



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JUDICIAL
A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COMO LIMITE A
DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

ORIENTANDA: VANUSA SILVA DA CRUZ

ORIENTADORA: PROF.^a Dra. MARIA CRISTINA VIDOTTE B. TARREGA

GOIÂNIA-GO
2020

VANUSA SILVA DA CRUZ

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JUDICIAL

A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COMO LIMITE A

DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Monografia Jurídica apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GOIÁS).

Prof.^a Orientadora: Dra. Maria Cristina Vidotte B. Tarrega.

GOIÂNIA-GO
2020

VANUSA SILVA DA CRUZ

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JUDICIAL

A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COMO LIMITE A
DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a Dra. Maria Cristina Vidotte B. Tarrega Nota

Examinador(a) Convidado(a): Prof.(a): Titulação e Nome Completo Nota

Aos meus filhos, que suportaram minha ausência e minhas dificuldades durante essa caminhada sem nunca deixarem de me reconhecer como mãe, como abrigo, como amor. E por serem a força, concedida por Deus, para que eu me levante e lute cada batalha dessa vida.

Agradeço, primeiramente a Deus.

Aos meus pais, Valdeci e Maria, pela vida, pelos ensinamentos, por terem abraçado as minhas causas, sempre torcendo para o meu sucesso e orando pelas minhas vitórias, compartilhando momentos de alegrias e superando tristezas. Serei eternamente grata pelos cuidados de minha mãe comigo e com meus filhos, sem seu auxílio em todas as minhas lutas não existiria, para mim, a possibilidade de estar concluindo este curso.

À minha orientadora Dra. Maria Cristina Vidotte B. Tarrega, por prontamente aceitar a tarefa de me auxiliar na realização desta monografia, acolhendo-me com presteza, amizade, dedicação e sabedoria.

E, finalmente, a todos aqueles, que de alguma forma, foram especiais pra mim, que até mesmo à distância, não mediram esforços para me ajudar em todos os momentos, dando forças para enfrentar os desafios, acreditando no meu potencial e me apoiando sempre, mostrando que com dedicação e confiança, tudo se torna possível de realizar.

A todos vocês, muito obrigada!

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JUDICIAL

A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COMO LIMITE A DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Vanusa Silva da Cruz

Resumo

O presente trabalho se propõe a analisar o controle judicial dos atos administrativos discricionários. Fazendo inicialmente a abordagem do ato administrativo em si, abrangendo conceito, características, objeto e finalidade do mesmo. Em seguida passamos a analisar o controle judicial dos atos administrativos discricionários e como se deram as modificações da relação entre os Três Poderes da República no decorrer das alterações do próprio Estado, e principalmente, com a constitucionalização do direito administrativo. Posteriormente, debruça-se no debate sobre o conceito de interesse público, sua questionada supremacia sobre o interesse particular e como ele tem sido usado nos julgados acerca do tema.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Interesse Público. Administração Pública. Controle Judicial.

Abstract

This paper aims to analyze the judicial control of discretionary administrative acts. Initially taking the approach of the administrative act itself, covering concept, characteristics, object, and purpose of the same. Next, we began to analyze the judicial control of discretionary administrative acts and how the changes of the relationship between the Three Powers of the Republic were made during the changes of the State itself, and especially with the constitutionalizing of administrative law. Later, it focuses on the debate about the concept of public interest, its questioned supremacy over the particular interest and how it has been used in the judgments about the subject.

Keywords: Administrative Law. Public Interest. Public Administration. Judicial Control.

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| 1 ATOS ADMINISTRATIVOS | 9 |
| 1.1 CONCEITO..... | 9 |
| 1.2 CARACTERÍSTICAS OU ATRIBUTOS..... | 10 |
| 1.3 ELEMENTOS..... | 11 |
| 1.4 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO..... | 12 |
| 2 CONTROLE JUDICIAL | 14 |
| 2.1 CONTROLE JUDICIAL NOS DIFERENTES PARADIGMAS DE ESTADO..... | 14 |
| 2.2 O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS..... | 19 |
| 2.2.1 Teoria do Desvio de Poder..... | 20 |
| 2.2.2 A Interpretação dos Conceitos Jurídicos Indeterminados..... | 21 |
| 2.2.3 Teoria dos Motivos Determinantes e a Necessidade de Motivação dos Atos Administrativos..... | 21 |
| 2.2.4 O Controle a Partir Dos Princípios..... | 22 |
| 3 PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO | 23 |
| 3.1 O CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO..... | 23 |
| 3.2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA..... | 25 |
| 3.3 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COMO PRINCÍPIO..... | 28 |
| CONCLUSÃO | 34 |
| REFERÊNCIAS | 36 |

INTRODUÇÃO

A evolução do Estado demonstra que um dos principais motivos inspiradores de sua existência é justamente a necessidade de disciplinar as relações sociais, seja propiciando segurança aos indivíduos, seja preservando a ordem pública ou mesmo praticando outras atividades que tragam benefício a sociedade.

O processo de mudança sócio política, acelera-se no final do século XVII com o nascimento do constitucionalismo nos Estados europeus e com a eclosão da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e afeta ainda mais a relação entre Estado e indivíduos, que começa a ser reorientada.

Neste cenário, o constitucionalismo se torna um meio de instauração do Estado de Direito, autorizando e legitimando o poder político do Estado, estabelecendo fronteiras ao seu exercício mediante a imposição de amarras jurídicas.

O Direito Administrativo moderno edificou-se sobre o discurso basilar de que o Estado é responsável pela busca do interesse público. Isso ocorre seja pela identificação da vontade geral do povo pelo Poder Legislativo, com a sua consequente enunciação dos diplomas legais, seja pela aplicação desse interesse geral pela Administração Pública, por meio da concretização de comandos da Lei.

Todavia, o individualismo exacerbado, próprio do Estado Liberal acabou por ensejar uma profunda desigualdade social, mormente a Revolução Industrial. E foi justamente a superação do liberalismo através do advento do Estado Social que permitiu o abandono da perspectiva acentuadamente individualista da noção de interesse público.

Com a evolução do Estado Democrático de Direito, os atos administrativos deixaram de ser imunes as balizas normativas para se sujeitarem a princípios, como o da legalidade, e, atualmente, para a juricidade administrativa. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e seus reflexos no Direito Administrativo brasileiro sugerem uma releitura tanto da atuação discricionária do administrador quanto dos parâmetros para o controle judicial da Administração Pública.

Uma vez ampliado o controle pelo Judiciário, restou reduzida a discricionariedade administrativa, visto que qualquer ato proferido pelo administrador, seja vinculado ou discricionário, deve observar os ditames da lei bem como os princípios constitucionais (princípio da legalidade em sentido amplo).

