativa do Brasil), por todas estas considerações, entendemos não haver a possibilidade de a norma jurídico-administrativa que versa sobre o direito administrativo sancionador comportar qualquer espaço para a discricionariedade administrativa.

Tanto a *hipótese de fato* quanto a *finalidade* da norma jurídico-administrativa, em se tratando de matéria do direito administrativo sancionador, ensejam apenas e tão-somente a rigorosa exigência constitucional de que a infração e a pena sejam previstas em *lei*, e só por *lei* (art. 5º., XXXIX), afastando qualquer possibilidade de a Administração fazer juízos discricionários sobre certo fato se qualificar, ou não, como uma infração administrativa, ou sobre quais, das penas previstas em lei, devem ser aplicadas, se o adequado, por exemplo, é a simples advertência ou a demissão a bem do serviço público.

Não há discricionariedade administrativa junto ao direito administrativo sancionador. A prescrição constitucional, a reforçar tal entendimento, veda a tipificação de infrações ou de sanções por outra norma que não a lei, levando-nos à seguinte ilação: a de que não é possível à norma jurídico-administrativa prescrever a competência discricionária para tratar de infrações e sanções administrativas.

3.6.3 Síntese conclusiva

Podemos assim sintetizar a nossa posição sobre os limites de atribuição da competência discricionária na estática da lei: a) identificamos a norma jurídica, em sua *estrutura lógica*, sob uma formulação binária, isto é, um *juízo hipotético* composto por uma *hipótese de fato* e uma *finalidade*; b) a análise dos limites de atribuição da discricionariedade administrativa na norma jurídico-administrativa deve ser realizada de acordo com o âmbito da função administrativa (administração ordenadora, de prestação, de gestão, de fomento, sancionadora e de políticas públicas); c) nenhuma lei pode esvaziar-se e deixar de delinear o núcleo mínimo da matéria à qual se propõe sob pena de ofensa ao *princípio da legalidade*, além da *inconstitucional delegação da função legisladora* ao Executivo; d) mais restritas devem ser as dimensões da discricionariedade administrativa nas *hipóteses de fato* e na *finalidade* da norma jurídico-administrativa se o âmbito da função administrativa for a intervenção na esfera jurídica de direitos do administrado, sob pena de violação dos *princípios*

da segurança jurídica e legalidade; e) a Administração Sancionadora deve cumprir o comando constitucional de que não há pena sem prévia cominação legal (art. 5º., XXXIX), em matéria de direito administrativo sancionador tanto a *hipótese de fato* quanto a *finalidade* da norma jurídico-administrativa não permitem a discricionariedade administrativa.

4 CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO

Dedicaremos este capítulo a investigar os limites da competência discricionária – o que significa: qual o alcance do controle judicial – na dinâmica jurídico-administrativa. Isto é, cuidaremos de aferir a discricionariedade administrativa no exercício concreto da função administrativa, realizado através do ato administrativo.

A primeira parte será dedicada ao ato administrativo para o qual decomporremos a análise em cada aspecto que a doutrina de um modo geral costuma mencionar em sua sistematização, seja como *elemento* do ato, seja como seu *pressuposto*. Depois, trataremos da chamada “redução a zero” da discricionariedade, alinhando informes que auxiliam a sistematizar esta teoria. E, ainda, a ideia do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais de direito fundamental a favorecer o controle judicial. Por último, depois de tudo o que até então será visto, o que engloba também os capítulos antecedentes, formularemos nosso conceito de discricionariedade administrativa.

Adiantamos desde logo que não abordaremos outros temas ligados ao controle judicial que merecem e já recebem extensas e exaurientes análises monográficas em verdadeiros tratados, pois não serão o objeto central da nossa proposta, até porque, se insistíssemos, ainda assim, em desenvolver outros enfoques do controle judicial (para tratar, por exemplo, da função política, do controle judicial da discricionariedade administrativa no ato político, nas políticas públicas, etc.), não atenderíamos a contento a qualquer proposta.

4.1 A (im)possibilidade de revisão judicial dos atos discricionários da administração

Durante muitos anos no direito brasileiro vigorava o entendimento da impossibilidade de revisão judicial da atividade administrativa. O controle judicial dos atos da administração não era realizado, fundado na justificativa da discricionariedade administrativa.

Esta posição que vigorou em nosso país de forma incontestada, ainda encontra seguidores²⁰⁹, embora se encontre superada, por, no mínimo, três motivos: a impossibilidade de revisão dos atos administrativos por parte do Judiciário, que é doutrina transposta do direito francês, onde existe uma especificidade que é o contencioso administrativo, que no direito brasileiro não encontra similar. O segundo motivo, reside na teoria transposta do direito alemão, onde os direitos sociais são comandos endereçados ao legislativo e administrativo, não cabendo ao Judiciário este controle. Por fim, o terceiro aspecto a ser considerado é que no Estado Democrático de Direito somente existe escolha do administrador vinculada aos preceitos constitucionais, em especial pela pauta dos direitos fundamentais.

O Poder Judiciário quando efetua esta decisão não pode cair na casuística, autorizando ou negando todas as pretensões que lhe vêm a julgamento, sem considerar os dispositivos orçamentários, mas deve buscar a solução adequada constitucionalmente e verificar o (in)existente em matéria de políticas públicas, e aí reside a questão.

Com esta perspectiva, pretende-se desenvolver o trabalho para investigar os limites em que são controladas as políticas públicas judicialmente. Assim, o questionamento judicial destes atos da Administração vem ocorrendo, mas o importante é apontar os critérios de como este vem se implementando, para que o Judiciário não se substitua à atividade do administrador e tampouco o administrador fique livre dos controles judiciais. Esta sindicabilidade tem de ocorrer de forma a concretizar os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal.

Em um país como o Brasil em que os direitos sociais ainda não estão assegurados para grande parte da população, a pergunta que se faz é a seguinte: fica ao alvedrio a implementação destas políticas públicas por parte do Executivo ou o Poder Judiciário pode ser um importante mecanismo de pressão, na implementação destes direitos e em que limites? Assim, exemplificativamente, referente ao direito à saúde, o que a Constituição objetiva assegurar: um tratamento caro no exterior para uma só pessoa ou o tratamento de doença epidemiológica relevante para uma parcela expressiva da sociedade?

Por isso, o Judiciário deve agir, mas com critérios e limites, sob pena de se cair no subjetivismo judicial. Daí advém a necessidade desta investigação, pois em casos de omissão ou atuação precária do administrador, por vezes o Judiciário manifesta-se de forma tímida ou

²⁰⁹ Por exemplo: GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 93-94. Ainda, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 607.

sem critérios. Ainda, a inadequação do modelo francês de dualidade da jurisdição transposto à realidade brasileira, faz-se necessário um retrospecto a respeito dos controles da Administração. Pode-se afirmar que existem dois sistemas: o da unidade e o da dualidade da jurisdição. O sistema da unidade e o da dualidade da jurisdição decorrem da interpretação do Princípio da Separação dos Poderes.

É importante salientar que a doutrina a que se convencionou a denominação “Separação dos Poderes”²¹⁰ não foi assim conceituada por seu autor Montesquieu. Da leitura de sua obra, extraem-se duas ideias principais, quais sejam: a distinção tripartite das funções do Estado e a ideia de controle recíproco entre estas atividades.

Em momento algum escreveu o autor a palavra “separação dos poderes”, isto decorreu da interpretação principal de sua obra, mormente a apropriação da doutrina que se constituiu em um dos paradigmas apregoados pela Revolução Francesa. A interpretação e a crítica de Louis Althusser²¹¹ não tiveram fortes ecos, no sentido de que Montesquieu era de origem nobre, conhecido como Barão de La Brède e formulou a teoria apenas para fortalecer o poder monárquico, na época em que este se encontrava em crise.

Na França, berço do princípio da Separação dos Poderes devido à doutrina de Montesquieu, este foi interpretado de forma drástica como a impossibilidade de um poder exercer o controle sobre outro.

A origem histórica desta interpretação encontra-se na desconfiança que os legisladores da Revolução Francesa tinham para com o Poder Judiciário, pois este tinha se mostrado resistente às conquistas populares.

Waline²¹² assevera que a Lei n. 16, de 24 de agosto de 1790, dispunha sobre a organização judiciária e proclamava a separação das funções administrativas e judiciais, que foi reafirmada com o período que se seguiu à Revolução Francesa. Houve proibição legal expressa aos juízes do conhecimento da matéria administrativa. As reclamações com conteúdo administrativo não poderiam ser, em nenhum dos casos, encaminhadas aos tribunais. Deveriam ser submetidas ao rei, então chefe da Administração geral²¹³.

²¹⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 148-154.

²¹¹ ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: a política e a história*. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 86.

²¹² WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. 6. ed. Paris: Recueil Sirey, 1952, p. 45.

²¹³ LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Manuel de droit administratif*. 15. ed. Paris: L.G.D.J., 1995, p. 107.

Por contencioso administrativo entende-se o conjunto de regras relativas aos litígios organizados que questionam a atividade dos administradores públicos. O progresso do direito administrativo francês deveu-se à existência de um contencioso. Essa instituição garantiu o desenvolvimento do direito propriamente dito, por meio das garantias de legalidade criadas pela importância do aspecto moral da conduta dos administradores, dando respaldo às teorias subjetivas.

O recurso por excesso de poder, como já mencionamos anteriormente (3.1), é uma criação jurisprudencial devida ao próprio Conselho de Estado Francês, constituindo-se o principal instrumento de controle da legalidade administrativa²¹⁴.

Assim, o Conselho de Estado Francês²¹⁵ é um órgão de fiscalização dos atos da Administração, situado dentro do próprio Executivo e que deve desempenhar suas funções decisórias com imparcialidade e em consonância com a legalidade.

A justificativa é no sentido de que o Legislativo é o poder constituído a partir da vontade popular e não seria democrática a substituição da representação da soberania do povo pelo Poder Judiciário, que não é eleito democraticamente.

Esta questão é bem enfrentada por Sérgio Cademartori²¹⁶, que analisa a questão da legitimidade. Assim, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário possuem intervenção calcados em pressupostos de legitimidade distintos. A legitimidade do Poder Legislativo decorre da ideia de soberania popular. O Poder Legislativo é o representante da população, em que pese poderem ser feitas críticas ao modelo representativo²¹⁷.

Com pressuposto diferente de legitimidade se encontra o Poder Judiciário, que possui seu fundamento no Estado de Direito.

Basicamente, são estas as razões de ordem histórica pelas quais não se permite a revisão dos atos administrativos no direito francês, que consagra a dualidade de jurisdição. Essa doutrina é inaplicável ao direito brasileiro em virtude do art. 5º, XXXV, da CF/88 que consagra a inafastabilidade do controle judicial de todos os atos. Logo, no Brasil, os atos da

²¹⁴ LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Manuel de droit administratif*. 15. ed. Paris: L.G.D.J., 1995, p. 105-107. A respeito da evolução do recurso de excesso de poder, o autor faz uma análise de sua evolução até o final do século XX.

²¹⁵ Da mesma forma, o Conselho Constitucional é o órgão a quem incumbe o controle da constitucionalidade das leis, que é realizado de uma maneira preventiva, não se permitindo ao Judiciário o controle destas questões.

²¹⁶ CADERMATORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006.

²¹⁷ A respeito das insuficiências do modelo representativo e o movimento que ocorre em prol da democracia participativa, não se tratará desta questão, por não ser objeto da presente dissertação.

Administração não podem ficar à margem do questionamento judicial, o desafio está em estabelecer estes critérios.

4.2 O princípio da separação dos poderes

Ainda sobre a ideia tradicional da teoria da separação dos poderes, cunhada por Montesquieu, considerar-se-ia o Poder Judiciário inadequado para planejar, implementar, ou ainda, para dispor sobre as políticas públicas.²¹⁸

Qualquer ação desta espécie poderia gerar uma *invasão* na esfera do outro poder, de modo a extrapolar os mecanismos de freios e contrapesos e, por conseguinte, poderia ser classificada como extrajurídica.

Apesar disso, não se pode olvidar que, ainda que a Separação dos Poderes seja um princípio fundamental do Estado de Direito e, igualmente, do Estado Constitucional, ela deve ser observada a partir do quadro histórico contemporâneo, em que as funções exercidas pelos três poderes apresentam cada vez maior similitude e, não raro, apresentam-se sobrepostas. Além disso, os três poderes têm por função primordial a observância das disposições constitucionais. Acerca da necessidade de vinculação à Constituição, independentemente da função típica de cada poder, com destaque ao papel do Judiciário, determinando o cumprimento da Carta Constitucional pelos outros poderes, manifesta-se Sérgio Cruz Arenhart:

Valendo-se, o mais possível, de critérios objetivos – pautados nas determinações constitucionais a respeito – não estará o juiz usurpando a atribuição de qualquer representante de outra Função do Estado; não estará agindo como legislador, já que sua preocupação não é a de criar a política pública, mas apenas a de exprimir a vontade da lei (do Direito) em relação à condução dela pelo Estado; também não se estará colocando no papel de agente do Executivo, especialmente porque sua função se limitará a indicar a direção a ser trilhada pelo Estado, sem considerar o *modus operandi* da medida. Por outro lado, não importará que o magistrado não goze – como os membros do Legislativo e do Executivo – da legitimidade pelo voto para efetivar estas escolhas políticas. É que, embora sua legitimação não decorra do voto popular, ela advém do processo em que a decisão é formada. Porque a decisão judicial nasce do contraditório entre os interessados e assenta-se na possibilidade de diálogo anterior entre os que, possivelmente, serão atingidos pela atuação jurisdicional, seu conteúdo deve gozar da mesma legitimação a

²¹⁸ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 85.

que faz jus o ato político emanado do Legislativo ou do Executivo.²¹⁹

Nesse passo, postulando por uma revisão da divisão tripartite de funções autônomas entre os poderes, argumenta Andreas Joachim Krell que “na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais e assumem a forma de programas finalísticos, o esquema clássico de divisão de poderes perde a sua atualidade”.²²⁰ Com efeito, a revisão do papel dos Poderes Públicos, em especial do Judiciário, com vistas a garantir a plena eficácia das normas constitucionais e em especial dos direitos fundamentais é um imperativo do Estado Constitucional.²²¹

Assim, deve-se levar em conta que é próprio da natureza do Poder Judiciário a interferência no exercício das atividades dos demais poderes estatais, na condição de Poder com a atribuição de verificar a compatibilidade das atividades destes poderes com a Constituição Federal. Ademais quando o artigo 5º, inciso XXXV, do texto Constitucional prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” acaba fornecendo respaldo ao Judiciário para analisar as questões que, inclusive, sejam afetas aos demais poderes.²²²

²¹⁹ ARENHART, Sergio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 504-527.

²²⁰ KRELL, Andreas Joachim. Op. cit., p. 90. Complementando, Fabio Konder Comparato destaca que “o importante a assinalar é que, na estrutura do Estado Dirigente, a lei perde a sua majestade de expressão por excelência da soberania popular, para se tornar mero instrumento de governo. A grande maioria das leis insere-se hoje, nos quadros de políticas governamentais e tem por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura (Massnahmegesetze), ou então o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos das atividades privadas, sobretudo no âmbito empresarial (Lenkungsgesetze), ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo (Steuerungsgesetze). A tendência geral, de resto, em todos os países, vai no sentido do alargamento da competência normativa do governo, não só na instância central, mediante decretos-leis ou medidas provisórias, mas também no plano inferior das chamadas organizações administrativas autônomas, de que são modelo consagrado as independent regulatory commissions dos Estados Unidos” (COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de Constitucionalidade de políticas públicas*. Disponível em: < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/constitucional/23.htm> >. Acesso em: 15 jun. 2012).