A possibilidade de controle judicial da discricionariedade administrativa é consolidada na doutrina, ainda que haja opiniões em contrário. Porém existem questionamentos sobre a definição dos limites a intervenção do Poder Judiciário na atividade administrativa, pela contraposição do princípio da separação dos poderes com o da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Por assim, se mostra a necessidade de um estudo mais aprofundado sobre as possibilidades de o Poder Judiciário analisar os atos discricionários não apenas sob o aspecto da legalidade, como também do direito, de modo a coibir a prática de atos administrativos contrários à lei ou aos princípios constitucionais e ao interesse público.

O objetivo geral da nossa pesquisa será estudar as possibilidades do controle judicial de atos administrativos discricionários.

Os objetivos específicos do nosso trabalho serão: delimitar o ato administrativo discricionário; averiguar as possibilidades de intervenção judiciária, inclusive no que tange ao mérito, na discricionariedade administrativa; e especificar como o interesse público tem servido como baliza para os julgados desse tipo de casuística.

A metodologia a ser utilizada na elaboração da pesquisa se dará pelo método dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica.

Tendo em vista o tema a ser tratado, este trabalho conta com o estudo não só da doutrina e da lei, como também de artigos e jurisprudência, analisa-se a posição do Superior Tribunal Federal a respeito do alcance, dos limites e das tendências no controle judicial da discricionariedade administrativa, em uma análise conclusiva das ideias aqui propostas.

1. ATOS ADMINISTRATIVOS

Posto que, primordialmente, o presente estudo pretende demonstrar como tem sido a atuação do Poder Judiciário no controle dos atos discricionários proferidos pelos agentes da Administração, torna-se imprescindível a compreensão do próprio ato administrativo.

1.1. CONCEITO

Considerando a divisão de funções entre os três Poderes do Estado, pode-se dizer, em sentido amplo que todo o ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração. Entre os atos da administração temos atos que não se caracterizam propriamente como atos administrativos, sendo eles:

- os atos de direito privado, como doação, permuta, compra e venda, locação;
- os atos materiais da Administração, que não contém manifestação de vontade, mas que envolvem apenas a execução, como a demolição de uma casa, a apreensão de mercadoria, a realização de um serviço;
- os chamados atos de conhecimento, opinião, juízo de valor, que também não expressam uma vontade e que, portanto, também, não podem produzir efeitos jurídicos;
- os atos políticos, que estão sujeitos a regime jurídico-constitucional;
- os contratos;
- os atos normativos da Administração, abrangendo decretos, portarias resoluções, regimentos de efeito gerais e abstratos;
- os atos administrativos propriamente ditos.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 105), “o conceito de ato administrativo deve atender ao exato perfil do instituto e se caracteriza através da manifestação de vontade de agente da administração pública ou dotado de prerrogativas desta”, isso por seu conteúdo propiciar a produção de efeitos jurídicos com fim público e por toda essa categoria de atos ser regida basicamente pelo direito público.

Nesta via, Di Pietro (2017, p. 214), define ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Aqui torna-se importante ressaltar que se o fato não produz qualquer efeito jurídico no direito administrativo, ele é chamado um fato da Administração. E, que o conceito de ato administrativo exclui os atos normativos do Poder Executivo e considera os seguintes dados:

- ele constitui declaração do estado ou de quem lhe faça às vezes;
- sujeita-se a regime jurídico administrativo;
- produz efeitos jurídicos imediatos;
- é sempre passível de controle judicial;
- sujeita-se à lei.

É o regime jurídico de direito público que rege basicamente os atos administrativos, qualificados como atos de Poder, e, como tais devem ser dotados de certas prerrogativas especiais. Cabendo ao direito privado o caráter subsidiário e sem contrariar o regramento fundamental específico para os atos públicos.

1.2. CARACTERÍSTICAS OU ATRIBUTOS

Como já foi dito, por emanarem de agentes dotados de parcela do poder público os atos administrativos precisam estar revestidos de certas características ou atributos que os tornem distintos dos atos privados em geral. As características que traduzem a singularidade do ato administrativo na opinião da maior parte dos autores são:

- Presunção de legitimidade - conformidade do ato com a lei, presumindo-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei;
- Presunção de veracidade - presumem-se verdadeiro os fatos alegados pela Administração;
- Interatividade ou coercibilidade - Os atos administrativos se impõem a terceiros independentemente de sua concordância, ou seja, são cogentes obrigando a todos quantos encontrem-se em seu círculos de incidência;

- Autoexecutoriedade - quando expressamente previsto em lei ou quando se trata de medida urgente o ato administrativo, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário, tem idoneidade de por si, criar direitos e obrigações, submetendo a todos que se situem em sua órbita de incidência;
- Tipicidade - só existe com relação aos atos unilaterais, decorre do princípio da legalidade que afasta a possibilidade de a Administração praticar atos inominados, o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados.

1.3. ELEMENTOS

Entendemos que os elementos do ato administrativo são: o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade.

Bem esclarece Carvalho Filho, que:

Tais elementos constituem os pressupostos necessários para a validade dos atos administrativos. Significa dizer que, praticado o ato sem a observância de qualquer desses pressupostos (e basta a inobservância de somente um deles), estará ele contaminado de vício de legalidade, fato que o deixará como regra, sujeito à anulação. (2017, p. 110)

Os sujeitos da manifestação de vontade dos atos administrativos são os agentes da Administração e os delegatários. Os agentes da Administração, são todos aqueles que integram a estrutura funcional dos órgãos administrativos dos entes federativos, em qualquer dos Poderes, bem como os que pertencem aos quadros de pessoas da Administração Indireta. Os agentes legatários, são aqueles que, embora não integrando a estrutura funcional da Administração Pública, receberam a incumbência de exercer por delegação função administrativa, por isso chamada, função delegada.

Não há presunção de competência administrativa, esta é definida por critérios em razão da matéria, da hierarquia, do lugar e do tempo. E sua fonte, de regra, se encontra na lei. Porém para órgãos e agentes de elevada hierarquia, ou de finalidades específicas, pode a fonte da competência situar-se no próprio texto constitucional. Como, por exemplo, a competência do Presidente da República e e dos Ministros de Estado, no Executivo, que se encontram nos arts. 84 a 87 da Constituição da República Federativa do Brasil (CF).

Objeto representa o fim imediato, ou seja, o resultado prático a ser alcançado pelo ato administrativo, pois este, só existe quando em decorrência dele nasce, extingue-se ou transforma-se um determinado direito.

No direito administrativo, o aspecto formal do ato é de muito maior relevância do que no direito privado, já que a obediência a forma e ao procedimento constitui garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração. Isso não significa que Administração esteja sujeita há formas rígidas e sacramentais, o que se exige, a rigor, é que seja adotada como regra a forma escrita para que tudo fique documentado e passível de verificação a todo momento.

Motivo é um pressuposto de fato – o dispositivo legal em que se baseia o ato, e de direito – conjunto de circunstâncias, de acontecimentos e de situações, que serve de fundamento ao ato administrativo.

Finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato. Para qualquer espécie de ato administrativo a finalidade será sempre o interesse público, assim ela é invariável, enquanto o objeto é variável.

1.4. DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO

A Administração Pública dispõe de poderes que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria realizar suas funções no organismo Estatal. Mas, no Estado Democrático de Direito, os poderes que exerce o administrador público são regradados pelo sistema jurídico vigente e não podem ultrapassar os limites que a lei traz à sua utilidade, sob pena de ilegalidade.

Quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato e fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva, trata-se de poder vinculado.

Quando a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a Administração poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito, segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade próprios da autoridade administrativa, já que não foram definidos pelo legislador, trata-se de poder discricionário.

A fonte da discricionariedade é a própria lei, só existe quando a lei expressamente a confere a Administração; quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação; e quando a lei prevê determinada competência mas não estabelece a conduta a ser adotada. O ato administrativo discricionário deverá sempre observar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, sob pena de se traduzir em arbitrariedade.

A discricionariedade pode ser concernente ao momento da prática do ato, se o legislador não teve condições de fixar um momento preciso para tal. Pode dizer respeito à uma escolha entre o agir e não agir. E pode ainda, referir-se aos elementos do ato administrativo: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

O ato é sempre vinculado com relação ao sujeito, ou seja, só pode praticá-lo aquele a quem a lei conferiu competência. A finalidade também é vinculada, pois para cada ato administrativo previsto na lei, há uma finalidade específica que não pode ser contrariada.

Os atos administrativos são em geral vinculados quanto à forma, porque a lei previamente a define, estabelecendo, por exemplo, que serão expressos por meio de decreto, de resolução, de portaria etc.

Considerando o motivo, este será vinculado quando a lei ao descrevê-lo, utilizar noções precisas, vocábulos unissignificativos, conceitos matemáticos, que não darão margem a qualquer apreciação subjetiva.

O motivo será discricionário quando a lei não o definir, deixando-o ao inteiro critério da administração, e quando a lei utilizar, noções vagas, vocábulos plurissignificativos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa.

Com relação ao objeto ou conteúdo, quando a lei estabelecer apenas um objeto como possível para atingir determinado fim, o ato administrativo será vinculado. Quando houver vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim, sendo todos eles válidos perante o direito, o ato administrativo será discricionário.

O ato administrativo vinculado é analisado apenas sobre o aspecto da legalidade enquanto ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade

e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito a oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir.

A chamada subjetividade ou autonomia pública do administrador possui diferentes modalidades de margem de liberdade dos órgãos e entes administrativos, os quais, por conseguinte, possuem elementos que a integram, sendo os mais estudados a liberdade conformadora do legislativo e do governo, a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados.

2. O CONTROLE JUDICIAL

Não é difícil de perceber que não só atualmente, mas ao longo da história, o Poder Judiciário tem sido muito aplaudido e bastante criticado por suas tomadas de decisões, especialmente quando estas envolvem questões de cunho político, de implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controversos na sociedade.

A judicialização, portanto, significa que algumas questões de grande repercussão política ou social estão sendo resolvidas pelo Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, como Congresso Nacional e Poder Executivo. Assim, a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.

Importante destacar que na judicialização, o Poder Judiciário é devidamente provocado a se manifestar e o faz nos limites dos pedidos formulados. O tribunal não tem a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento.

A judicialização não decorreu de uma opção ideológica ou filosófica do Judiciário, pois esse decide em cumprimento, de modo estrito, ao ordenamento jurídico vigente.

Neste sentido, o controle jurisdicional da discricionariedade do ato administrativo, apesar de excepcional e respeitando-se os atos eminentemente políticos, poderá ser realizado com a finalidade de se evitarem arbitrariedade e abuso do Poder Público, buscando, sempre, a efetividade dos princípios e preceitos

constitucionais da Administração Pública, uma vez que a atividade estatal produz de modo direto ou indireto consequências jurídicas que instituem, reciprocamente, direito ou prerrogativas, deveres ou obrigações para a população, traduzindo uma relação jurídica entre a Administração e os administrados.

Não caberão, porém, ao Poder Judiciário o planejamento e a execução das políticas públicas, nem tampouco a edição dos consequentes atos administrativos discricionários de implantação dessas medidas, mas, sim, o controle jurisdicional de eventuais abusos praticados pelo administrador público que ignore o princípio constitucional da legalidade e da eficiência.

2.1. CONTROLE JUDICIAL NOS DIFERENTES PARADIGMAS DE ESTADO

Em uma análise das clássicas obras de Kant, Hegel, Marx, Locke e Rosseau, percebemos que o desenvolvimento do Estado de Direito se deu em três fases: como Estado Liberal de direito, contra o paradigma do Estado Absolutista do Antigo Regime; o Estado Social de Direito, em desfavor do individualismo e o abstencionismo do Estado anterior; Estado Democrático de Direito, em face da conjuntura sócio política do regime anterior: resquícios individualistas, neocapitalismo opressor, sistema estabelecido privilegiado.

O período do liberalismo nasceu no contexto da Revolução Francesa e da Revolução Norte-Americana no século XVIII. Essa época representou a vitória da proposta econômica liberal da burguesia, resultando na redução do papel do Estado e na valorização do indivíduo.

Para a teoria liberal, os direitos fundamentais são direitos de liberdade do indivíduo frente ao Estado. A liberdade é vista como pré-estatal e a competência para o Estado tratar da liberdade é limitada por princípio. Desta forma, a própria presença do Estado se justifica como instância importante de garantia da liberdade individual, sendo irrelevante o uso que o particular faça dessa liberdade, vigendo neste aspecto, a mais ampla autonomia da vontade.

Nessa fase, deu-se a concepção de separação dos Poderes desenvolvida por Montesquieu, como pressuposto para de validade para o Estado Democrático. Com a clara divisão nas competências de cada um deles, e uma interdependência que garanta uma gestão compartilhada e homogênea.

Uma vez que as funções estatais agora não mais estariam no poder absoluto e concentrado, tal como fora no Estado de Polícia. Contudo é imperioso ressaltar que o Poder Legislativo, neste período da história, era dotado de supremacia colocando os outros dois Poderes sobre a égide da lei. Isso porque, apenas o legislador podia editar leis, sendo-lhe vedado delegar esse poder.

As constituições liberais declaravam os direitos individuais, vez que estes regulam e protegem as condutas contra o Estado, o que revela, a seu turno, que o limite do direito de um sujeito é o direito do outro. A classe burguesa passou a deter um poder político fundamentado em leis constitucionais que representaria uma soberania popular em detrimento da grandeza dada ao Estado no período anterior.

Neste contexto, se consagrou o princípio da legalidade, vez que ninguém poderia ter sua liberdade restrita senão em virtude de lei. Como consequência, a Administração Pública se vinculava a legalidade em sentido estrito, podendo fazer tudo que a lei não lhe proíba, o que restou conhecido como vinculação negativa da Administração. Desse modo naqueles pontos não regulados pela lei poderia o poder público atuar conforme sua discricionariedade, a qual era considerada um campo insusceptível de controle judicial.