²²¹ “O Poder Judiciário vive, desde o século XX, uma fase de constante aumento nas demandas, quantitativo e qualitativo, provocado pela litigiosidade resultante das transformações ocorridas na sociedade, no Estado e no Direito. Instalou-se uma crise no Poder Judiciário, tendo de um lado os ‘conservadores’ que pregam a limitação da função jurisdicional, na tese defendida desde o século XIX, e os ‘progressistas’ que defendem a idéia de que o Poder Judiciário tem o mesmo peso, importância e competência dos demais poderes, devendo controlar tanto o legislador quanto o administrador, em igualdade de condições e de funções.” (BROLIANI, Jozélia Nogueira. O controle judicial nas omissões no planejamento financeiro, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C*. Belo Horizonte, ano 5, n. 21, jul./set., 2005, p. 128).

²²² Nesse sentido o STF já julgou que “(...) O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos

Nesse sentido é a manifestação de Fábio Konder Comparato, para quem “[a] passagem da nomocracia liberal ao Estado telocrático contemporâneo liberal contemporâneo tornou indispensável um reexame da classificação tradicional dos Poderes Estatais”.²²³

Segundo o autor, classicamente, a teoria se funda na supremacia incontestável da lei, sobre todas as demais manifestações da atividade estatal. Por isso mesmo, no modelo constitucional clássico, o poder supremo é o Legislativo, ao qual compete, em sua qualidade de representante por excelência do povo, a tarefa solene de dar expressão legal à soberania popular. Na mesma linha,

[a]os demais poderes – o Executivo propriamente dito, na parte administrativa, e o Judiciário, em caso de conflito de interesses, cabe a mera execução das normas legais, sem nenhuma iniciativa ou impulso próprio. O Constitucionalismo liberal consagrou em cheio esse paradigma de Estado legislativo. Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções, e, portanto, dos poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, falta de uma conseqüente reorganização Constitucional de Poderes, a qual de preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.²²⁴

Nesse sentido, a intervenção do Judiciário não deve ser tida como uma “invasão” na atividade legislativa ou administrativa do Estado. A intervenção do Judiciário se mostra compatível com a democracia, desde que sejam observados os mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade, por meio dos espaços públicos que permitam o exercício da democracia participativa.²²⁵

cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 23.452/RJ. Pleno. Relator: Min. Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 20).

²²³ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de Constitucionalidade de políticas públicas*. Disponível em: < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/constitucional/23.htm> >. Acesso em: 15 jun. 2012.

²²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de Constitucionalidade de políticas públicas*. Disponível em: < <http://www.amdjus.com.br/doutrina/constitucional/23.htm> >. Acesso em: 15 jun. 2012. Ademais, torna-se cada vez mais evidente que o obsoleto Princípio da Separação de Poderes (Montesquieu, séc. XVIII) atribui um efeito paralisante às reivindicações de cunho social cabendo-lhe uma nova leitura a fim de que sejam garantidos os Direitos Fundamentais em contraposição à arbitrariedade da omissão estatal (KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 88).

²²⁵ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 150.

4.3 Legitimidade dos provimentos e a contribuição da teoria do discurso de Jürgen Habermas

No plano da democracia participativa, outro aspecto que se torna fundamental é o voltado para o encontro de um sistema de legitimidade dos provimentos advindos do Poder Público.

Não se pode, pois, admitir regime de efetiva democracia sem que as decisões de Estado não sejam legítimas, isto é, não passem por um processo de afirmação e aceitação da sociedade.

Luiz Flávio Gomes, citando Ferrajoli, chama atenção “[...] a legitimação democrática do Poder Judiciário é estruturalmente diversa da dos demais poderes do Estado, não tendo nada que ver com a vontade nem com a opinião da maioria”.²²⁶

Nesse sentido, constata-se que a legitimidade democrática do Poder Público na contemporaneidade não pode estar circunscrita no sufrágio ou no âmbito restrito da política partidária, o que determina a obrigatoriedade de encontrar os parâmetros que determinem e expliquem a atividade decisória decorrente das funções do Estado, sob o seu aspecto legitimador, especialmente levando em conta a possibilidade do controle processual judicial sobre os atos discricionários da Administração.

A ciência jurídica sempre se preocupou com a legitimidade das decisões emitidas pelo Estado, em qualquer uma das suas áreas de atuação, cabendo, pois, à Filosofia do Direito, especialmente no campo da Hermenêutica, o estudo sobre os caminhos de justificação e aceitabilidade dos provimentos estatais.

Malgrado a série de escolas e métodos que se ocupam de estudar e explicar a atividade do Estado, isto é, as suas decisões, o que interessa na atual fase avançada do processo é demonstrar que na democracia só há lugar para provimentos que possam ser construídos por seus interessados – destinatários, e que se submetam à constante fiscalização dentro de um espaço procedimental constitucionalizado. É a partir desta concepção que se pode, de fato, falar em legitimidade das decisões e democracia participativa.

Ora, se democracia pode ser definida, conforme Luiz Flávio Gomes, citando Bobbio, como “o sistema de convivência no qual as técnicas da argumentação e da persuasão

²²⁶ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura: no Estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 120.

substituem as da coação na solução dos conflitos sociais”²²⁷, chega-se à conclusão de que a democracia pressupõe a constante contestabilidade das decisões do Estado, conseguindo assim maior legitimidade dessas decisões pela sociedade.

Assim, o debate, oposição e discussão sobre as decisões públicas, especialmente aquelas representadas por atos de índole discricionária do Estado, deve ser inerente à democracia, sendo que esta jamais poderá firmar-se diante da implantação (*ou manutenção*) de sistema que se estabeleça por simples autoridade, destituída, portanto, de legitimidade, posto que não se oferece a uma fiscalização participativa e procedimentalizada.

E para entender a democracia, especialmente quando relacionada com o exercício da atividade decisória, ou seja, quando se estuda a atuação dos julgadores a partir de suas decisões proferidas em procedimentos perante eles instaurados pelos interessados, não se pode olvidar de uma incursão analítica sobre a teoria do discurso de Jürgen Habermas.

Como bem lembra Augusto César Leite de Carvalho, não é suficiente, na atualidade, uma concepção de democracia baseada apenas no respeito às regras do jogo, em que, preocupadas apenas com o procedimento, pode conduzir ao poder totalitário e perpetuar a segregação das minorias.²²⁸ Lembra o autor que não há para Habermas incompatibilidade entre a legitimidade e legalidade, desde que esta última não seja produto de autoritarismo, mas uma consequência da formação de opinião e vontade da sociedade em situação ideal de comunicação.²²⁹

Por isso, afirma Habermas:

O conceito de direito moderno – que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento – absorve o pensamento democrático desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da “vontade unida e coincidente de todos” os cidadãos livres e iguais.²³⁰

E essa ação comunicativa e discursiva de Habermas transporta-se para a atividade procedimental, notadamente, para o processo judicial, e, a partir daí, permite melhor

²²⁷ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura: no Estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 120.

²²⁸ CARVALHO, Augusto César Leite de. A atuação do direito no Estado democrático. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural* (Hermenêutica e Constituição 4ª parte). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 420.

²²⁹ *Ibidem*, p. 421.

²³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 53.

compreensão dos paradigmas democráticos que devem imperar no âmbito das esferas de atuação do Estado, inclusive, na sua competência discricionária.

Logo no início do capítulo V (Indeterminação do Direito e Racionalidade da Jurisprudência) de sua notável obra relacionada ao direito e democracia, Habermas esclarece:

O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. Eu parto da idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito.²³¹

Destarte, Habermas conduz a sua teoria discursiva para uma teoria do discurso jurídico (teoria discursiva do Direito), introduzindo um novo paradigma para ser observado pelos Estados democráticos, que é o da constante procedimentalidade como elemento fundamental e de garantia para que a sociedade tenha efetiva participação na tomada de decisões que a ela interessa, afastando-se a possibilidade de atos circunscritos apenas aos seus produtores e diretamente a eles vinculados.

Nesse sentido, Habermas deixa claro que no Estado democrático não se pode mais conceber os “poderes” do Estado (da legislação, justiça e administração) e de produção do direito, somente a partir de suas funções específicas tradicionalmente:

Se considerarmos as coisas pelo lado empírico, constataremos que há várias instituições envolvidas nessa produção e reprodução do direito em sociedades como a nossa, que preenchem simultânea e respectivamente várias funções. No Estado de Direito Democrático, compete à legislação política a função central. Dela participam, não somente partidos, eleitorado, corporações parlamentares e governo, mas também a prática de decisões dos tribunais e das administrações, na medida em que estes se autoprogramam, a função da aplicação de leis não assumida apenas por instâncias da jurisdição no horizonte da dogmática jurídica e da esfera pública jurídica, mas também, implicitamente, por administrações. A função de execução das leis é exercida pelo governo, pela administração, indiretamente também por tribunais. Uma parte dessas funções jurídicas é delegada pelos órgãos do Estado a corporações privadas ou semipúblicas.²³²

²³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 242.

²³² *Ibidem*, p. 243.

De maneira que, em Habermas²³³, há um interrelacionamento (interações) entre produtores e reprodutores do Direito, levando as comunicações ao nível do direito que de fato “apontam para pretensões reclamáveis judicialmente”, o que acaba por constituir o processo judicial “como ponto de fuga para análise do sistema jurídico”. Por outro lado, ele não deixa de advertir que “a escolha desta perspectiva de pesquisa significa apenas uma determinação metódica, não uma restrição da análise no âmbito da jurisdição”, pois uma “teoria da ordem jurídica em sua totalidade”:

[...] leva em conta as perspectivas dos outros participantes, ao introduzir na própria perspectiva de esclarecimento, que é a do jurista especializado, os papéis do legislador político, da administração e dos membros do direito (enquanto clientes ou cidadãos) [...] No entanto, a teoria do direito continua sendo, em primeira linha, teoria da jurisdição e do discurso jurídico.²³⁴

Ademais, Habermas leciona que a “tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas”.²³⁵

Como visto, é na democracia, com contornos de legitimidade obtidos numa constante contestabilidade processual das decisões do Poder Público, que é possível pensar em forma de implementação dos direitos fundamentais constitucionalizados na contemporaneidade.

Aliás, Alexandre de Moraes, ao tratar da “jurisdição constitucional”, lembra que:

A análise do novo papel neste final de século, da crescente importância da Justiça constitucional passa obrigatoriamente pelo estudo das dificuldades da representação política, enquanto sustentáculo da Democracia. Necessário, pois, breve análise das noções democráticas e da representação política, para constar que a crise da representação popular e na própria organização e funcionamento dos partidos políticos – que não conseguiram evoluir, no sentido de servirem como eficazes instrumentos de efetiva representação dos interesses do povo no Parlamento – incentivou o surgimento e fortalecimento de novos caminhos de representação popular no processo decisional do Estado.²³⁶

Na verdade, Alexandre de Moraes já sustentava, no final do século passado, que a esperança da sociedade brasileira em ver seus direitos fundamentais concretizados não estava mais atrelada apenas a uma representação parlamentar, muito menos na boa vontade do

²³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 244.

²³⁴ Ibidem, p. 244-245.

²³⁵ Ibidem, p. 245.

²³⁶ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 42.

representante do Executivo, o que a conduziu a exigir a efetivação desses direitos, como afirmação do ideal democrático, perante os tribunais. Ele mesmo nos esclarece:

Essa transformação político-social acabou por gerar duas complexas questões: o Parlamento não mais, necessariamente, reflete a vontade popular, e os grupos mais organizados e economicamente mais fortes passaram a atuar de forma cada vez mais decisiva na condução dos negócios políticos do Estado, em detrimento dos interesses do restante da sociedade, que não encontra na Democracia representativa mecanismos para defesa de seus direitos fundamentais básicos.²³⁷

E nesse contexto de controle judicial dos atos do Poder Público, não poderá ser esquecida a obra de José Alfredo de Oliveira Baracho, quando assevera:

Os tipos de controle de constitucionalidade das leis apresentam pontos de contato com o contexto jurídico-político, nos quais estão inseridos. No momento em que se pretende realizar a segurança jurídica e eliminar as formas arbitrárias de funcionamento do Estado, que está submetido ao direito através da consagração das prerrogativas das pessoas, torna-se necessário que desapareçam todas as possibilidades do exercício ilimitado do poder. O Preâmbulo, as partes dogmáticas e orgânicas da Constituição precisam ter ambiente propício para que sejam, efetivamente, válidas.²³⁸

4.4 A competência discricionária no ato administrativo de acordo com a sua sistematização

É sabido que em razão da tendência à ausência de uma codificação do direito administrativo, a doutrina inclina-se em divergir ainda mais ao sistematizar os institutos jurídicos que compõem esta área do direito. É o que ocorre com o ato administrativo que, se para parcela da doutrina a sistematização apresenta cinco aspectos denominados de requisitos²³⁹, para outros a sistematização expande-se e divide-se em elementos e pressupostos.²⁴⁰

²³⁷ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*: garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 42.

²³⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 163.

²³⁹ Lembramos Hely Lopes Meirelles (In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 133 et seq.).

²⁴⁰ É o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello que propõe a análise de dois elementos (conteúdo e forma), dois pressupostos de existência (objeto e a pertinência do ato ao exercício da função administrativa) e seis pressupostos de validade (sujeito, motivo, requisitos procedimentais, finalidade, causa e formalização) – In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 364-365.

O que empreenderemos a seguir é a análise da competência discricionária em relação a cada aspecto que costuma ser relacionado pela doutrina na sistematização do ato administrativo. Sem nos preocuparmos em aderir a uma ou outra proposta de sistematização, o que nos orienta a metodologia é o cuidado de tratarmos do modo mais amplo possível do que é frequentemente invocado no estudo do ato administrativo e a sua relação com a discricionariedade administrativa, pouco importa se é elemento ou pressuposto, ou até se a doutrina expressamente repele a integração com a sistematização do ato administrativo, como é o caso da “vontade” (4.4.6).

Com estas considerações, então, iniciamos a avaliação da presença da discricionariedade administrativa em seu exercício concreto, em sua realização prática, por meio do ato administrativo que é veículo elementar e fundamental da expressão da função administrativa.

4.4.1 A competência ou o sujeito

A competência é o conjunto de atribuições prescrito por lei a determinado sujeito como responsável por esta parcela de deveres a serem cumpridos. É a lei, por força do princípio da legalidade como vinculação positiva da Administração, que determina quais são as atribuições de cada agente público. E as capacidades são atribuídas como deveres ao agente, ao sujeito, que deve realizá-las para contemplar a realização do interesse público.

É por isso que se diz em voz corrente, e com razão, que as competências são irrenunciáveis e imprescritíveis. São irrenunciáveis porque não são exercidas em benefício do próprio agente, mas como deveres de atender o interesse da coletividade; são imprescritíveis porque as atribuições que caracterizam uma competência são instrumentos para o cumprimento dos deveres, por conseguinte, não se exaurem pelo decurso do tempo.