O Poder Judiciário, por sua vez se limitava a dirimir conflitos entre particulares, ou entre estes e a Administração, adequando o caso concreto a vinculação ao sentido literal da lei.

Com as mudanças ocorridas no período após a Primeira Guerra Mundial, surge uma nova concepção de Estado de Direito, vez que se tornou necessário incluir no mundo jurídico os direitos sociais como meio de superar o individualismo exacerbado do período anterior. O Estado passou a intervir nas atividades econômicas e sociais, mas ainda assim, respeitando os direitos fundamentais do homem, a separação dos Poderes, bem como o poder político pertencente ao povo.

Esse período no Brasil se iniciou com a Constituição de 1934, a qual ampliou e fortaleceu o poder do Estado para abranger as áreas econômicas e sociais.

Nesta fase, o Poder Executivo ganha destaque, pois passa a ter autorização para intervir em maiores atividades e conquista competência para editar normas dotadas com força de lei, dentre elas, medidas provisórias, regulamentos autônomos e decretos.

Por conseguinte, a Administração passou a se vincular ao que a lei lhe permite, o que deu ensejo à ideia da vinculação positiva da Administração, de modo que toda a atuação administrativa passou a desenvolver-se dentro de um círculo definido pela lei.

No entanto, esse modelo era considerado insuficiente à promoção da democracia econômica e social, o que levou ao desenvolvimento de um novo modelo, o Estado Democrático de Direito, fundado na participação popular consagrada pelo texto constitucional, o qual estabelece as normas e princípios que devem ser seguidos pelos representantes no Poder.

A Constituição de 1988, optou por princípios próprios do Estado Democrático de Direito, tendo uma maior preocupação com os princípios expressos e implícitos no texto constitucional, já que eles consagram valores sociais como liberdade, moralidade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar etc.

O Estado Democrático de Direito foi caracterizado pelo processo de constitucionalização do direito administrativo, eis que a lei deixa de ser o fundamento único do último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juricidade instituído pela Constituição.

Assim afirma Gustavo BINENBOJM;

Pela adoção dos sistemas de direitos fundamentais e de democracia, tal como instituídos na Constituição, como vetores axiológicos - traduzidos em parâmetros jurídicos - a pautar a atuação da Administração Pública. Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e para além da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público e (III) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício da discricionariedade administrativa, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo. (2008, p. 125)

No Estado Democrático de Direito, não há uma completa separação dos Poderes, e sim uma relação de interdependência e harmonia entre eles. Isso porque cada poder tem sua função dominante e não exclusiva, visto que poderá desempenhar, excepcionalmente, uma função material do outro. Todavia, nesse contexto, a relação entre os poderes foi redefinida, vez que a efetivação do direito se deslocou do centro das decisões dos Poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do Poder Judiciário.

Desta feita, nenhum Poder é superior aos demais no âmbito das suas competências, cada poder é inviolável, mas a CF contempla mecanismos de atuação conjugada dos diversos poderes, inclusive, de modo a permitir que os atos praticados por um deles possam ser revistos por outro.

A via judiciária passou a fazer parte da arena política como meio de promover a guarda da vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais e nos princípios. Assim pode ser vista como instrumento de resgate aos direitos não realizados, bem como para o desenvolvimento de políticas públicas, de forma a expressar a vontade do direito positivo e dos princípios constitucionais.

Com a finalidade de efetivar os direitos constitucionais e aplicar os princípios do direito visando reprimir eventuais abusos de poder, arbitrariedade, corrupção, omissões e injustiças cometidas pela Administração, observando-se as peculiaridades do caso concreto, as Cortes recebem o papel de proteger a Constituição como um todo, confiando assim, ao Poder Judiciário a efetivação da vida democrática e a manutenção da tranquilidade social.

Entretantes, a ampliação do controle judicial na esfera da Administração Pública, passou a ser questionado em especial no que tange a discricionariedade: pode o Judiciário analisar o mérito dos atos administrativos discricionários?

O direito brasileiro incorporou o conceito de mérito, desenvolvido principalmente por autores italianos, como limite a apreciação judicial dos atos administrativos.

Seabra Fagundes afasta a possibilidade do exame de mérito pelo Judiciário, afirmando em seu trabalho sobre o conceito de mérito administrativo, que:

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das boas normas de administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo. (1951, p. 2)

Assim prevaleceu durante décadas o entendimento de que o mérito, correspondendo aos aspectos discricionários do ato, ficaria excluído da apreciação judicial, chegando-se a afirmar que o exame de mérito pelo Poder judiciário caracterizaria infringência ao princípio da separação dos Poderes.

Tais ideias foram paulatinamente evoluindo como consequência da já referida ampliação do sentido do princípio da legalidade e com o emprego, nas normas legais, de termos com sentido indeterminado, cuja aplicação estudaremos na próxima sessão deste ensaio.

Seguimos a ideia de Alexandre de Moraes, que sustenta:

A revisão judicial da atuação administrativa deverá, igualmente, verificar a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão discricionária com os fatos. Se ausente a coerência, a decisão estará viciada por infringência ao ordenamento jurídico e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos, que impede o extravasamento dos limites razoáveis a discricionariedade, e evita que esta se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias, pois o exame da legalidade e moralidade, além do aspecto formal, compreende também a análise dos fatos levados em conta pelo executivo. (2006, p. 119).

E assim, defendemos a amplitude à possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos, inclusive no alcance do mérito.

2.2. O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Importante, inicialmente, situarmos a atuação do Poder Judiciário em relação ao controle dos atos administrativos vinculados e discricionários. Em relação aos atos administrativos vinculados, em face de a lei determinar todos os seus elementos, o controle jurisdicional é pleno, pois inexistente vontade subjetiva da Administração na sua edição.

Em relação, porém, aos atos administrativos discricionários torna-se importante a definição dos contornos e amplitude do controle jurisdicional, uma vez que é a própria lei que, explícita ou implicitamente, concede maior liberdade à Administração, permitindo-lhe a escolha sob conveniência e oportunidade para a edição do ato.

Tendo o legislador, deixado espaço para a livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a opção da autoridade competente diante de cada caso concreto, com base em razões de oportunidade e conveniência, não pode o Judiciário, por seus próprios critérios, invadir esse espaço reservado pela lei ao administrador. Todavia, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e

verificar se a administração não ultrapassou os limites da discricionariedade, impedindo assim arbitrariedades.

O Estado Democrático de Direito exige a vinculação das autoridades a lei, portanto, o administrador, ao editar um ato discricionário, deve respeito aos seus elementos de competência, forma e finalidade, bem como à veracidade dos pressupostos fáticos para a sua edição (motivo).

A revisão judicial da atuação administrativa deverá, igualmente, verificar a realidade dos fatos e a coerência lógica da decisão discricionária com os mesmos. Se ausente a coerência, a decisão estará viciada por infringência ao ordenamento jurídico, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que está se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias.

Para melhor entendimento do proposto neste trabalho, faremos uma breve análise das principais teorias que foram construídas para justificar a extensão do controle judicial sobre aspectos antes considerados como abrangidos pelo conceito de mérito.

2.2.1 A Teoria do Desvio de Poder

A teoria do desvio de poder, elaborada pelo Conselho de Estado francês, permite o reconhecimento da invalidade de ato administrativo praticado com finalidade diversa da proposta pelo legislador. Assim, quando a autoridade atua na consecução de fins de interesse geral que estão fora de sua competência, ou quando atua na busca de outros fins que não os pretendidos pelo legislador, os atos emanados por ela são eivados de desvio em sua finalidade.

A incompatibilidade entre a conduta do agente e a essência da lei fazem do ato administrativo nulo, como explica José Cretella Júnior:

A nulidade do ato administrativo, quando se verifica o desvio de poder, é consequência do conflito irreconciliável entre a conduta do agente e a essência da norma legal. Não porque seja imoral ou inconveniente deixar a manifestação da autoridade de revestir-se de eficácia jurídica, mas porque infringe a lei, na letra ou no espírito. (1997, p.49)

Em outras palavras, trata-se do uso indevido das atribuições discricionárias conferidas à autoridade administrativa, para atingir finalidade diversa da que a lei preceitua.

2.2.2 A Interpretação dos Conceitos Jurídicos Indeterminados

Os termos com sentido indeterminado (como urgência, interesse público, moralidade, utilidade pública, perigo iminente, notório saber e tantos outros), que inicialmente era entendido como outorga de discricionariedade à Administração Pública, passou a ser vistos como conceitos jurídicos passíveis de interpretação e, portanto, abertos a apreciação pelo Poder Judiciário.

A expressão *conceitos jurídicos indeterminados* é adotada para “designar vocábulos ou expressões que não têm sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontradas com grande frequência nas regras jurídicas dos vários ramos do direito” (DI PIETRO, 2012). Trata-se de conceitos dotados de imprecisão e de fluidez de significado que, para o Direito Administrativo, adquirem relevância tendo em vista sua relação com a discricionariedade administrativa.

Fernando Sainz Moreno (*apud* RIBEIRO, 2010, p. 106), resume que:

A vaguidade ou indeterminação dos conceitos utilizados na linguagem cotidiana não é um defeito que se deva corrigir, mas é uma nota característica que desempenha funções positivas. Na indeterminação, a aplicação do conceito a seu objetivo move-se entre dois limites: um, de certeza positiva, marca a ideia nuclear do conceito; outro, de certeza negativa. Entre ambos os limites existe uma zona de dúvida (halo de conceito).

Apesar da divergência quanto à apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, a doutrina nacional majoritária tende a admitir a possibilidade de ser conferida discricionariedade administrativa quando a lei adotar conceitos de valor, de modo a atribuir à administração pública, no caso concreto, uma margem de apreciação.

2.2.3 A Teoria dos Motivos Determinantes e a Necessidade de Motivação dos Atos Administrativos

Como dito anteriormente, o motivo constitui um dos elementos do ato administrativo, concretizando o pressuposto de direito e de fato que serve de

fundamento ao ato administrativo. No que diz respeito ao seu controle pelo Poder Judiciário, destaca-se a teoria dos motivos determinantes.

Segundo Odete Medauar:

De acordo com essa teoria, os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente. Isso significa, na prática, que a inexistência dos fatos, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar. (2012, p. 168)

Assim, mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados.

2.2.4 O Controle a Partir dos Princípios

Os princípios configuram no direito brasileiro contemporâneo, o mais importante parâmetro de controle da discricionariedade administrativa. São utilizados quando da análise do desvio de finalidade, na teoria dos motivos determinantes do ato administrativo e até mesmo na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.

A concretização de novos paradigmas, com a CF figurando no centro do ordenamento jurídico e com a emergência do fenômeno da constitucionalização do direito, resulta numa releitura do Direito Administrativo pela ótica constitucional. De tal modo, a positivação de princípios e valores no texto constitucional assume um importante papel limitador da atuação da administração pública, tendo em vista a ampliação do balizamento da atividade pública pela juridicidade administrativa.

Considerando que a discricionariedade é a liberdade de atuação limitada pelo Direito, a margem de livre apreciação do administrador é reduzida quando confrontada com a observância dos princípios administrativos e gerais do Direito. Dessa forma, a observância obrigatória das fontes principiológicas pelo administrador impede o abuso do poder discricionário, limita sua atuação e amplia a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário. Ou seja, já não basta ao administrador aplicar a lei, é preciso que o faça publicamente, impessoalmente, eficientemente, moralmente.

Assim, concluímos que a discricionariedade passou a ser vinculada não apenas a lei em sentido estrito, tal como era no positivismo jurídico, como também ao direito, que abrange os princípios que embasam o sistema jurídico vigente.

Passaremos, na próxima sessão, ao estudo detalhado do Princípio da Supremacia do Interesse Público e como este vem sendo usado como baliza para o controle judicial dos atos administrativos discricionários.

3. PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO

3.1. O CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A expressão *interesse público* cumpre cotidianamente a função de motivar e legitimar a atuação política em diversas formas. Entretanto, a despeito do caráter nuclear e irradiador que o conceito de interesse público ocupa no ordenamento jurídico, seu conteúdo é de difícil definição a princípio.

O entendimento dos atributos do conceito de interesse público é essencial para delimitar as características e os limites da sua própria existência no ordenamento jurídico. Existe consenso na doutrina jurídica nacional e estrangeira em admitir a figura de conceitos jurídicos indeterminados, contrariando a opinião de Eros Roberto Grau (2005, p. 196) de que todo conceito é determinável, ou não é conceito, pois “o mínimo que se exige de uma suma de ideias, abstrata, para que seja um conceito, é que seja determinada”.

Segundo Eros, quando o conceito for indeterminado – ou tipológico, como ele nomeia – deve-se buscar na realidade, inclusive considerando as concepções políticas predominantes naquela realidade, a forma de aclarar o conteúdo jurídico do conceito.

Temos, pois, dois aspectos importantes atinentes aos conceitos jurídicos indeterminados são: sua ideia mutável, intimamente ligada com os valores sociais de cada época, consagrados em cada ordenamento jurídico e o fato de poder ser interpretado com esses valores.

Não se pode tomar a indeterminação de um conceito como algo problemático ou negativo, pois tal característica possibilita a sua melhor adequação e aplicação ao caso concreto, entender a natureza do conceito é capaz de proporcionar a

compreensão correta dele, o que é inexorável tanto ao administrador quanto ao julgador, quando se deparar com o controle do mesmo interesse, realizar aplicação adequada ao ordenamento.

No entanto, na maioria das vezes o interesse público será mandamento genérico, aberto, mais afeito aquilo que se viu enquanto noção de conceito jurídico indeterminado, devendo ser interpretado consoante os diversos interesses protegidos pelo ordenamento.