Por isso, a competência, em si, é sempre vinculada. Só a lei atribui competência, só a lei modifica a competência, só a lei suprime uma competência. Só a lei é que define as missões a serem realizadas pelos sujeitos que preenchem o cargo, o emprego ou a função pública.

A lei pode, ao definir uma competência (sempre vinculada), dispor que o sujeito a exercê-la poderá escolher uma dentre uma *pluralidade de decisões legítimas*, isto é, poderá,

em outras palavras, conferir a *competência discricionária* ao sujeito a quem as atribuições são confiadas. Mas isso não se confunde com a competência em si.

A previsão de atribuições a dado sujeito – leia-se: a *competência* – é sempre vinculada porque não pode a lei dizer que certos sujeitos podem, ou não, assumir o dever de realizar o interesse público previsto na própria norma ou em outra prescrição normativa. A atribuição de deveres e a responsabilidade por usá-los como instrumental ao atendimento do interesse da coletividade são sempre *vinculados* porque são dispostos por lei.

O *modo*, o *momento* de cumprir estes encargos, e outros aspectos que são vistos nos tópicos seguintes, estes sim podem apresentar a discricionariedade administrativa. Mas a definição *da* competência – e não de como e quando será exercida – a determinado sujeito é a primeira manifestação da lei; portanto, a competência é sempre vinculada.

Nesta linha, é absolutamente prevalecente o entendimento doutrinário, como exemplo se tem com Agustín Gordillo,²⁴¹ Tomás-Ramón Fernández,²⁴² Eduardo García de Enterría,²⁴³ Fernando Sainz Moreno,²⁴⁴ Renato Alessi,²⁴⁵ José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula Oliveira,²⁴⁶ e no Brasil com Régis Fernandes de Oliveira,²⁴⁷ Hely Lopes Meirelles,²⁴⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²⁴⁹ entre tantos outros, o que legitima a conclusão de Celso Antônio Bandeira de Mello de que “a discricção não está no ato, não é uma ‘qualidade’ dele; logo, não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar”.²⁵⁰

Parece-nos, portanto, equivocada a justificativa de Domingo Juan Sesin²⁵¹ ao defender a possibilidade de discricionariedade em relação à competência com o argumento de que é o

²⁴¹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Parte general. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998, p. 17-30.

²⁴² FERNÁNDEZ, Tomás-R. *De la arbitrariedad de la administración*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 36.

²⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. v. 1. Madrid: Civitas, 2004, p. 461-462.

²⁴⁴ SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 312.

²⁴⁵ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução de Buenaventura Pellisé Prats. 3. ed. v. 2. Barcelona: Bosh, 1960, p. 189.

²⁴⁶ DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções fundamentais de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 101.

²⁴⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 87.

²⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 152-153.

²⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 80 et. seq.

²⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 10. Tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 18.

²⁵¹ SESIN, Domingo Juan. *Administración pública*. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 152.

que acontece com a avocação da prática de um ato por seu superior hierárquico. Mesmo na avocação, tal como acontece na delegação, é a *lei* que prescreve a *concorrência* de competências e a possibilidade de os deveres prescritos serem exercidos ou pelo superior ou pelo inferior da relação hierárquica. Não há a renúncia daquelas atribuições porque são exercidas em conformidade com as possibilidades previstas por *lei*, por este ou aquele agente público. Enfim, as atribuições, avocadas ou delegadas, são de toda forma cumpridas.

Em síntese, a competência e os *sujeitos* àquela atrelados são sempre vinculados. Como, quando e por quem (entre os sujeitos atrelados) serão cumpridas as missões de realizar o interesse público, aí pode haver vinculação ou discricionariedade, e é por isso que, como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello em lição acima transcrita, o escorreito tecnicamente não é dizer “ato vinculado” ou “ato discricionário”, mas “ato de competência vinculada” e “ato de competência discricionária”.

Se de fato o *momento* para a prática de um ato ou para uma atividade pode ser atribuído à Administração como um aspecto da discricionariedade – como é lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²⁵² –, assim ocorre porque é a *competência* – sempre vinculada – que franqueia esta oportunidade de escolha do átimo do exercício da competência. Mas a competência é exaustivamente determinada na lei.

Ao remate, insistimos: por *competência discricionária* devemos entender que a atribuição dos deveres é sempre vinculada, mas o conteúdo desta atribuição, o *conteúdo da competência* a ser envidado por um *sujeito*, um agente público, e o *momento* a ser realizado, é que podem ser vinculados ou discricionários.

4.4.2 A forma, os requisitos procedimentais, a formalização e o âmbito da função administrativa

Em geral, por *forma*, e em sentido amplo, englobam-se os requisitos procedimentais e a formalização,²⁵³ mas há também quem, como Celso Antônio Bandeira de Mello, faz a distinção para conceber a “forma” como o “revestimento exterior do ato”,²⁵⁴ os “requisitos

²⁵² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 485.

²⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 200.

²⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 367.

procedimentais” “... são os atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato”²⁵⁵ e a “formalização” como “... a ‘específica maneira’ pela qual o ato deve ser externado”.²⁵⁶

Parcela dos doutrinadores recusa a possibilidade de haver discricionariedade quando à forma, como é o caso de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández,²⁵⁷ e ainda Agustín Gordillo.²⁵⁸ É também o entendimento de Hely Lopes Meirelles²⁵⁹ e Régis Fernandes de Oliveira,²⁶⁰ embora este último assim se posicione no que se refere à formalidade, que parece corresponder à noção vista no parágrafo anterior por formalização, pois ele aceita a possibilidade de discricionariedade quanto à forma.

Mas há os que concebem, sem estas restrições, a possibilidade de discricionariedade junto à forma, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶¹ ao ressaltar que assim não o será apenas se existir expressa imposição de uma forma, e igualmente Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶² e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.²⁶³

Para nós, é possível admitir, em tese, a conferência de discricionariedade administrativa em relação à forma, aos requisitos procedimentais e à formalização. Desde que não se comprometa a segurança jurídica, que não se ofenda a isonomia, não vemos óbice nesta opção. Consideremos, como exemplo, uma lei que prescreva a possibilidade de a Administração Pública de um Município distribuir cestas básicas às famílias que preencham certas condições, como renda mínima e outros critérios adequados à região; a lei pode não estipular o modo como ocorrerão estas doações, se por uma Portaria ou por uma simples ordem de serviço expedida pelo Chefe do Executivo; a lei pode não disciplinar quantos atos prévios às doações ocorrerão para a habilitação dos interessados, como serão os atos de recenseamento a serem procedidos pelo Poder Público com vistas a levantar quantas famílias

²⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 376.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 382.

²⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. v. 1. Madrid: Civitas, 2004, p. 475-478.

²⁵⁸ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Parte general. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998, p. 25 et. seq.

²⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 152-153.

²⁶⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 87.

²⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 80 et. seq.

²⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 10. Tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 17.

²⁶³ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 485.

amoldam-se aos critério legais; como a lei pode não dispor se o ato da doação será aperfeiçoado com o firmar de um contrato, um simples recibo ou outros meios equivalentes.

A preocupação com os princípios da segurança jurídica e igualdade são o norte a franquear ou a suprimir a possibilidade da competência discricionária quanto a estes aspectos do ato administrativo. E o que deve ser aferido como legítimo em realidade se refere aos limites da discricionariedade na estrutura da norma jurídica, isto é, a aferição da constitucionalidade da discricionariedade administrativa perante a forma, os requisitos procedimentais ou a formalização depende de apreciar o âmbito da função administrativa.

Por essa razão é que não admitimos a possibilidade de haver discricionariedade em relação ao processo administrativo disciplinar. A fixação de prazos para as manifestações do acusado (defesa e recursos), as provas possíveis (número de testemunhas) e outros atos que caracterizam os *requisitos procedimentais* para a prolação do provimento final (absolvição ou imposição de sanção administrativa) devem estar previstos em lei, e na ausência – por uma lacuna – ou em caso de aparente contradição – antinomia aparente – deve o agente administrativo responsável pelo processo recorrer à *interpretação jurídica*, mas de maneira alguma à discricionariedade administrativa pois não há uma *pluralidade de opções legítimas*, verdadeiros *indiferentes jurídicos* à disposição da Administração.

Em síntese, ou a lei confere a competência discricionária porque pode fazê-lo de acordo com o âmbito da função administrativa, ou a lei, embora fosse possível outorgá-la, opta por regradar vinculativamente a forma, os requisitos procedimentais e a formalização do ato administrativo.

De toda sorte, em princípio é possível admitir a possibilidade de discricionariedade administrativa em relação a estes aspectos do ato administrativo.

4.4.3 O objeto, o conteúdo e o âmbito da função administrativa

O *conteúdo* do ato é a sua declaração jurídica, o *objeto* é o bem sobre o qual recai a declaração. A punição de um agente público tem por conteúdo a declaração da sanção administrativa, e como objeto a relação funcional do sancionado; a homologação de uma licitação tem por conteúdo a declaração de legitimidade de todo o procedimento, e como objeto o resultado do processo; a servidão administrativa tem por conteúdo a declaração de sacrifício de um direito de propriedade, e por objeto a propriedade sacrificada.

O conteúdo e o objeto são também passíveis, em princípio, de discricionariedade administrativa.

A *pluralidade de decisões legítimas* que caracteriza a discricionariedade administrativa – tal como vimos no Capítulo 3, e como tornaremos a ver ao término do presente capítulo, no tópico 4.4 – manifesta-se principalmente no *conteúdo* do ato administrativo.

É na declaração jurídica da Administração Pública que se determina uma dentre as várias decisões possíveis. E determina-se, inclusive, optando por um dentre os diversos objetos disponíveis. Se a lei confere à Administração a competência discricionária para o sacrifício de direitos, compete-lhe escolher o projeto que pretende implementar, o que significa optar ou pela servidão administrativa ou pela desapropriação, recaindo sobre estes ou aqueles imóveis; se a lei confere a competência discricionária na gestão dos bens públicos, compete à Administração deliberar se usa ela própria certo imóvel ou se permite o uso por particulares. A competência discricionária, em última análise, materializa-se principalmente pelo *conteúdo* e pelo *objeto* do ato administrativo.

Então, tal como vimos sobre a forma no tópico anterior, ou a lei prescreve a competência discricionária porque pode fazê-lo em razão do âmbito da função administrativa (3.6.2), ou a lei, apesar de possível a concessão da discricionariedade, opta por reger exaustivamente o conteúdo e/ou o objeto do ato.

Lembramos, destarte, que não é possível haver o exercício da discricionariedade administrativa na imposição de uma sanção porque o *conteúdo* de um ato emitido com fundamento na *Administração Sancionadora* é sempre vinculado (3.6.2); a restrição à discricionariedade, no caso, não se encontra no ato administrativo, mas em seu fundamento precedente, a própria norma jurídico-administrativa em sua estática, ou seja, em abstrato.

Ainda exemplificando, para saber qual a dimensão – o alcance – possível da discricionariedade dos atos administrativos que cumprem ou uma lei que institui um parque industrial e permite a doação com encargos de áreas públicas, ou uma lei que restringe o uso de veículos na cidade em alguns dias da semana com o fim de reduzir o trânsito, depende mais de analisar os limites da atribuição da competência discricionária na estática da norma; no caso, o parque industrial, como política de uma *Administração de Fomento*, pode conceder à Administração Pública uma amplitude de conteúdos e objetos a serem definidos, desde que não haja delegação da função legislativa, nem ofensa aos princípios da segurança jurídica e

igualdade, como vimos anteriormente (3.6.2), mas decerto a amplitude da discricionariedade será bem menor no caso do “rodízio” de veículos, pois se trata de expressão da *Administración Ordenadora*, e por isso poucos aspectos restarão à Administração, como quiçá determinar o horário a incidir o intervalo de restrição imposto por lei, ou ordenar a distribuição da restrição pelos dias da semana e outros aspectos semelhantes, como também assinalamos em outra passagem (novamente, tópico 3.6.2).

De todo modo, com estas ressalvas, o conteúdo e o objeto são passíveis em tese, de externar a discricionariedade administrativa.

4.4.4 O motivo de fato. A teoria dos motivos determinantes

Foi em 1914, no *Arrêt Gomel*, que se principiou, de acordo com Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández,²⁶⁴ o controle dos fatos sob um técnica então denominada de *erro manifesto de apreciação dos fatos*.²⁶⁵ Esse controle dos fatos e de sua qualificação jurídica permitiu ao Conselho de Estado Francês acessar a avaliação de conceitos vagos diante do caso concreto como “boa ordem”, “salubridade”, “segurança” etc.

Formulou-se, então, consoante Fernando Sainz Moreno,²⁶⁶ uma teoria acerca do controle dos *motivos de fato* que se estruturou em quatro graus diferentes: a) mínimo: sobre serem os fatos materialmente exatos, e não produzidos sob coação;²⁶⁷ b) médio: sobre os fatos

²⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. v. 1. Madrid: Civitas, 2004, p. 471-475. Segundo Germana de Oliveira Moraes, esta teoria não se confunde com a do “erro manifesto de apreciação”, desenvolvida, diz a autora, a partir do *arrêt Lagrange*, em 15/02/1961, que se legitima ou porque a decisão do Poder Público é escorada em juízos de técnica não-jurídica que são “grosseiramente errôneos”, ou porque “[...] a apreciação da situação concreta pela Administração constitui atropelo à lógica e ao bom senso” (MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 91). Já o jurista português António Francisco de Sousa assevera que o *erro manifesto de apreciação* surge, na jurisprudência francesa, a partir de 1953 (*erreur manifeste d’appréciation*) e que se entende por tal o “[...] erro grosseiro, evidente, manifesto ou flagrante” (SOUSA, António Francisco. *Os conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 227).

²⁶⁵ O *Arrêt Gomel* se refere ao caso de um pedido para construir em torno de uma pequena praça de Paris, rejeitado pela Administração Municipal sob o argumento de que a obra projetada atentaria contra uma “perspectiva monumental” da praça. O Conselho de Estado anulou a decisão proferida, entendendo que a aludida praça não apresentava qualquer valor monumental e acrescentando que, ainda que a praça detivesse essa qualidade, a Corte examinaria se a construção projetada seria de natureza a afetá-la esteticamente. (René Chapus apud GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, op. cit., p. 472)

²⁶⁶ SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 258.

²⁶⁷ É neste “controle mínimo”, para Tomás-Ramón Fernández, que se aplica a *teoria do erro manifesto na apreciação dos fatos* (FERNÁNDEZ, Tomás-R. *De la arbitrariedad de la administración*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 36).

estarem de acordo com a aplicação da lei; c) normal; sobre a qualificação jurídica dos fatos; d) máximo: sobre a própria apreciação dos fatos.

Creemos que estes níveis podem ser sintetizados pela conclusão de que não há possibilidade de existir discricionariedade junto aos fatos. A aferição da existência dos fatos ou da inexistência de coação (controle mínimo), da previsão destes fatos na hipótese de fato da norma jurídico-administrativa (controle médio), a consequente análise da escoreta subsunção dos fatos à hipótese fática normativa (controle normal), ou a ponderação axiológica dos fatos (controle máximo) são expressões que decorrem da mesma premissa: a de que os *fatos* dizem respeito à realidade fenomênica, ao mundo natural.