O interesse público possui uma estrutura dúplice: ora se dará em sentido amplo, genérico, considerado como todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico, ora em sentido estrito, especial, que se estiver presente autoriza a Administração pública a agir.

Em seu sentido amplo, o interesse público viria a ser a própria finalidade do Estado, e passa a ser reconhecido enquanto interesse público a partir do momento em que o Poder Legislativo faz que ele seja recepcionado pela ordem normativa. E em sentido estrito deve sempre indispensavelmente ser observado, mas não por todos os atos administrativos - será necessário apenas para uma determinada categoria de atos, no entanto, para estes operará enquanto condição positiva de validade, pois sua não configuração impede desde logo a prática da atividade.

A concepção contemporânea de interesse público no direito administrativo brasileiro é descrita de forma lapidar por Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 86), onde ele nos traz a ideia de vontade geral, do respeito ao interesse particular de cada indivíduo singularmente considerado, no seguinte trecho; “o interesse público deve ser considerado como interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade pelo simples fato de o serem”. E a ideia de que o interesse público leva em conta o bem estar de cada um sob a ótica da sua participação na sociedade, ao afirmar que; “o interesse público, o interesse todo, do conjunto social, nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, do interesse de cada partícipe da sociedade”.

O artigo 3º da CF fornece a finalidade do Estado brasileiro e, assim, aponta para objetivos que constituem o interesse público e justificam a supremacia do mesmo sobre o interesse privado. Todavia, em uma averiguação lógica, decorre que o conteúdo do conceito jurídico de interesse público possui natureza ética ligada aos

valores estruturantes da ordem constitucional brasileira, prevalentemente no que atine à dignidade do ser humano.

Tiago Lima Breus (2007, p. 126), postula que “a identificação do interesse público não se basta em elementos de critérios técnicos, mas também em juízos axiológicos porquanto possui uma índole ética”.

Juridicamente o interesse público aponta sempre para um retorno ao texto constitucional de 1988 em sua completude, ultrapassando em muito a garantia dos direitos fundamentais. Sua essência consistiria na garantia da dignidade apenas como ponto de partida geral.

É possível averiguar que o conteúdo jurídico do interesse público não é definido por critérios de exclusão, subsidiariedade ou de residualidade. Independentemente de a capacidade dos indivíduos perseguirem ou não dado interesse, ele será público se estiver em consonância com a ética constitucional e com os princípios que regem um Estado Social e Democrático de Direito e que norteiam a Administração Pública.

3.2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Como a Administração Pública e o Direito gravitam em torno do conceito de interesse público, passou a ser necessário examinar como este conceito variou historicamente sob os influxos das grandes mudanças jus políticas.

O *ancien régime*, com restritas exceções, confundia o interesse do rei com o interesse público: o poder de império não se cindia, não se podendo falar de um conceito dogmaticamente autônomo de interesse público. Com a Revolução Francesa e depois, com o desenvolvimento do positivismo jurídico, o conceito ganhou autonomia, contendo-se nas definições legislativas ordinárias que o definissem, uma vez que, sob a concepção então vigente, não se reconheceria eficácia imediata às definições constitucionais.

Carlos Vinícius Alves Ribeiro (2010, p. 114) cita as palavras elucidativas de Emerson Gabardo, leia-se:

O interesse público desenvolveu-se com a Revolução Francesa no sentido de opor-se aos interesses personalistas, devendo prevalecer a vontade geral, aos poucos foi substancialmente alterada, tendo em vista o abandono da vontade geral jacobina, rumo a uma objetivação de valores democráticos como a dignidade. No final do século XX, muito pouco há na teoria de Direito

Administrativo da sua origem revolucionária, como uma decorrência natural das modificações na estrutura mental da sociedade. [...] Ao contrário do que previu Junger Habermas, é a esfera pública que está sendo “colonizada” pela privada, pois a definição corrente em geral promovida pela mídia e aceita por quase todos os setores da sociedade coincide, no máximo, com um dever de encenar dramas públicos e o direito do público de assistir a encenação. A recusa pós-moderna a todo tipo de abstração, o individualismo hedonista e a prevalência dos critérios econômicos e psicologizantes (sentimentais) nas decisões da vida quotidiana fizeram com que perdesse sentido um interesse que ultrapassasse a situação concreta de cada um rumo a um dever ser coletivo aprimorado.”

Assim, como prevalecia, no Estado de Direito, o caráter meramente programático dos cometimentos constitucionais administrativos ao Estado, restava exclusivamente ao legislador ordinário a tarefa de torná-los eficazes a partir da especificação que como e quando lhe parecesse conveniente e oportuno fazer em lei.

Com a evolução do constitucionalismo pós-positivista, ao afirmar, como já se aludiu, a regra da eficácia geral dos comandos constitucionais, notadamente daqueles relativos aos direitos e liberdades e às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, deslocou-se para a sede constitucional a dicção fundamental do interesse público, remanescendo ao legislador ordinário dos três níveis federativos, conforme sua respectiva competência, a tarefa de especificá-los.

Desse modo, apenas excepcionalmente algum interesse público que haja sido consignado genericamente na Constituição carecerá de eficácia imediata, demandando, então, para caracterizar essa excepcionalidade, o emprego da cláusula de reserva legal de eficácia, devolvendo-se à normatividade infraconstitucional a regulação da matéria.

À luz dessas observações, não cabe ao legislador restringir o elenco de interesses públicos que devam ser atendidos pela Administração Pública como, tampouco, pode o administrador omitir-se no atendimento possível daqueles cometimentos.

Atente-se, todavia, que por atendimento possível há de se entender o que se conforme à realidade e o que obedeça a prioridades expressas ou implicitamente consignadas na própria CF. Para ilustrar com um exemplo, o direito fundamental à saúde (art. 6º) é alçado a interesse público relevante, como tal expressamente garantido na mesma Carta, de modo a que venha a ser atendido em caráter universal e igualitário (arts. 196 e 197), impondo-se tais comandos supraordinados tanto ao legislador quanto ao administrador, de sorte que nenhum deles poderá eximir-se de efetivá-los em concreto (art. 198).

Da mesma forma, para acrescentar-se ainda mais o exemplo da hierarquização de interesses públicos, assim constitucionalizada com o objeto de não se permitir ao legislador ou ao administrador substituir, minimizar ou procrastinar seu atendimento administrativo, tome-se a educação. que é também um direito fundamental (art. 6º, CF) e que será atendido por ações devidas pelo Estado (o "dever do Estado", referido no art. 196). Esse dever do Estado, ou seja, esse dever de atender a interesse público qualificado e hierarquizado a seu cargo, deverá ser efetivado mediante um elenco de garantias irredutíveis e supraordinadas (art. 208).

Um outro aspecto merece atenção, trata-se do impacto dos direitos fundamentais e da participação sobre o conceito tradicional de relação de supremacia. Desde logo, a supremacia não seria do Estado, uma vez que a prelácia de um instrumento não poderia sacrificar a substância de um direito fundamental.