As dificuldades em comprovar ou avaliar os fatos não podem ser confundidas com o errôneo entendimento de que se pode negar a sua existência, apesar de comprovados, ou distorcer o modo como se apresentam ou o que significam, apesar de demonstrados.

Comprovado um fato, comprovado que não houve coação, demonstrado que há uma norma que prevê aquele fato e que realmente a realidade concreta se enquadra na moldura normativa, e demonstrado que esta apreciação de correspondência entre o fato e a norma é legítima, então deve prosseguir a Administração tendo por pressuposto o *reconhecimento do fato*.

Por *reconhecer o fato* pode o administrador ter discricionariedade sobre o *conteúdo* do ato a ser expedido, ou sobre o *objeto* a ser eleito, etc. Mas sobre o fato em si não é possível a Administração “escolher” que não existe, apesar de existir, que não há previsão normativa para aquela situação, apesar de haver. O fato, em suma, relaciona-se com o mundo dos fenômenos físicos e o direito não pode alterar as leis naturais.

Para Jean Rivero²⁶⁸ o controle dos *motivos de fato* destrincha-se sob três aspectos: a) a “exatidão material dos motivos de fato”, o que ocorre tanto quando a lei precisa os fatos como quando a Administração declara determinados fatos; b) a “qualificação dos fatos”, logo, não basta que os fatos existam materialmente, mas é necessário que reúnam as características fixadas em lei; e c) a “apreciação da oportunidade”, o que é muito próximo da “qualificação dos fatos”. A “apreciação da oportunidade” ocorreria quando há uma avaliação da necessidade da medida ou da oportunidade segundo critério subjetivos.

²⁶⁸ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 292 et. seq.

Enfim, o que é certo e podemos encontrar como conclusão é que, como sublinham Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández “o milagre, podemos dizer, não ocorre no campo do Direito Administrativo”.²⁶⁹ E a mesma conclusão é encampada por José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula Oliveira,²⁷⁰ e ainda, Afonso Rodrigues Queiró²⁷¹ e Domingo Juan Sesin,²⁷² entre outros.

Como adiantamos no início deste tópico, foi da preocupação com a averiguação da realidade que se desenvolveu a *teoria do erro manifesto na apreciação dos fatos* que proporcionou ao Conselho de Estado Francês, como lembra Fernando Sainz Moreno,²⁷³ examinar as noções ou conceitos vagos diante do caso concreto.

O que não se confunde com a possibilidade, em princípio legítima, de a lei conferir à Administração a possibilidade de escolher um dentre diversos fatos como motivo de sua atuação. Não é a distorção ou negação de um fato, mas a escolha de um entre vários fatos. As deficiências na área das pesquisas científicas, as carências de equipamentos modernos para o desenvolvimento dos estudos, o déficit de professores são *fatos* diferentes em relação aos quais a lei pode outorgar à Administração a possibilidade de *escolha* de um deles para ampliar os investimentos.

É neste sentido – de *pluralidade de fatos*, e não de *negação* ou *distorção* de fatos – que se pode admitir a competência discricionária em relação ao *motivo* do ato administrativo. Por esta perspectiva que Bonnard, como anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²⁷⁴ em 1923 admite a discricionariedade em relação ao motivo: se a lei fixa o motivo, a competência é vinculada, se não, a Administração é livre para decidir o que lhe é oportuno. Trata-se, pois, do que comumente se denomina de *motivo de direito: os fatos-tipos*, as hipóteses fáticas previstas em lei como opções legitimadoras de uma ação.

Lembremos como exemplo uma lei que permita ao servidor público afastar-se do serviço, por certo prazo e com prejuízo de seu vencimento, tanto para dedicar-se a um curso

²⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. v. 1. Madrid: Civitas, 2004, p. 478.

²⁷⁰ DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções fundamentais de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 116.

²⁷¹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de direito público*. v. 1. Coimbra: Acta Universitatis Conimbricensis, 1989, p. 103.

²⁷² SESIN, Domingo Juan. *Administración pública*. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 303.

²⁷³ SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 259.

²⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 92-93.

de pós-graduação na área pertinente à sua função quando para ser cedido a um ente da Administração Indireta que será responsável por sua remuneração.

Agora, se a lei permite ao administrador escolher o motivo, e ele assim o faz, o fato deve se real porque sobre este, como acima afirmamos, o controle judicial é pleno. É o que propõe a *teoria dos motivos determinantes*: “...os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato”.²⁷⁵

Em suma, é possível haver competência discricionária sobre a escolha de um entre variados fatos, mas o fato em si, o fato eleito, não comporta discricionariedade porque se relaciona ao universo da realidade empírica, e é por isso que uma vez escolhido um fato – quando a lei faculta a discricionariedade de assim ser ou porque afirma expressamente, ou porque não prescreve um único fato possível –, o fato escolhido pelo administrador vincula sua ação – é a teoria dos motivos determinantes. Por conseguinte, o controle judicial incide, sem quaisquer reservas, sobre o *fato* em todos os níveis de controle acima mencionados.

Uma última palavra: sobre a lei facultar a discricionariedade de escolha de um entre diversos fatos possíveis – seja por disposição expressa ou por omissão na enumeração dos fatos –, é preciso sempre avaliar a pertinência desta atribuição normativa. Como vimos no Capítulo 3 e temos insistido ao longo deste estudo, não é sempre que a lei pode outorgar a discricionariedade administrativa. Não pode, reiteramos o exemplo, deixar de prescrever os *fatos* que se qualificam como infração administrativa. A *Administração Sancionadora* exige prévia e clara disposição dos fatos (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, conforme expusemos no tópico 3.6.2).

4.4.5 A motivação e o âmbito da função administrativa

A motivação não se confunde com o motivo – este último visto por nós no tópico precedente. A motivação é a *fundamentação* para a prática do ato administrativo. Integra, em lição de Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁷⁶ a “formalização” do ato; é a sua “exposição de motivos” que deve relacionar os *fatos*, a *norma jurídica* aplicável e a “... ‘relação de pertinência lógica’”²⁷⁷ entre os fatos e as normas. De igual modo, Florivaldo Dutra de Araújo

²⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 376.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 372-373.

²⁷⁷ *Ibidem*, loc. cit.

destaca que a motivação não se confunde com o ato em si, pois a motivação é a *justificação* do ato pela demonstração argumentada de que os motivos e a finalidade são idôneos e de que há relação de causalidade entre estes. Em suas palavras: “... a motivação não pode ser o ato em si (conteúdo e forma), por ser-lhe algo externo, qual seja, a demonstração de sua validade”.²⁷⁸

O estudo da motivação é relevante ao tema da discricionariedade administrativa por diversas perspectivas que oferece ao controle judicial. Vejamos:

Costuma-se dizer, como o faz Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁷⁹ que para os atos vinculados o mais importante é que o motivo efetivamente tenha ocorrido, portanto, se o ato não foi motivado, mas se for possível aferir de “maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida ou entredúvida” que o motivo existia, deve-se considerar sanado o vício da ausência de motivação. Por outro lado, se o ato era de competência discricionária, *salvo alguma situação excepcional*, o ato não motivado deve ser invalidado. Ao inverso, prossegue o autor, se a lei não exige a motivação é possível sanar a sua falta em ato de competência discricionária se constatada uma *situação excepcional* que assim deve ser considerada caso a Administração prove de modo inquestionável – e cumulativamente – que: a) o motivo preexistia; b) o motivo era idôneo para justificar a prática do ato; e c) o motivo foi determinante para o ato ser praticado.

Mas a advertência de Florivaldo Dutra de Araújo²⁸⁰ quanto a este ponto deve ser atentamente considerada. Pensa o autor que a dispensa de motivação nos atos vinculados não deve ser aceita por duas razões: a primeira, a necessidade de se conhecer a interpretação que o agente público atribuiu ao caso concreto, e a segunda, decorrência natural da anterior, é a consequente possibilidade de verificar a correção da aplicação do direito. Como em exemplo de Carlos Ari Sundfeld, citado pelo autor, o indeferimento de uma licença para lotear é ato vinculado se o projeto não atende a respectiva norma edilícia, mas ainda assim há necessidade da motivação para que se apure qual é a norma não atendida, o porquê disso, etc.

De modo semelhante, entende Juarez Freitas que:

²⁷⁸ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 93-94.

²⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 375.

²⁸⁰ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Ibidem*, loc. cit.

Na era do direito administrativo da racionalidade aberta, o bom administrador público cumpre o dever de indicar, na prática dos atos vinculados e discricionários, ‘os fundamentos de fato e de direito, em face da inafastável margem de apreciação, presente no mais vinculado dos atos’. Imperativo, pois que ‘todos os atos administrativos, sobremodo se afetarem direitos, ostentem uma explícita justificação, em analogia com o que sucede com os atos jurisdicionais, excetuados os de mero expediente, os ordinatórios de feição interna e, ainda, aqueles que a Carta Constitucional admitir como de motivação dispensável’²⁸¹

Quanto aos atos ditos vinculados os quatro doutrinadores afirmam, com palavras diferentes, a mesma ideia à qual concordamos sem reservas: a motivação é exigível também dos atos vinculados, o que significa que não se pode transformar em uma prática comum na rotina do administrador a supressão da motivação em atos de competência vinculada; mas, se porventura a motivação não ocorrer – o que deve ser exceção, apenas acontecer por uma falha justificável –, o ato poderá ser convalidado se for reconhecida que a única solução possível a contemplar a competência vinculada é realmente a interpretação jurídica que foi empregada pela Administração.

De toda sorte, esta anotação sobre a necessidade *a priori* da motivação também quanto à competência vinculada é necessária sobretudo porque, como relembremos ao final deste tópico, a *Administração Sancionadora* decorre de uma competência vinculada, e sem dúvida alguma absolutamente dependente de uma ampla e exauriente motivação.

Mas no que diz respeito especificamente aos atos de competência discricionária, outro ponto importante a destacarmos refere-se ao que Tomás-Ramón Fernández²⁸² anota como critério diferenciador entre o discricionário e o arbitrário. Apenas a fundamentação adequada revela que a Administração age nos limites de sua competência; é a motivação do ato administrativo que permite ao controle judicial, quando provocado, avaliar se houve atuação fora dos limites legais – o que se qualifica como ato arbitrário, passível de invalidação.

Pois bem. A motivação torna-se importante não apenas para explicar o exercício da competência discricionária, mas também para explicar por que o “interesse público” encontra-se preenchido diante do caso presente; o que, no contexto fático, qualifica o “interesse público”. Se é, por exemplo, admissível a dispensa da licitação para a compra de imóvel se houver interesse público na aquisição de determinado imóvel, como a lei prescreve ser possível, tendo em conta o fato de haver outras unidades da Administração nos bairros

²⁸¹ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47.

²⁸² FERNÁNDEZ, Tomás-R. *De la arbitrariedad de la administración*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 89-90.

do entorno, ou porque se trata da região central da cidade, portanto de referência aos administrados, ou porque as dimensões do prédio desejado correspondem às necessidades em razão do número de funcionários a lotarem aquela unidade, etc. Não é a expressão “interesse público” que outorga a discricionariedade, mas a própria estrutura do texto da norma que permite – não obriga – a dispensa da licitação.

A importância da motivação do ato administrativo encontra repercussão, ainda, junto aos direitos fundamentais. Robert Alexy diz: “Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam”.²⁸³ A *ponderação*, elemento fundamental para o autor na teoria dos princípios, realiza-se, dentre outros meios, pela análise da “importância dos fundamentos que justificam a intervenção”,²⁸⁴ o que apenas é possível fazer, acrescentamos nós, debruçando-se sobre a *motivação* do ato ou atividade do Poder Público.

Como já advertiu Maria Teresa de Melo Ribeiro,²⁸⁵ a discricionariedade não é uma questão de separação entre a Administração e o Judiciário, mas sim uma questão de divisão de poderes entre o legislador e a Administração, e daí a importância da *motivação* para legitimar o exercício da competência discricionária porque

[...] o problema é, agora, de densidade normativa e não já de insindicabilidade. E precisamente quanto menor for a densidade normativa, maior terá de ser o controle judicial do exercício dos poderes delegados pelo legislador na Administração: a diminuição da predeterminação dos critérios da actuação administrativa implica, nesse sentido, cuidados acrescidos na fiscalização da “legalidade” da atividade administrativa. Assim, quanto maior é a autonomia deixada à Administração pelo legislador para a prossecução dos interesses públicos postos por lei a seu cargo, maior é a necessidade de os exercícios desses poderes ser integrado num complexo jurídico-normativo vinculante e da conformidade a esses princípios informadores do ordenamento jurídico ser controlada e fiscalizada pelos órgãos judiciais.²⁸⁶

Com razão a autora.

Quanto maior a indeterminação de um conceito jurídico, tanto mais densa deve ser a motivação, tanto mais presente deve ser o controle judicial a aferir se há adequação entre os fatos concretos e a qualificação jurídica invocada.

²⁸³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 68.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 68.

²⁸⁵ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 279.

²⁸⁶ *Ibidem*, 280.

É precisa, portanto, a sentença síntese da autora mencionada: “Em suma, o que a Administração ‘ganha’ em relação ao poder legislativo ‘perde’ a favor do poder judicial”.²⁸⁷

Recordamos novamente Florivaldo Dutra de Araújo²⁸⁸ ao sintetizar os requisitos relacionados pela doutrina como exigência da motivação: a *congruência*, a *exatidão*, a *suficiência* e a *clareza*. A *congruência* significa que dos motivos e normas mencionados pela Administração como as premissas adotadas deve decorrer logicamente a conclusão, pois se houver contradição entre premissas e conclusão a motivação é viciada; a *exatidão* é a exigência de que as razões de direito devem realmente corresponder às normas invocadas, do mesmo modo que os motivos fáticos devem ser verdadeiros; a *suficiência*²⁸⁹ é representada pela necessidade de a motivação relacionar efetivamente a circunstância concreta, sendo insuficientes as enunciações vagas como “conveniência geral” e outras cuja simples enunciação sirva a qualquer situação, portanto, é preciso que sejam relacionadas as particulares circunstâncias de fato de que se trata; por fim, a *clareza* diz respeito à possibilidade de entender-se o processo lógico que conduziu àquela decisão.

São requisitos cuja exigência acentua-se à medida que se apresentam e se invocam os conceitos jurídicos indeterminados.

Do mesmo modo, tanto mais se exige da motivação se o âmbito da função administrativa no qual se exerce a discricionariedade diz respeito à intervenção na propriedade e na liberdade do administrado, como ocorre com a *Administração Ordenadora* (3.6.2). Sem dúvida, mesmo os âmbitos da função administrativa que conferem facilidades, que ampliam direitos, como é o caso da *Administração de Prestação* e a de *Fomento*, exigem a motivação com todos os requisitos acima mencionados para o controle do princípio da igualdade, mas a função administrativa que consiste em conformar e sacrificar direitos – é o caso da *Administração Ordenadora* – reclama estes mesmos requisitos atendidos com maior plenitude, pois toda ação “contra” o administrado deve ser ainda mais justificada.

Por derradeiro, devemos lembrar que a *Administração Sancionadora* não permite a presença da competência discricionária (3.6.2). Trata-se de competência vinculada, e como adiantamos no início deste tópico, deve sem dúvida alguma ser exaustivamente motivada,

²⁸⁷ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 281.