Tampouco seria uma supremacia, por definição, do interesse público sobre quaisquer outros, pois os direitos fundamentais, por serem conaturais ao homem e às suas intangíveis personalidade e dignidade, precedem a quaisquer outros, só admitindo aplicação ponderada: a que maximize o atendimento de todos os interesses em conflito.

Di Pietro destaca que a supremacia do interesse público não pode ser confundida com a supremacia do interesse do Estado ou da maioria, mas deve ser identificada com os interesses de uma sociedade fraterna e pluralista, pois o interesse público:

Não nasceu como um interesse público único. Ele nasceu para proteger os vários interesses das várias camadas sociais. Ele não afetou os interesses individuais. Pelo contrário, paralelamente a esse princípio nasceram os direitos sociais e econômicos.

Por isso, o direito administrativo caracteriza-se pelo binômio autoridade/liberdade. A Administração Pública tem que ter prerrogativas que lhe garantam a autoridade necessária para a consecução do interesse público. Ao mesmo tempo, o cidadão tem que ter garantias de observância de seus direitos fundamentais contra abusos de poder.

Esse binômio – autoridade e liberdade – está presente em todos os institutos do direito administrativo. Na evolução desse ramo do Direito pode o pêndulo do relógio pender mais para um lado que para o outro. O ideal é que haja um equilíbrio entre ambos. (2010, p. 99-100).

A passagem de uma viciosa relação de supremacia a uma virtuosa relação de ponderação marca, assim, o atual estágio evolutivo dessa interação, cada vez mais intensa, entre sociedade e Estado e põe em evidência a missão instrumental que lhe cabe, tudo para que jamais e a qualquer pretexto se volte a invocar supremacias

téticas ou razões de Estado, para sobrepor quaisquer interesses aos direitos fundamentais.

3.3. A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COMO PRINCÍPIO

Sabe-se que as sociedades foram formadas ante a necessidade de facilitação da vida dos indivíduos quanto a obtenção de alimentos e moradia, bem como de fortalecimento contra ataques de outros indivíduos ou de animais. Portanto, a segurança e o bem estar de cada um sempre foram objetivos da vida em sociedade. Dessa convivência social, então, revelou-se evidente e necessária a imposição de limitações aos interesses individuais em benefício de toda a coletividade reunida. O interesse público já nasce, assim, com prevalência sobre o interesse privado.

O interesse público, como já mencionado, não se confunde com interesse de Estado, nem com o interesse do aparato administrativo, nem ainda, com o interesse do agente público e de parcela da sociedade que conte com o apoio deste. O interesse público não pode servir como manto para os desmandos e arbitrariedades administrativas.

A exteriorização da atuação do Estado, dado ao seu caráter autoritário, manifesta-se em um plano de superioridade tanto com relação a seus próprios órgãos, quanto a outras entidades políticas e aos particulares, conferindo e assegurando direito a todos e ao mesmo tempo impondo-lhes obrigações.

A doutrina e a jurisprudência brasileira, em sua grande maioria, sustentam a existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, implícito no texto constitucional. Os juristas em geral enfrentam a temática com grande naturalidade e, de fato, prevalece o panorama de um pensamento pacificado, para o qual a existência do princípio em comento não ensejaria qualquer contestação.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2004), “as prerrogativas que exprimem a supremacia do interesse público não são manejáveis ao sabor da Administração, que detém tão somente poderes instrumentais, isto é, poderes que são conferidos para propiciar o cumprimento do dever a que estão unguídos”.

Porém existem ideias opostas, como por exemplo, a que deixa a supremacia e adota a proporcionalidade:

A inconsistência teórica do dito princípio da supremacia do interesse público sobre o particular com uma sistemática constitucional cidadã, comprometida com a proteção e promoção dos direitos individuais de maneira ponderada e compatível com a realização das necessidades e aspirações da coletividade como um todo. Para o alcance de tal desiderato, o direito administrativo não tem mais como ser explicado a partir de um postulado de supremacia, mas de proporcionalidade. (BINENBOJM, 2005, p. 112)

O fundamento da supremacia do interesse público é encontrado na Teoria Geral do Estado, de Dalmo de Abreu Dallari, com a mesma noção presente na obra *Leviatã* de Hobbes, e nas teorias contratualistas em geral, segundo a qual, na formação do Estado, as pessoas abdicam de sua liberdade irrestrita ou da ausência de condicionamento de parcela de seus interesses individuais em busca da existência de uma instância apta a defender interesses coletivos, para o bem estar comum, que não deixa de viabilizar também os interesses particulares em geral.

O interesse público ultrapassa as fronteiras dos interesses individuais e representa uma demanda de satisfação por parte das comunidades. Ainda que nem sempre sejam personalizados, os grupos sociais têm anseios próprios e interesses específicos a serem satisfeitos. Quando o Estado administra tais interesses, deve ter em mira os grupos e os benefícios que reclamam.

No Brasil, é certo, não há norma específica consagrando o interesse público como princípio geral da Administração Pública na CF, mas tal princípio ostenta *status* constitucional, na medida em que consagra uma finalidade indisponível e imperativa da Administração Pública e, por conseguinte, de seus agentes, revelando-se imanente ao sistema. A prevalência do interesse público sobre o privado é uma norma constitucional direcionada, em primeiro e básico momento, especificamente ao controle dos atos administrativos.

Se o interesse público tem que preponderar sobre o interesse privado quando estiverem em rota de coalisão, seria um caos na organização social se as demandas gerais não suplantassem as individuais. Não podendo o Estado alvejar fins despóticos, pois tem o dever de proteger e garantir os indivíduos no que concerne ao interesse público.

Temos, assim, que a supremacia do interesse público sobre o privado não traduz possibilidade de arbítrio aos agentes públicos e tampouco significa que a Administração Pública possa atuar com a mesma liberdade conferida aos particulares, antes pelo contrário, traduz limitações ainda mais rígidas à atividade administrativa. A superioridade do interesse público sobre o privado é, portanto, uma norma

constitucional imanente, podendo servir de parâmetro, no contexto do conjunto de princípios e regras constitucionais, para o juízo de constitucionalidade das leis de Direito Administrativo e, inclusive, de leis de outros ramos jurídicos.

Como permeia a finalidade dos atos administrativos como um de seus elementos, o interesse público acaba sendo ponto de referência para o controle de legalidade quando a Administração se desvia do objeto a que se dirige o ato. O controle da finalidade das condutas administrativas representa o próprio controle do interesse público, quando falamos em controle de finalidade, consideramos que o desvio de conduta não se consuma apenas quando a Administração se envolve com fins privados, ocorre da mesma forma quando o fim, aparentemente de interesse público, é diverso do que a lei indicou e ainda mais, deixa de observar dados específicos da casuística.