²⁸⁸ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 122-123.

²⁸⁹ A insuficiência caracteriza, para Juarez Freitas, um vício na discricionariedade porque se trata de “arbitrariedade por omissão” (FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 25).

pois a imposição de sanção ao administrado demanda uma ampla e profunda fundamentação para evitar a ocorrência de qualquer arbitrariedade. A exposição dos fatos, o alinhar das normas aplicáveis, a adequação destes fatos com as normas, todo o procedimento lógico e argumentativo deve ser externado com exatidão.

4.4.6 A vontade do agente

Não menos importante para análise do controle judicial sobre o ato administrativo é saber o papel da vontade do agente público, se existe alguma relevância, se compõe a sistematização do ato seja como elemento ou pressuposto dele.

Em análise histórica, Sílvio Luís Ferreira Rocha²⁹⁰ lembra que a vontade foi relevante para o desenvolvimento do direito privado: durante a escolástica franciscana a vontade foi anunciada como preponderante sobre a razão, pois a soberania do chefe de Estado e o direito de propriedade não eram imposições do direito natural nem da razão, mas criações da vontade, o que influenciou teóricos como Hugo Grócio, fundador do jusnaturalismo, que no século XVII tratou da vontade como força vinculativa da promessa; mas, prossegue o autor, foi apenas no século XIX que o voluntarismo foi realmente acolhido, como é exemplo o Código Civil francês de 1804 que “... consolidou o paradigma da vontade como expressão suprema e inderrogável do indivíduo e de sua liberdade, e destacou o indivíduo como fonte primordial das obrigações”. Como vimos anteriormente, a *autonomia da vontade* foi de fato um dos pilares do primeiro modelo de Estado de Direito, o Estado Liberal (3.1). Mas no direito público, embora a vontade tenha servido para justificar o surgimento do *estado civil*,²⁹¹ seguiu, conforme anota o autor, caminho oposto ao trilhado no direito privado.

Sílvio Luís Ferreira Rocha²⁹² discorre sobre diversas posições doutrinárias a respeito do tema, desde o reconhecimento da importância da vontade psicológica como elemento do ato administrativo nos atos de competência discricionária, em André Gonçalves Pereira, passa por Stassinopoulos que afirma que a validade do ato administrativo independe de vícios juntos à vontade do agente, menciona Renato Alessi e a importância da vontade como intenção de

²⁹⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, v. 25, 1999, p. 46 et seq.

²⁹¹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Loc. cit. E ainda Norberto Bobbio em lição que citamos na nota de rodapé n. 138 no Capítulo 3.

²⁹² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Ibidem*, p. 50-51.

exercer o poder para realizar um dado interesse, e ainda Agustín Gordillo para quem o que importa, em princípio, não é a vontade psicológica do agente, mas a adequação dos fatos à hipótese normativa, embora para os atos de competência discricionária ele reconheça certa relevância na vontade psicológica, e, por fim, Celso Antônio Bandeira de Mello, que também admite que a vontade interessa à competência discricionária.

Em conclusão, posiciona-se Sílvio Luís Ferreira Rocha²⁹³ – e fomos convencidos desta orientação – por afirmar a total irrelevância da vontade para a teoria do ato administrativo, o que é de fundamental interesse ao estudo da competência discricionária. Isto porque ele define “vontade” como “... querer, agir de acordo com o seu desejo, adequando sua conduta (ação externa) ao seu querer (móvel)”, o que difere de “discernir”, que significa “... ter condições intelectuais de escolher entre duas ou mais alternativas”. Com isto, um sujeito pode não ter discernimento em razão de uma incapacidade, mas age ainda assim conforme sua vontade. E como o direito administrativo preocupa-se como a *capacidade* do agente público, então não preocupa a vontade do sujeito, e sim que haja a “... escolha a que melhor realize a finalidade legal”.

A distinção que o mencionado autor faz entre, de um lado, a *vontade* ou o querer, ou o móvel, e de outro a *capacidade* ou o discernimento, o entendimento do agente, é crucial para afastar em absoluto a primeira – a vontade – da teoria do ato administrativo. Para ele, “... interessa ao Direito Administrativo, na verdade, se o agente era capaz de discernir, e, sendo apto a escolher, se ele atingiu a finalidade prevista em lei”, pois a preocupação não reside na vontade, mas no “... atendimento da finalidade prevista na lei”.²⁹⁴

É a ideia, realçada pelo autor, da “objetivação da vontade”.²⁹⁵ Mesmo para o ato de competência discricionária, a apreciação procedida “... situa-se no campo da capacidade do agente, e não no campo exclusivo de sua vontade, do seu querer”. Como sintetiza: “Basta ao Direito que a solução adotada seja a mais adequada à finalidade prevista na lei”. Isto é, mesmo para os atos praticados sob fundamento de uma competência discricionária não é relevante a vontade do agente, mas apenas “... o desacordo objetivo entre a finalidade do ato e

²⁹³ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, v. 25, 1999, p. 52-55. É interessante a distinção feita por Marcello Caetano entre a vontade individual e a vontade funcional (ou vontade normativa, ou vontade coletiva): “[...] ambas são expressas por indivíduos, mas a primeira traduz a acção do particular ao tratar dos seus interesses, enquanto a segunda é manifestada pelo indivíduo que, como titular de um órgão, cumpre o dever de curar de interesses alheios” (CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 94).

²⁹⁴ Ibidem, p. 54-55.

²⁹⁵ Ibidem, loc. cit.

a finalidade da competência”.

Conclusão semelhante, mas com um acréscimo importante, Ricardo Marcondes Martins²⁹⁶ também admite ser irrelevante o elemento volitivo no exercício da função pública, mas pondera que para a competência discricionária a vontade pode ser importante não como vício do ato administrativo, mas como “meio de apuração deste”. Como afirma,

Não é, de fato, a vontade que torna o ato viciado, a causa do vício não é subjetiva, vale dizer, o ato não é viciado por causa da vontade viciada. Sem prejuízo, não há como negar que em certos casos os vícios objetivos – a falta de finalidade, por exemplo – só são apurados examinando-se a vontade. Esta, então, adquire relevo para identificação desses vícios.²⁹⁷

Em síntese, a vontade viciada, mesmo na competência discricionária, não é, em si, vício do ato administrativo. Pois o que norteia a atuação do agente público não é o cometimento de um interesse próprio, mas o interesse de uma coletividade, um fim público. Portanto, a vontade viciada pode servir apenas como *meio de prova* para a constatação de um vício objetivo inerente à capacidade do agente, é dizer, trata-se de um vício porque *objetivamente* apura-se um descompasso entre a atuação concreta do agente – eventualmente viciada pela vontade do sujeito – e o que *deveria* ser feito no exercício de uma competência pública, caracterizando o *desvio de finalidade*.

4.4.7 A finalidade e a causa

A finalidade do ato administrativo pode ser concebida em um sentido amplo e outro estrito. No sentido amplo, todo ato administrativo tem por finalidade a realização do interesse público; no sentido estrito, cada ato tem por finalidade um resultado específico. Assim, a desapropriação, a homologação na licitação e a sanção de advertência a um agente público têm por finalidade ampla cumprir com o interesse público, e por finalidades específicas, respectivamente, a expropriação, o reconhecimento de que todo o processo de licitação atendeu às prescrições normativas, e a imputação de uma pena a um agente que cometeu uma infração leve.

²⁹⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 45-48.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 48.

Como antecipamos (3.1), a finalidade do ato cumpriu relevante papel na construção doutrinária e jurisprudencial do controle da competência discricionária.

Ao que é tema deste capítulo, no entanto, cumpre-nos anotar que para parcela da doutrina é possível reconhecer a competência discricionária junto à finalidade em razão de admitirem, esses doutrinadores, que os conceitos jurídicos indeterminados podem albergar a discricionariedade. É o caso de Domingo Juan Sesin²⁹⁸ que aceita a discricionariedade junto ao interesse público em sentido estrito, e de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹⁹ que a admite em relação ao interesse público em sentido amplo – por conta da indeterminação do conceito jurídico “interesse público”, como já apontamos anteriormente (1.6).

Mas há ainda muitos juristas que recusam a possibilidade de discricionariedade em qualquer concepção de finalidade do ato administrativo – mesmo que alguns dos que a seguir serão mencionados defendam que o conceito jurídico indeterminado pode permitir a discricionariedade administrativa, pois, neste caso, reservam a discussão para outros aspectos do ato administrativo, como o motivo, o objeto, etc. É o caso de Maria Teresa de Melo Ribeiro,³⁰⁰ José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula Oliveira,³⁰¹ Fernando Sainz Moreno,³⁰² Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández,³⁰³ Régis Fernandes de Oliveira,³⁰⁴ Hely Lopes Meirelles,³⁰⁵ entre outros.

Para nós, que repelimos qualquer intercâmbio entre competência discricionária e conceito jurídico indeterminado, a finalidade – seja em sentido amplo ou em sentido estrito – é sempre vinculada. O interesse público (finalidade em sentido amplo) exige que diante do caso concreto haja interpretação jurídica, tal como o fim específico atribuído ao ato (finalidade em sentido estrito). As “finalidades” do ato administrativo devem ser sempre exteriorizadas por uma norma jurídico-administrativa em virtude do princípio da legalidade e a vinculação positiva da Administração que impõe a necessidade de toda competência pública

²⁹⁸ SESIN, Domingo Juan. *Administración pública*. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 152.

²⁹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 917.

³⁰⁰ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 44.

³⁰¹ DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções fundamentais de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 101.

³⁰² SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 312.

³⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. v. 1. Madrid: Civitas, 2004, p. 461-462.

³⁰⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 87.

³⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 152-153.

ser sempre definida em lei (3.2), por isso, o que compete à Administração é *interpretar e aplicar* a lei.

Convém lembrar, por derradeiro, o que expusemos no tópico 3.6.2 ao cuidarmos da *finalidade* da norma jurídica. Lá, referimo-nos à *finalidade* de um juízo hipotético sob um prisma exclusivamente lógico-formal, enquanto aqui, ao tratarmos do ato administrativo, mencionamos a *finalidade* por um prisma axiológico: o objetivo, o bem da vida a ser alcançado. Por isso que afirmamos que as finalidades do ato administrativo não podem comportar qualquer discricionariedade.

Por último, a *causa*, entendida como um nexos de pertinência lógico entre o *mérito*, o *conteúdo* e a *finalidade* do ato administrativo – segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰⁶ a qual acolhemos – não pode conter qualquer discricionariedade administrativa. Trata-se de um juízo de proporcionalidade, fundado no princípio da razoabilidade, que externa um fragmento do processo de interpretação jurídica que não se confunde com a discricionariedade administrativa.

4.4.8 O mérito administrativo. Conveniência e oportunidade

Seabra Fagundes, um dos juristas pioneiros no Brasil no estudo do chamado “mérito administrativo”, formula um pensamento que sintetiza com completude todos os aspectos que se relacionam com o assunto.

Compreende ele³⁰⁷ que a discricionariedade administrativa se expressa pelo *mérito* do ato administrativo, e por mérito entende o “sentido político” em relação às normas da “boa administração”; ou, dito de outra forma, “é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados”.³⁰⁸

Para o autor, o mérito contém os aspectos referentes à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc. e que podem ser resumidos pelo binômio *oportunidade-conveniência*. O mérito, nas lições deste jurista,³⁰⁹ está em conexão com o *motivo* e o *objeto*

³⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 380-381.

³⁰⁷ SEABRA FAGUNDES, M. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 180-182.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 180.

³⁰⁹ *Ibidem*, loc. cit.

do ato administrativo e é, em suma, exclusivo dos atos discricionários.³¹⁰ Sustenta que este binômio envolve “interesses”, e não direitos,³¹¹ e por isso o mérito é exclusivo do Poder Executivo porque seus elementos são decorrentes de critérios políticos e técnicos, e não “estritamente jurídicos”, o que impede o Judiciário, em última análise, de apreciar o *mérito* dos atos administrativos, e o controle judicial deve restringir-se, então, à *legalidade* que representa o limite de controle quanto à *extensão*.³¹²

Convencido pelas lições de Seabra Fagundes, igualmente Diogo de Figueiredo Moreira Neto³¹³ defende a doutrina que divisa no mérito o “sentido político” da função administrativa, e que a Administração integra a legitimidade ao preencher uma definição incompleta da lei para realizar o interesse público. O mérito, desta forma, é o resultado do exercício da discricionariedade: a *oportunidade* ao integrar os *motivos*, e a *conveniência* ao fazê-lo em relação ao *objeto*³¹⁴ – estas são as “dimensões do mérito”: a oportunidade e a conveniência. E o mérito, também para ele, é insindicável, o que o orienta a concluir que a eventual valoração incorreta do *motivo* e a escolha errada do *objeto* não representam vícios de mérito, mas sim vícios de finalidade porque é o interesse público específico, previsto de forma vinculada na finalidade, que seria desatendido.³¹⁵

Outro discípulo dos ensinamentos de Seabra Fagundes foi Hely Lopes Meirelles, cuja doutrina reconhece o mérito do ato administrativo “... na valoração dos motivos e na escolha do objeto”.³¹⁶

Em Diógenes Gasparini,³¹⁷ embora a discricionariedade também se caracterize pela *conveniência* e *oportunidade*, o que denomina por *mérito* e encontra-se isento do controle judicial, a conveniência refere-se à utilidade do ato para atender ao interesse público e a oportunidade ao momento adequado de satisfação deste interesse público.

³¹⁰ SEABRA FAGUNDES, M. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 181.

³¹¹ Uma distinção feita pela doutrina francesa no século XIX, como vimos no tópico 3.1, e que não se amolda à realidade contemporânea, ao menos em nosso país, porque todas as normas jurídicas são sempre prescrições que podem ensejar, a quem concretamente prejudicado, um direito subjetivo.

³¹² *Ibidem*, p. 178.

³¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Legitimidade e discricionariedade*. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45 et seq.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 48.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 51.

³¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 137.

³¹⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 92.

Juarez Freitas³¹⁸ também associa a palavra “mérito” ao juízo de conveniência e oportunidade, igualmente assevera ser insindicável pelo Judiciário, mas ressalva que o *demérito* é sempre passível de controle.

Outrossim, Germana de Oliveira Moraes³¹⁹ explica o mérito como o processo de valoração e de complementação dos motivos, e ainda de definição do conteúdo do ato administrativo, quando motivos e conteúdo não se encontram parametrizados por regras e princípios, mas o são por critérios não positivados – e a estes “critérios não positivados” denomina de *conveniência e oportunidade*; de igual modo como os demais,³²⁰ após asseverar que o mérito é o “núcleo da discricionariedade”, conclui que é insuscetível de controle judicial.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, define o mérito como o

campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato entendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.³²¹

Preocupa-se o autor, como se vê, em apreciar o mérito em relação ao caso concreto, o que veremos logo adiante (4.5). Mas completa que a discricionariedade administrativa não se restringe às opções realizadas de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, pois para ele os conceitos jurídicos indeterminados podem legitimar a discricionariedade³²², o que, nesse particular, não concordamos. Explicamos.

Eros Roberto Grau³²³ compreende ser indevida a denominação de *conceitos* a noções que, segundo defende, em realidade representam *fattispecie* ou *conceitos tipológicos*. A indeterminação para o autor, não se encontra no conceito, mas na *noção* que representa uma “idéia temporal e histórica, homogênea ao desenvolvimento das coisas; logo, passível de

³¹⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 217. O que torna a repetir em outra obra, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 32 e 45-46.

³¹⁹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 50.

³²⁰ *Ibidem*, p. 51.

³²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 908-909.

³²² *Idem*. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 10. Tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 27-28.

³²³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 201.

interpretação”.³²⁴ Entende ele que o que se costuma denominar de conceitos jurídicos indeterminados (vale dizer, na terminologia do autor, de *noções indeterminadas*) não se confunde com a discricionariedade administrativa, pois os conceitos vagos não conduzem a uma situação de indeterminação em sua aplicação porque, em comunhão com a doutrina de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, aceita que há uma *unidade de solução* em cada caso, e em se tratando da potestade discricionária há uma pluralidade de soluções justas.³²⁵

Prossegue³²⁶ para concluir que são duas técnicas distintas: no exercício da discricionariedade o agente pronuncia *juízos de oportunidade* porque faz sua eleição entre indiferentes jurídicos, e na aplicação de noções indeterminadas são emitidos *juízos de legalidade*.

Ressalvamos, apenas, porque particularmente não nos convence, é a intenção do autor de repassar a discussão da *indeterminação* do conceito à ideia de noção. A indeterminação – do conceito ou da noção, pouco importa – subsiste, e a discussão da possibilidade, ou não, de haver a aferição, pelo Judiciário, de sua *determinação* no caso concreto também permanece. No mais, entretanto, a sua adesão à doutrina de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández corresponde com a linha de pensamento que acompanhamos.

Semelhante é a leitura de Lúcia Valle Figueiredo³²⁷ ao recusar haver a possibilidade de haver a discricionariedade junto aos conceitos jurídicos indeterminados, pois, afirma a autora, é preciso identificar o sentido e o alcance do conceito, e só depois é que se deve averiguar se foi outorgada a discricionariedade.

Por fim, ainda em termos do mérito do ato administrativo, Maria Sylvia Zanella Di

³²⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 202.

³²⁵ Em suas palavras: “A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos – porque a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos, etc.), não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração –, ao passo que a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei. A consequência mais relevante que se extrai dessa distinção respeita precisamente ao papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário diante de ambas as hipóteses. Se não lhe cabe, por um lado, a apreciação da decisão discricionária, por outro lhe cumpre, inquestionavelmente, manifestar-se sobre a aplicação, pela Administração, dos conceitos indeterminados” (*O direito posto e o direito pressuposto*, p. 203-204). Convém registrar outra passagem na qual o autor é ainda mais categórico: “Em outras termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar discricionariamente apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica expressamente a ela atribuir essa atuação. Insisto: a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas”. (Ibidem, p. 222).

³²⁶ Ibidem, p. 204-205.

³²⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 220 et seq.

Pietro³²⁸ esclarece-nos que foi no direito italiano que se desenvolveu a doutrina sobre o mérito do ato administrativo. Renato Alessi, segundo a autora, entende o conceito de mérito por dois aspectos: o negativo, como limite ao controle judicial, contrapondo-se ao conceito de legitimidade em sentido estrito; e o positivo, para revelar o ajustamento da decisão à norma jurídica segundo os critérios de oportunidade e conveniência, o que se deve compreender na noção de legitimidade em sentido amplo que remete à apreciação do interesse público.

Respeitamos e entendemos a preocupação da doutrina em desenvolver a discricionariedade administrativa em torno da noção de “mérito do ato administrativo” – inclusive, por isso é que nos detivemos, ainda que perfunctoriamente, a expor algumas posições a respeito do tema.

Não obstante, diante do atual estágio da ciência do direito administrativo, quando não mais se questiona se existem atos isentos de controle judicial – como se discutia no século XIX e durante a primeira metade do século XX –, quando a ciência jurídica evoluiu significativamente para destrinchar e aperfeiçoar a teoria do ato administrativo, entendemos que não há mais necessidade de invocar uma expressão que sequer se define com clareza – o “mérito” do ato administrativo – para justificar que todos os atos estatais são passíveis de controle judicial, e apenas um núcleo – sem se esclarecer o que caracteriza este núcleo – é imune ao controle.

Atualmente, há a possibilidade de identificar, na sistematização do ato administrativo, seja com um rol ao qual se atribui a cada aspecto analisado o nome de “requisito”, ou de “elemento”, seja com a distinção entre “pressupostos” e “elementos”, é possível, insistimos, apreciar a discricionariedade administrativa e identificá-la em cada ato praticado sob a competência discricionária sem a necessidade de nos valermos do termo “mérito do ato administrativo”.

E isso – vale sistematizar as nossas críticas – por dois motivos essenciais:

Primeiro, porque há uma dúvida insuperável, na doutrina e na jurisprudência, sobre a precisa definição de “mérito” do ato administrativo, tanto que ora coincide com o *objeto* (a *conveniência* como sinônimo de *objeto* – entre outros, Seabra Fagundes e Diogo Figueiredo Moreira Neto), ora com o *motivo* (a *oportunidade* como *motivo*, também em Seabra Fagundes e Diogo Figueiredo Moreira Neto), ora como o *conteúdo* (Germana de Oliveira Moraes), ora

³²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 124 et seq.

com o *momento* da prática do ato (Diógenes Gasparini). E se, por um lado, parece possível dizer que bastaria esclarecer o sentido por nós adotado para laborarmos com a palavra “mérito”, por outro é preciso reconhecer que esta noção perde a utilidade ao percebermos que as opções ao seu significado reduzem-se ao sinônimo de outro conceito ou instituto já suficientemente delineado na teoria do ato administrativo – como o *momento*, o *objeto*, o *motivo* e o *conteúdo*. Não precisamos, enfim explicitar o fenômeno da discricionariedade administrativa com a palavra “mérito”, se, com esta palavra, queremos atribuir o sentido, por exemplo, de algum pressuposto ou elemento do ato administrativo, ou se atribuirmos o mesmo sentido que também já se encontra claro e definido por outra palavra ou expressão, como é o caso do *momento* da emissão de um ato.

Segundo, e com consequência natural do motivo anterior, porque é fato que sob o rótulo do “mérito do ato administrativo” frequentemente há decisões judiciais que recusam a legitimidade do controle judicial. Como se a palavra “mérito” comportasse alguma invocação mágica, ora a Administração escusa-se perante o Judiciário de que a sua atividade impugnada não pode ser conhecida por este Poder porque se trata de assunto relacionado ao indefinido e impreciso “mérito”, ora o próprio Judiciário adianta-se para omitir-se do controle e pronunciamento sobre a legitimidade da atividade sob o mesmo argumento. E tudo isto quando é plenamente possível aferir se é o caso de existir, ou não, a intervenção do Judiciário de acordo com a análise dos limites de atribuição da competência discricionária na estrutura normativa, de acordo com os âmbitos da função administrativa (3.6), ou conforme a análise da sistematização do ato administrativo (4.4 e seguintes).

4.5 Diante do caso concreto e a “redução a zero” da discricionariedade. A concreta realização do interesse público

Admitir a presença da discricionariedade administrativa na *estática* da norma (3.6), e mesmo a identificação dos pressupostos e elementos do ato administrativo que possam externá-la (4.4 e tópicos seguintes), não significa que diante do *caso concreto* necessariamente haverá uma pluralidade de decisões legítimas franqueadas à Administração Pública, especialmente porque as “opções” entre uma ou outra decisão, necessariamente, deverão estar jungidas à implementação dos direitos fundamentais constitucionalizados (4.3).

O caso concreto pode revelar que só há *uma* opção que representa a efetiva concretização do interesse público. Em precisa sentença de Celso Antônio Bandeira de Mello afirma-se: “... a discricção suposta na regra de Direito é condição necessária, mas não suficiente, para que exista discricção no caso concreto”.³²⁹

Consideremos como hipótese, em exemplificação à teoria, um Município que detém escassa verba para investir, segundo a rubrica orçamentária, “em atendimento e promoção da dignidade da criança e do adolescente”, e em lugar de construir uma Casa de Abrigo para acolher menores órfãos e em outras situações de risco, sobretudo porque não existe na cidade qualquer lugar que atenda a esta finalidade, opta por despender exatamente a mesma e única quantia para a construção de um parque. A premência da vida, a concreta periclitación das integridades física e moral dos menores, são *princípios* a sobreporem-se a uma oportunidade de lazer que é almejada com o parque. É possível, num caso com tais contornos, reconhecer que a discricionariade administrativa deixa de existir e passa a haver uma só opção, um ato de competência vinculada a ser praticado: a construção e aparelhamento da Casa de Abrigo.

Como critérios a nortearem a aplicação desta teoria, sugere Eduardo García de Enterría³³⁰ que a “redução a zero” da discricionariade administrativa deve acontecer ou quando estão em pauta os direitos fundamentais, ou quando se trata de obrigações legais de intervir e a Administração é omissa, ou quando se trata de uma comparação entre duas alternativas das quais uma é realmente a “mais justa”, como exemplo – do autor – a escolha feita em um concurso entre duas pessoas.

A despeito da vagueza do terceiro critério, os outros dois – os direitos fundamentais e a omissão da Administração quando é prescrito expressamente o dever de agir – parecem-nos com certeza relevantes. Não esgotam as possibilidades de aplicação da teoria porque, como a sua própria denominação informa, *depende do caso concreto*, o que permite admitir que depende das circunstâncias de um caso determinado para aferir se havia, de fato, oportunidade de escolha em favor do Poder Público.

Convém recordar, de todo modo, a formulação de Celso Antônio Bandeira de Mello que esclarece e realça a dependência da análise ao *caso concreto*. Diz o autor:

³²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 907.

³³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5. ed. Madrid: Thomson, 2000, p. 259.

Com efeito, discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal. Ou seja: naquelas em que mais de uma opinião for razoavelmente admissível sobre a medida apropriada para dar a melhor satisfação ao objetivo da lei. Em suma, está-se aqui a dizer que a discricionariedade é pura e simplesmente o fruto da finitude, isto é, da limitação da mente humana. À inteligência dos homens falece o poder de identificar sempre, em toda e qualquer situação, de maneira segura, objetiva e inobjetable, a medida idônea para preencher de modo ótimo o escopo legal.³³¹

De toda sorte, a preocupação em testar se subsiste a discricionariedade administrativa frente ao caso concreto é comungada por parcela significativa da doutrina, como em Domingo Juan Sesin,³³² Tomás-Ramón Fernández,³³³ Eduardo García de Enterría,³³⁴ José Roberto Pimenta Oliveira,³³⁵ Regina Helena Costa,³³⁶ Almiro do Couto e Silva,³³⁷ Germana de Oliveira Moraes,³³⁸ Juarez Freitas³³⁹ e Celso Antônio Bandeira de Mello, mencionado anteriormente.

Para encerrar, cabe-nos sublinhar que se acolhemos a possibilidade de o caso concreto convolar uma competência discricionária em vinculada significa dizer que a tutela judicial requerida em correção à equivocada opção da Administração Pública tem, sem dúvida alguma, o condão de determinar a respectiva opção. A jurisdição caracteriza-se por ser a substituição de supostos direitos em conflito pela definição do direito ao caso em julgamento, e se nos referimos a uma competência vinculada – isto é, só há *uma* única opção que concretiza o interesse público –, então não há sentido em o Judiciário assinalar um prazo para a Administração Pública dizer o que já poderia ter sido dito. Tal como acontece no âmbito privado onde um conflito levado ao Judiciário permite a substituição da recusa na emissão de

³³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 908.

³³² SESIN, Domingo Juan. *Administración pública*. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 69-70.

³³³ FERNÁNDEZ, Tomás-R. *De la arbitrariedad de la administración*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 179.

³³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5. ed. Madrid: Thomson, 2000, p. 259.

³³⁵ O autor vale do *princípio jurídico da razoabilidade* para permitir “[...] a confrontação dos interesses inerente ao exercício da competência discricionária” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 356-357)

³³⁶ COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo: Centro de Estudos, n. 29, 1988, p. 101-102.

³³⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. n. 179-180. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1990, p. 61.

³³⁸ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 162-163.

³³⁹ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 55.

uma declaração por uma das partes pela declaração do juiz (a exemplo do suprimento da outorga uxória, da declaração de alienação de um bem, etc.), sem dúvida alguma *deve* o Judiciário, ao reconhecer que a competência discricionária transmutou-se, em razão do caso concreto, para uma competência vinculada, desde logo determinar qual a opção válida.

Nestes termos, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández igualmente concluem que em se reconhecendo a aplicação da teoria da “redução a zero” da discricionariedade administrativa “é inevitável que o juiz incorpore ao julgamento esta única solução possível, porque assim se impõe a lógica e a exigência do direito fundamental de uma tutela judicial efetiva e plena”.³⁴⁰

E um útil mecanismo de identificação, para o caso concreto, desta eventual situação de única solução legítima passível de substituição por um provimento judicial, propomos, é o *procedimento de ponderação da teoria dos princípios* – que veremos adiante.³⁴¹

4.6 O procedimento de ponderação da teoria dos princípios

Limitar-nos-emos neste tópico a destacar a importância da teoria dos princípios com a referência, meramente exemplificativa, de alguns princípios jurídicos que compõem o regime jurídico administrativo, sem a pretensão de exaurimento. Por outro, não poderíamos deixar passar ao largo a oportunidade de termos algumas linhas, sobre a teoria dos princípios, trazendo à reflexão a relevância do procedimento de ponderação dos princípios, em razão do papel que reputamos útil para o controle judicial da discricionariedade administrativa.

De tal sorte, convém-nos, em ênfase à importância do presente tópico ao tema central do trabalho, anotar a lição de Juarez Freitas:

³⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. v. 1. Madrid: Civitas, 2004, p. 490-493.

³⁴¹ Sem obstáculo do que já foi exposto no tópico 4.3 sobre a contribuição da teoria de Jürgen Habermas, não desconhecemos as críticas à teoria argumentativa e à proposta da ponderação de Robert Alexy, feitas por Dworkin e a rejeição por parte dos adeptos das teses habermasianas da possibilidade de haver uma aproximação entre Habermas e Alexy (cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 226-242), não sendo propósito deste limitado estudo o aprofundamento sobre os argumentos favoráveis e contrários em relação a uma ou outra corrente de pensamento. Antes, partindo da premissa de não haver compartimentos estanques, busca-se, considerada a dimensão de peso e importância de cada uma das teorias, o aproveitamento delas, no que aplicável, no fortalecimento do controle judicial sem diminuição do espaço legítimo da discricionariedade administrativa.

Todas as possibilidades, em maior ou menor escala, contudo, devem guardar fundamentação na regularidade do sistema, para evitar dois fenômenos simétricos e igualmente nocivos: de uma parte, uma noção de vinculatividade dissociada da subordinação a outros princípios além do princípio da estrita legalidade e, de outra, uma noção de discricionariedade tendente a dar as costas à vinculação ao sistema, minando, pela arbitrariedade, a sua fundamentada abertura.³⁴²

Voz corrente na doutrina contemporânea da teoria geral do direito, e sobretudo por influência do jurista alemão Robert Alexy, é a ideia de que o direito deve aspirar a uma *pretensão de correção*, isto é, deve ter por intenção ser corretamente aplicado, o que depende, essencialmente, de uma escoreta *fundamentação* que só é atingida por um procedimento de discurso, por um *procedimento de argumentação* fundado em *princípios*.

O *argumento de princípio*, para Robert Alexy,³⁴³ representa um *mandamento de otimização*, isto é, um dever – não definitivo, mas um dever *prima facie* – de que algo seja realizado na melhor medida das possibilidades fáticas e jurídicas que se disponibilizam no caso concreto. Consequentemente, como mandamentos ideais, os princípios, em busca de sua máxima realização, colidem entre si, o que reclama a *ponderação* para conduzir “do dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo”.³⁴⁴

O *procedimento de ponderação* torna-se, portanto, fundamental à realização dos princípios jurídicos, à equação dos princípios em colisão em busca de identificar as máximas e legítimas condições fáticas e jurídicas de realização de cada princípio envolvido, e assim permite estruturar a devida justificação com vista a atingir a pretensão de correção na aplicação do direito.

Neste sentido, Robert Alexy³⁴⁵ propõe a compreensão da *ponderação* decompondo-a em três passos: inicialmente, deve ser avaliado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um

³⁴² FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 223. Em outra obra, em passagem que convém ser registrada, diz: “[...] importa afirmar que ‘a discricionariedade vinculada aos princípios constitucionais não significa extinguir o juízo de ‘merecimento’. Simplesmente significa que há ‘uma porção de vinculação que acompanha a discricionariedade. E esta não se prejudica, senão se legitima, ao deixar de se referenciar no espaço demasiado fluido das vontades meramente particulares, inconciliáveis com a índole democrática do Estado Constitucional’” (Idem, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49). O que leva muitos, como Germana de Oliveira Moraes, a diferenciar a *noção de legalidade* no sentido de conformidade dos atos com as leis enquanto regras, normas em sentido estrito, da *noção de juridicidade* como a conformidade, além das regras jurídicas, também aos princípios gerais de direito explícita ou implicitamente previstos na ordem jurídica (MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 30).

³⁴³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

³⁴⁴ Ibidem, p. 37.

³⁴⁵ Ibidem, p. 133.

princípio, em seguida, deve haver a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, e por último se deve comprovar que o cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o não-cumprimento do outro princípio.

Essas premissas são mesmo importantes ao termos em conta que, como vimos em capítulos passados, no suposto *espaço de legitimidade* da discricionariedade administrativa, tanto no plano normativo (3.6) quanto no exercício função administrativa (3.6.1), são os princípios jurídicos, em seu *procedimento de ponderação*, que permitem testar esta correspondência de legitimidade.

Expliquemos melhor.

Vimos que, em geral, se o âmbito da função administrativa for a *intervenção* na esfera jurídica dos administrados, como acontece com a *Administração Ordenadora*, mais precisa deve ser a norma jurídico-administrativa em sua *hipótese de fato* e na sua *finalidade* do que em outros âmbitos da função administrativa que ampliam direitos, como acontece com as *Administrações de Prestação e de Fomento*, e que isso significa que além de a lei ter de manter um núcleo mínimo para não caracterizar a delegação da função legislativa, deve ainda determinar as opções possíveis que identifiquem a dimensão real da competência discricionária (3.6.3). De todo modo, para aferir este *espaço de legitimidade* os princípios jurídicos, em procedimento de ponderação, são imprescindíveis.

Consideremos a deliberação de certo Município de editar uma lei que, a pretexto de regulamentar com rigor o horário de funcionamento do comércio de bebidas alcoólicas, a pretexto, então, de prescrever uma *limitação administrativa*, permita ao chefe do Executivo estabelecer os critérios de rodízio dos dias da semana em que cada estabelecimento poderá comercializar as bebidas alcoólicas, desde que as vendas apenas ocorram entre 15 e 16 horas, de segunda a sexta-feira, e que cada ponto comercial (bar, restaurante, mercado, etc.) seja autorizado, no máximo, para um dia da semana. Por mais que todos os requisitos formais que franqueiam a legitimidade da discricionariedade administrativa junto ao âmbito normativo estejam presentes (3.6), ainda assim, o *princípio da razoabilidade*³⁴⁶ permite apreciar o conteúdo e revelar o seguinte: o grau do não-cumprimento do *princípio da livre iniciativa* (art. 170, *caput*, da Constituição Federal) é bastante severo, a importância do cumprimento de um suposto princípio em sentido contrário não é clara porque sequer é possível identificar, de

³⁴⁶ Para José Roberto Pimenta Oliveira a razoabilidade é um “limite interno da discricionariedade na medida em que é um dos fatores a condicionar a escolha a ser procedida pelo administrador (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 362-363).

modo imediato e objetivo, qual seria o princípio a ser realizado, logo, e por último, chega-se à ilação de que o cumprimento do princípio em sentido contrário – talvez a defesa do consumidor (art. 170, V) contra produtos nocivos à saúde? – não justifica o não-cumprimento do outro princípio, o princípio da livre iniciativa.

Outrossim, vimos que no exercício da função administrativa, diante do reconhecimento da legitimidade da previsão da competência discricionária em potência (3.6), perante o caso concreto é possível que exista a discricionariedade administrativa em relação ao momento de ação (4.4.1), à forma, aos requisitos procedimentais, à formalização (4.4.2), ao objeto, ao conteúdo (4.4.3) e ao motivo de direito (4.4.4).

Contudo, consideremos que após outorgar a permissão de uso de bem público a diversos comerciantes ambulantes para usarem pequenos espaços (boxes) construídos em um parque público, após algum tempo a Administração, sob a motivação de que há o interesse em priorizar outras atividades naquela área, como esporte ou cultura, pretende revogar a permissão apenas de alguns permissionários. Ainda que o momento de ação (4.4.1) seja um suposto *espaço legítimo* da discricionariedade administrativa, é possível constar o seguinte: o grau de não-cumprimento do *princípio da igualdade* (art. 5º., *caput*, da Constituição Federal) é aleatório, a importância do cumprimento de um princípio em sentido contrário, o *princípio da supremacia do interesse público* de promover outras atividades de lazer e cultura, é compreensível e legítimo, mas em razão da arbitrariedade na revogação de apenas algumas permissões não há justificativa para o não-cumprimento do outro princípio, o princípio da igualdade.³⁴⁷

Ainda mais outro exemplo: ao estudarmos a doutrina da “redução a zero” da discricionariedade administrativa (4.5), o exemplo que demos foi o de um Município com escassa verba para investir, segundo rubrica orçamentária, “em atendimento e promoção da dignidade da criança e do adolescente”, e em vez de construir uma Casa de Abrigo para

³⁴⁷ Especificamente sobre o princípio da igualdade e a discricionariedade administrativa, J. J. Gomes Canotilho assevera: “A tendência habitual da administração para, a coberto do poder discricionário, violar, mais ou menos subtilmente, a exigência material da igualdade, conduz a que se considere o princípio da igualdade como ‘irredutível inimigo da discricionariedade’. Isto é por vezes esquecido quando se considera o princípio da igualdade como igualdade perante a lei e se esquece, afinal, a sua força vinculativa perante a administração. A igualdade imposta pelo princípio do Estado de direito, constitucionalmente consagrada, é a ‘igualdade perante todos os actos do poder público’. É neste contexto que se fala hoje do princípio da autovinculação da administração. Mesmo nos espaços de exercício discricionário (‘Ermessensrichtlinie’), o princípio da igualdade constitucional impõe que, se a administração tem repetidamente ligado certos efeitos jurídicos a certas situações de facto, o mesmo comportamento deverá adoptar em casos futuros semelhantes. O ‘comportamento interno’ transforma-se, por força do princípio da igualdade, numa relação externa, geradora de direitos subjectivos dos cidadãos” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 735).

acolher menores órfãos e em outras situações de risco, principalmente porque não existe na cidade qualquer espaço que atenda a esta finalidade, o Município opta por despender o valor que tem disponível para a construção de um parque. Chegamos à conclusão, naquele tópico, que diante do caso concreto só haveria uma única solução possível – a construção da Casa de Abrigo –, o que representaria a “redução a zero” da discricionariedade administrativa. Com aqueles mesmos argumentos, mas ajustados ao *procedimento de ponderação* da teoria dos princípios, lapidamos o *procedimento de argumentação* que nos permite uma maior aproximação da *pretensão de correção*: a vida, a integridade física e moral dos menores, densificam os *princípios da dignidade da pessoa humana e da absoluta prioridade do direito à vida e à dignidade da criança e do adolescente* (respectivamente, arts. 1º., III e 227, *caput*, da Constituição Federal) que, inicialmente, apresentam-se em severo grau de não-cumprimento, e apesar de a construção do parque explicar-se como meio de promoção do *princípio da absoluta prioridade da criança e do adolescente* ao “lazer” (art. 227, *caput*), não há a comprovação da importância do cumprimento deste princípio em sentido contrário em prejuízo do não-cumprimento dos outros princípios que representam um dos maiores valores assegurados na ordem constitucional, a vida.

É com a percepção da relevância dos princípios jurídicos que Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández³⁴⁸ indicam que em 1954, com o *arrêt* Barel, e em 1968 com o *arrêt* Maison Genestral, o Conselho de Estado francês adotou expressamente os princípios gerais do direito como uma técnica de redução da discricionariedade – nos dois casos houve, de acordo com os autores, imprecisão das razões de fato e de direito que pretendiam justificar as decisões discricionárias. E em 1971, com o *arrêt* Ville Nouvelle Est, elaborou-se a *técnica de custos-benefícios* como expressão do princípio da proporcionalidade.

Em análise, os autores sentenciam com precisão:

O controle da discricionariedade por meio dos princípios gerais não consiste, portanto, em o juiz substituir o critério da Administração por seu próprio e subjetivo critério. Se assim fosse, tudo se reduziria a substituir uma

³⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. v. 1. Madrid: Civitas, 2004, p. 471-475. É por enfatizar o direito fundamental à boa administração pública que Juarez Freitas defende a “[...] obrigatoriedade de conclusão prioritária de obras inacabadas”, o que nos parece concretizar a preocupação dos princípios fundamentais como instrumentos de controle da discricionariedade administrativa (FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 31). Adiante, sentencia: “O ‘direito fundamental à boa administração pública vincula’, e a liberdade é deferida somente para que o bom administrador desempenhe de maneira exemplar suas atribuições. Nunca para o excesso ou para a omissão. [...] A discricionariedade passa a ser vista, nessa linha, como diretamente vinculada à Constituição e aos direitos fundamentais, justo para que não se perpetuem transgressões recorrentes (não raro trágicas), já por ação, já por omissão” (Ibidem, p. 41).

discricionariiedade (a administrativa) por outra (a judicial) sem avançar um só passo no problema. Do que se trata realmente é penetrar na decisão objeto de julgamento até encontrar uma explicação objetiva em que se expresse um princípio geral.³⁴⁹

Enfim, o que desejamos propor é que mesmo diante do *espaço legítimo* da discricionariiedade administrativa, tanto no âmbito normativo (3.6) quanto no exercício da função administrativa (3.6.1), é dizer, em relação ao momento da ação (4.4.1), à forma, aos requisitos procedimentais, à formalização (4.4.2), ao objeto, ao conteúdo (4.4.3) e ao motivo de direito (4.4.4), o que *confirma* ou *infirmo* a legitimidade da discricionariiedade administrativa é o procedimento de ponderação da teoria dos princípios.

4.7 Discricionariiedade administrativa à luz do controle judicial

Não pretendemos desconsiderar os conceitos existentes a respeito da discricionariiedade administrativa, mas devemos, no entanto, propor um que se amolde à metodologia que vimos desenvolvendo neste estudo. É apenas com a intenção de aglutinar os principais fatores que defendemos em relação ao estudo do tema que a seguir formulamos nossa ideia conceitual sobre a discricionariiedade administrativa e passaremos, em seguida, a defini-la de acordo com alguns pontos abordados. Assim, entendemos que:

A discricionariiedade administrativa é a competência prevista em lei para o exercício da função administrativa que outorga ao agente público uma pluralidade de decisões legítimas, e que por isso não se confunde com a interpretação jurídica de conceitos jurídicos indeterminados, e igualmente não pode ser outorgada para o âmbito da Administração Sancionadora, e a escolha deve ser exercida, diante do caso concreto, pela melhor opção possível à realização do interesse público.

Definimos, assim, o conceito:

– *A discricionariiedade administrativa é a competência prevista em lei para o exercício da função administrativa:* em razão do princípio da vinculação positiva da Administração (arts. 5º., II, e 37, *caput*, ambos da Constituição Federal), o poder público só é legítimo se decorre de lei, e por isso é que a discricionariiedade administrativa apenas existe enquanto e na extensão previstas por lei como *competência* para a realização da função

³⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. v. 1. Madrid: Civitas, 2004, p. 483.

administrativa; o correto, pois, não é a denominação “poder discricionário”, mas *competência discricionária* porque deste modo enfatizamos que todo *poder* apenas se justifica quando e na medida da prescrição legislativa e como instrumento ao cumprimento do dever de realizar o interesse da coletividade (3.1 e seguintes);

– *que outorga ao agente público uma pluralidade de decisões legítimas*: o que caracteriza a discricionariedade administrativa é a expressa atribuição por lei da possibilidade de escolha de uma opção dentre um leque de indiferentes opções porque todas têm hipoteticamente o condão de realizar o interesse público (3.1 e 3.6), mas com a ressalva de que a discricionariedade administrativa, em relação ao momento de ação (4.4.1), à forma, aos requisitos procedimentais, à formalização (4.4.2), ao objeto, ao conteúdo (4.4.3) e ao motivo de direito (4.4.4);

– *e que por isso não se confunde com a interpretação jurídica de conceitos jurídicos indeterminados*: pois não é o elemento volitivo que distingue a interpretação jurídica da discricionariedade administrativa, e os conceitos jurídicos indeterminados diferem dos conceitos supostamente determinados apenas quanto ao grau de sua imprecisão (1.5 e 1.6); todo conceito jurídico indeterminado deve ser determinado para o caso concreto e apresentar uma “unidade de solução justa” (Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández);

– *e igualmente não pode ser outorgada para o âmbito da Administração Sancionadora*: de um modo geral, se o âmbito da função administrativa for a *intervenção* na esfera jurídica dos administrados – como ocorre com a *Administração Ordenadora* –, mais precisa deve ser a norma jurídico-administrativa em sua *hipótese de fato* e na sua *finalidade* do que seria tolerado em outros âmbitos da função administrativa que franqueiam ou ampliam direitos (como as *Administrações de Prestação e de Fomento*), o que significa que além de a lei ter que manter um núcleo mínimo para não se caracterizar a indevida delegação da função legiferante, deve ainda determinar as opções possíveis que identifiquem a dimensão real da competência discricionária. Mas especificamente no caso da *Administração Sancionadora*, cume da *intervenção estatal* perante a liberdade e a propriedade, porque se deve atender ao comando constitucional de que não há pena sem prévia cominação legal (art. 5º., XXXIX, da Constituição Federal), não é possível à norma jurídico-administrativa que versa sobre o direito sancionador prescrever qualquer espaço para a discricionariedade administrativa. A *hipótese de fato* e a *finalidade* da norma jurídico-administrativa, em se tratando de tema pertinente ao direito administrativo sancionador, apenas ensejam a *interpretação jurídica* (3.6 e os respectivos subtópicos);

– e a escolha deve ser exercida, diante do caso concreto, pela melhor opção possível à realização do interesse público: a despeito da prescrição normativa da competência discricionária, de sua previsão em potência (3.6), é apenas diante do caso concreto que se torna possível aferir se remanesce, em relação ao momento de ação (4.4.1), à forma, aos requisitos procedimentais, à formalização (4.4.2), ao objeto, ao conteúdo (4.4.3) e ao motivo de direito (4.4.4), a pluralidade de decisões legítimas, pois pode a situação prática revelar – sobretudo por meio da ponderação dos princípios jurídicos em colisão (4.6) – que só existe, indubitavelmente, uma única decisão legítima a realizar efetivamente o interesse público, o que convola a competência discricionária em competência vinculada (teoria da “redução a zero” da discricionariedade administrativa – 4.5).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trilhado o caminho inicialmente proposto, parece apropriado, a título de conclusão do trabalho, alinhar o que acreditamos que são os principais aspectos e ideias lançadas no percurso do texto, as quais poderão propiciar uma visão de conjunto dos temas versados sobre a discricionariedade administrativa do ato administrativo conforme os âmbitos da função administrativa e o seu respectivo controle judicial.

Nos limites estritos e possíveis de um estudo dissertativo, buscou-se delinear, em linhas gerais as condições de possibilidade do controle judicial dos atos administrativos, praticados sob o manto da competência discricionária conferida aos órgãos da Administração Pública.

A consagração fática do Estado de Direito não representou, por si só, a superação do arbítrio do governante, porque, ainda que submetido formalmente à lei, não havia um controle dos atos discricionários do administrador público.

A evolução do Estado de Direito de *Social*, que amplia o conteúdo do direito administrativo, pois adquire o encargo de desenvolver e aplicar os princípios constitucionais consagradores dos direitos sociais e econômicos, para *Democrático*, introduzindo o elemento da participação popular como obrigatório nas decisões e no controle da Administração Pública, provocou mudanças nos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e na discricionariedade administrativa, influenciando na prática dos atos administrativos e no seu respectivo controle judicial.

Aludiu-se, no início do trabalho, sobre o sentido e o alcance do interesse público como parâmetro de resultado e de limitação da atuação dos órgãos públicos, delimitando a definição de interesse público e trazendo à reflexão o sentido do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, como paradigma justificador e legitimador das prerrogativas detidas pelos órgãos estatais para a busca da realização do interesse público.

Ao tempo do Estado de Direito, além disso, ao titular do poder público bastava a fundamentação de todas as suas ações sob a rubrica *interesse público* que elas seriam reputadas legítimas e estariam infensas ao controle judicial.

Sob o paradigma do Estado Constitucional, não se pode visualizar a realização do *interesse público* desvinculada da concretização igual de interesses privados, uma vez que são vedados interesses públicos que não guardem vinculação direta com os Direitos Fundamentais.

Além disso, face à multiplicidade de fins do Estado não parece mais adequado aludir-se apenas ao *interesse público*, mas aos interesses públicos que representam os múltiplos objetivos a serem perseguidos pelo aparato estatal, não se identificando a menção ao *interesse público* como aquele que se identificava tão-só o interesse do Estado ou com o interesse da maioria da população.

Reconhecendo no *interesse público* suas múltiplas faces e sentidos, cada qual com perspectivas distintas, e a dificuldade da tarefa de conceituá-lo (levando em conta que muitos autores o consideram como um conceito jurídico indeterminado) se buscou demonstrar alguns critérios de delimitação jurídica.

Nesse passo, tornou-se possível mencionar que um interesse torna-se público, não por representar múltiplos interesses particulares, mas por veicular os valores fundamentais contidos na Constituição Federal, especialmente os relacionados à dignidade da pessoa humana e aos Direitos Fundamentais.

Desse modo, um interesse tido como público não pode ser objeto de transigência, pois sua realização pelo Estado torna-se imperativa, sendo um compromisso indisponível da Administração Pública.

Alusivo ainda aos princípios decorrentes do *interesse público*, verifica-se que, contemporaneamente, o princípio da supremacia do *interesse público* sobre o privado tem sido alvo de frequentes e pertinentes críticas. E isso porque, no regime jurídico do Estado Constitucional adotado pela Constituição de 1988, nenhum Direito Fundamental é absoluto, de modo que o *interesse público* também não pode ser e, portanto, não pode preponderar, automaticamente, sobre os interesses privados, muitos dos quais, aliás, envolvem Direitos Fundamentais e os princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana que limitam o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Relembramos, também, que as atuais noções de discricionariedade administrativa não mais gravitam em torno da ideia de *poder* – o que, em alguma medida, esquivava do controle judicial. Sob o regime democrático e social de direito a discricionariedade administrativa associa-se à ideia de *competência* que estabelece a *medida e a definição dos poderes* como

instrumentos ao cumprimento dos deveres para com a sociedade.

Mas o que propomos ao debate nessa parte do estudo (cap. 3) diz respeito ao fundamento da competência jurídica da discricionária administrativa.

Pois em prestígio ao *princípio da segurança jurídica* acompanhamos a doutrina que afirma que a norma de competência que atribui discricionariiedade administrativa deve apresentar-se sob o modelo de uma *regra jurídica*. O que levou-nos a considerar a discricionariiedade como a atribuição, *nos termos da norma de competência*, de uma *pluralidade* de decisões legítimas (uma *liberdade*, um *indiferente*, dentre as opções que são definidas *prima facie* pela norma de competência).

Assim, a nosso ver, insistimos com a necessidade de revermos a definição de discricionariiedade administrativa. Pois se tradicionalmente a doutrina e a jurisprudência preocupam-se em identificar a legitimidade da discricionariiedade no exercício da função administrativa, cremos que é fundamental o estudo de um momento precedente: a competência discricionária administrativa na norma jurídica.

Em outras palavras, o *que* pode e o *quanto* pode a lei dizer que é passível de discricionariiedade administrativa.

Sintetizamos tal ideia sobre estes limites:

a) identificamos a norma jurídica, em sua estrutura lógica, sob uma formulação binária, isto é, um *juízo hipotético* composto por uma *hipótese de fato* e uma *finalidade*;

b) a *análise dos limites de atribuição da discricionariiedade administrativa na norma jurídico-administrativa deve ser feita de acordo com o âmbito da função administrativa (administração ordenadora, de prestação, de gestão, de fomento, sancionadora e de políticas públicas)*;

c) nenhuma lei pode esvaziar e deixar de delinear o núcleo mínimo da matéria à qual se propõe sob pena de ofensa ao *princípio da legalidade*, além da *inconstitucional delegação da função legiferante*;

d) *mais restritas devem ser as dimensões da discricionariiedade administrativa nas hipóteses de fato e na finalidade da norma jurídico-administrativa se o âmbito da função administrativa for a intervenção na esfera jurídica do administrado, sob pena de violação dos princípios da segurança jurídica e da legalidade*;

e) a *Administração Sancionadora* deve cumprir o comando constitucional de que não há pena sem prévia cominação legal (art. 5º., XXXIX), em matéria de Direito Administrativo Sancionador tanto a hipótese de fato quanto a finalidade da norma jurídico-administrativa não ensejam a discricionariedade administrativa.

Ultrapassados os estudos a respeito do interesse público, da supremacia do interesse público sobre o privado, da competência, da discricionariedade e da função administrativa, este trabalho procedeu, na última parte, à análise do controle judicial dos atos administrativos, abordando o alcance do controle judicial no exercício concreto da discricionariedade administrativa através do ato administrativo.

Após discorrer sobre a ideia tradicional da teoria da separação dos poderes e a intervenção do Judiciário, como compatível com a democracia, observados os mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade, por meio de espaços públicos que permitam o exercício da democracia participativa, daí a contribuição da teoria do discurso de Jürgen Habermas, sugerimos identificar e denominar de *espaço legítimo* da discricionariedade administrativa a sua possibilidade em relação ao momento de ação (4.4.1), à forma, aos requisitos procedimentais, à formalização (4.4.2), ao objeto, ao conteúdo (4.4.3) e ao motivo de direito (4.4.4) – salvo se a lei tratar de matéria afeita à *Administração Sancionadora* porque, neste caso, e conforme sustentamos, todos os pressupostos e/ou elementos dos atos a serem praticados são sempre vinculados (3.6.2).

Por conseguinte, ao considerarmos o atual estágio da ciência do Direito Administrativo, defendemos que não há mais necessidade de utilizar a expressão “mérito do ato administrativo” para justificar a discricionariedade administrativa, pois a *sistematização* do ato administrativo confere maior segurança jurídica em busca da localização e aferição do *espaço legítimo* da discricionariedade administrativa – leia-se, a respeito do *espaço legítimo*, que nos referimos ao momento da ação, à forma, aos requisitos procedimentais, à formalização, ao objeto, ao conteúdo e ao motivo de direito, mas salvo as matérias referentes à Administração Sancionadora.

Finalizando sobre a doutrina da “redução a zero” da discricionariedade administrativa, além de acompanharmos os que defendem que o caso em análise pode convolar a competência discricionária em vinculada, e ainda acrescentamos que, nesta circunstância, é possível – e recomendável – que o Judiciário não se limite a invalidar o ato objeto da ação, mas que desde logo determine qual a opção válida através do procedimento de ponderação da teoria dos princípios, sendo possível a *confirmação* ou *infirmção* do *espaço legítimo* da

discricionariedade administrativa.

Ressalte-se, por fim, que não há neste trabalho a presunção de solucionar qual a amplitude possível e adequada da competência discricionária e quais os parâmetros para o controle judicial na prática dos atos discricionários pela Administração Pública, mas contribuir para a reflexão nessa difícil, porém, frutífera área.³⁵⁰

³⁵⁰ Sintetiza Calmon de Passos a ideia do presente trabalho: “O homem é um ser imperfeito que se imola e se consome na insofreável e constante luta por alcançar a perfeição. Ele é um prático, pragmático e imediatista que vitaliza o seu cotidiano com a utopia que mantém viva sua esperança num futuro melhor. Ele é o egoísta narcisescamente voltado para a plenificação de sua condição humana. Ele é o ser transitório e frágil submetido à lei da morte, mas que edifica com solidez e se abriga com segurança na perenidade das coisas e de sua individualidade. O homem só tem presente, mas é o amanhã do homem que o mantém vivo e atuante” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Processo e Democracia*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988).

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução de Buenaventura Pellisé Prats. 3. ed. v. 2. Barcelona: Bosh, 1960.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: a política e a história*. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1972.
- ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed., trad. de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001
- _____. *O que é política*. 5 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- ARENHART, Sergio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ARISTÓTELES. *A ética*. trad. de Cássio M. Fonseca. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1991.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesse público e privado*. 1. ed. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 10. Tir. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. 1. ed. 03 tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. 2. v. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARRAL, Welber Oliveira. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BERRY, Brian. O uso e o abuso de “o interesse público”. In: FRIEDRICH, Carl (Org.) *O interesse público*. Trad. de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo*. Trad. Brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, São Paulo: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Alice Gonzáles. Interesse público: um conceito a determinar. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 205. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 23.452/RJ. Pleno. Relator: Min. Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 20.

BRAYBROOKE, David. O interesse público: o presente e o futuro do conceito. In: O interesse público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl. (Org.) *O interesse público*. Trad. de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

BROLIANI, Jozélia Nogueira. O controle judicial nas omissões no planejamento financeiro, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C*. Belo Horizonte, ano 5, n. 21, jul./set., p. 119-134, 2005.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996.

CADERMATORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Processo e Democracia. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Augusto César Leite de. A atuação do direito no Estado democrático. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural* (Hermenêutica e Constituição 4^a. parte). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

CASSINELI, C. W. O interesse público na ética política. In: FRIEDRICH, Carl. (Org.). *O interesse público*. Trad. de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A. *Metodologia científica*. 4. ed. São Paulo: Makron Books, 1996.

CHAUÍ, Marilena. Público, Privado, Despotismo. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

COLM, Gerhard. O interesse público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl. (Org.). *O interesse público*. Trad. de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de Constitucionalidade de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/constitucional/23.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo: Centro de Estudos, n. 29, 1988.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. n. 179-180. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1990. _____ . Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Ivo. *Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Inovações no direito administrativo brasileiro. *Interesse público*. Porto Alegre, a. 6, n. 30, mar./abr. 2005.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro. (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções fundamentais de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESCOLA, Jorge Héctor. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989.

FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder – Formação do Patronato Político Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, Ernesto. *et al. Dicionário Escolar Latino-Português*. 2. ed., Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956.

FERNÁNDEZ, Tomás-R. *De la arbitrariedad de la administración*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Interesse público. *Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região, São Paulo, Centro de Estudos*, n.º 1, 1995. p. 10. apud JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo – 7. ed. rev. e atual*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRANÇA, Phillip Gil. *O Controle da Administração Pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCO, João Melo; MARTINS, António Herlander Antunes. *Dicionário de conceitos e princípios jurídicos*. 3. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

FREIRE, Paulo; HORTON, Myles. *O caminho se faz caminhando: conversas sobre educação e mudança social*. São Paulo: Vozes, 2003.

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

_____. *Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público no direito comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XLV, n. 1 e 2, Coimbra Editora, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.

_____. *La Lengua de los Derechos: La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza, 1995.

_____. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5. ed. Madrid: Thomson, 2000.

_____. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. v. 1, Madrid: Civitas, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura: no Estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Parte general. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discrecionabilidade administrativa. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Atualidades jurídicas*. São Paulo: 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural na esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.
_____. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 26. São Paulo: Malheiros, 1999.
_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
_____. *Curso de Direito Administrativo*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
_____. *Curso de Direito Administrativo*, 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Manuel de droit administratif*. 15. ed. Paris: L.G.D.J., 1995.

LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público. In: *Revista Jurídica Virtual*. vol. 2. n. 13 - junho/2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/princ-etico.htm> Acesso em 10 mar. 2012.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 nov. 2012).

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I – Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Legitimidade e discricionariedade*. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. apud FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público no direito comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XLV, n. 1 e 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MORÓN, Miguel Sánchez. *Derecho administrativo*. Parte general. Madrid: Tecnos, 2005.

NUNES, Rizzato. *Manual da Monografia Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista do Direito Administrativo*. São Paulo, 2000.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PRATA, Ana. *Dicionário Jurídico*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de direito público*. v. 1. Coimbra: Acta Universitatis Conimbricensis, 1989.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos Direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, v. 25, p. 46-55, 1999.
- _____. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.
- SANTI ROMANO. *Princípios de direito constitucional geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O direito público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SEABRA FAGUNDES, M. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SEIN, Domingo Juan. *Administración pública*. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesses Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SOUSA, António Francisco. *Os conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.
- SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*. Tomo I - Introdução e Princípios Fundamentais. Lisboa: Dom Quixote, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TOURAINÉ, Alain. *O que é democracia?* Petrópolis: Vozes, 1996.

Vaticano. Documentos pontifícios. Disponível em:
<http://www.vatican.va/offices/papal_docs_list_po.html>. Acesso em 20 mar. 2012.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Interesse público. In: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Lisboa, 1993.

WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. 6. ed. Paris: Recueil Sirey, 1952.

WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina Editora, 1977.