Neste ano de 2020, com a disseminação do novo corona vírus (Covid19), o tema interesse público esteve presente nos debates sobre as medidas sanitárias e as políticas públicas a serem tomadas e elaboradas durante o enfrentamento da pandemia.

Este debate também ocorreu no STF, e serve como exemplo de todo o exposto no presente trabalho e de que sim, a supremacia do interesse público está presente como princípio no ordenamento jurídico e na jurisprudência brasileira.

Trata-se do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 672, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 01/04/2020, com pedido de liminar, contra o que classificou como “ações e omissões” da administração pública federal, especialmente da Presidência da República e do Ministério da Economia, na condução de políticas públicas emergenciais nas áreas da saúde e da economia em face da crise ocasionada pela pandemia do novo corona vírus.

Entre outros pontos, a entidade pediu para que o presidente da República atenda às orientações técnicas e sanitárias das autoridades nacionais do Ministério da Saúde (MS) e internacionais da Organização Mundial da Saúde (OMS) e se abstenha de decretar o fim do isolamento social enquanto durarem os efeitos da pandemia, bem como determine o pagamento imediato de benefícios emergenciais para desempregados, trabalhadores autônomos e informais aprovados pelo Congresso Nacional.

De acordo com a ação, as “condutas reiteradamente adotadas” pelo presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, estão inviabilizando a adoção de uma política pública consistente para o combate à epidemia, violando preceitos fundamentais como o direito à saúde, a vida com dignidade e o princípio federativo. A OAB pede, por fim, que seja determinado ao presidente que respeite as determinações dos governadores e prefeitos quanto ao funcionamento das atividades econômicas e as regras de aglomeração.

Isso porque, Jair Messias Bolsonaro insistia em decretar o fim do distanciamento social, e contrariar a competência comum, concorrente e suplementar entre União, Estados/Distrito Federal e Municípios consagrada pela CRFB/88.

A Constituição Federal (artigo 23, II e IX) consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e municípios em relação à saúde e assistência pública, inclusive quanto à organização do abastecimento alimentar. O texto constitucional (artigo 24, XII) também prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde, permitindo, ainda, aos municípios possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual, desde que haja interesse local (artigo 30, II).

Nessa perspectiva, não pode o Poder Executivo federal afastar as decisões de governos estaduais que, conforme suas competências constitucionais, determinem em seus respectivos territórios a implementação de isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais, entre outros mecanismos.

Dessa maneira, o relator Alexandre de Moraes, entendeu que não compete ao Poder Executivo Federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais e no âmbito de seus territórios, adotaram ou venham a adotar importantes medidas restritivas que são reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da Organização Mundial de Saúde (OMS) e vários estudos técnicos científicos. Tendo deferido parcialmente a liminar:

Em 8 de abril de 2020: CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para

DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. Obviamente, a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente. (STF. ADPF-672. N°: 008930690.2020.1.00.0000. Relator MIN. Alexandre de Moraes)

Em sua decisão o ministro, afirmou que a gravidade da emergência causada pela pandemia do novo corona vírus exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta a saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do SUS.

Segundo ele, nesses momentos de crise o fortalecimento da união e a cooperação entre os Três Poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público.

Concluiu ainda, que:

Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais, porém é seu dever constitucional exercer o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas. (MIN. ALEXANDRE DE MORAES).

Em 13 de outubro, o plenário do Supremo confirmou a decisão do relator.

Não foi a única derrota do Governo Bolsonaro no Supremo numa questão relacionada à pandemia. No final de março, por exemplo, o ministro Luís Roberto Barroso proibiu o governo de divulgar a campanha “O Brasil não pode parar”. A campanha pregava contra o isolamento social, contrariando as recomendações de epidemiologistas do mundo todo e da OMS.

Todos esses apontamentos são aqui invocados para consolidar o princípio da supremacia do interesse público, que diante de todas as mudanças jus políticas, também sofreu mudanças para que sua aplicação se adequasse as novas realidades sociais. Porém a aplicabilidade desse princípio não significa total desprezo ao interesse privado, já que a Administração Pública deve obediência ao direito adquirido, a coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, como prescreve a Carta Magna em seu art. 5º, XXXVI.

CONCLUSÃO

Com este trabalho fica evidente que o Direito Administrativo reclama uma releitura dos seus institutos à luz dos postulados democráticos vigentes nas Constituições atuais, permeadas pelas exigências do modelo social do Estado de Direito, fato este que não deixaria de ocorrer, também, no direito administrativo brasileiro.

A limitação do subjetivismo dos administradores vem se consolidando com o próprio desenvolvimento da noção moderna de discricionariedade, pela qual, diversamente dos antigos parâmetros de liberdade desses agentes, se permite investigar minuciosamente os motivos e as finalidades dos atos administrativos.

A prevalência do interesse geral da sociedade sobre os interesses individuais impede que sejam preteridos princípios basilares da Administração Pública, consagrados pela Constituição Brasileira de 1988, em especial o da legalidade, que sujeita toda a atividade funcional aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e que, uma vez violado, sujeita o ato praticado à análise do Poder Judiciário.

Esse controle jurisdicional deverá pautar-se pelo princípio da razoabilidade, que pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades, inclusive as discricionárias, e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes.

De qualquer modo, não poderia ser mais apropriado, o debate em tomo ao papel e à funcionalidade do interesse público no Direito Administrativo brasileiro, na medida em que a terminologia empregada (princípio da superioridade do interesse público), a indeterminação do termo (interesse público), a importância e a atualidade do tema, recomendam, sem dúvida, o aprofundamento do estudo.

Em suma, cotejando-se os ensinamentos da ciência do direito com os comandos definidos do direito positivo comparado, infere-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, embora enraizado no Direito Público, alastra-se por todo o ordenamento jurídico, submetendo as esferas pública e privada, as pessoas jurídicas e físicas, o Estado e o particular, ao interesse geral da sociedade e à soberania popular, assegurando a consecução do bem comum ancorada em uma ordem jurídica a serviço dos anseios de todos os seres humanos, compromissada

com a democracia e desvinculada do culto tanto ao individualismo, quanto aos interesses meramente estatais.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. **Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. RDA – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL, Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo**. In: Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **Conceito de Mérito Administrativo**. RDA – Revista de Direito Administrativo. v. 23. p. 1/16, 1951.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de MOURA. **O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O “Desvio de Poder” na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. A noção jurídica de interesse público. In: **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Regulamentação profissional: princípio da razoabilidade**. Revista de Direito Administrativo, v.204, p. 333 ss., abr./jun. 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários**. RDA – Revista de Direito Administrativo. v. 243, p. 13-28, 2006.

RIBAS, Caroline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. **O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários**. RDA – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 268, p. 83-116, jan./abr. 2015.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Interesse público um conceito jurídico determinável**. In: Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.

SADDY, André. **Atividade apreciativa da administração Pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa**. RAD – Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 3, p. 139-168, set./dez. 2018.

SOUSA, Antônio Francisco de. **O controle jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose.** In: Portugal. Ministério da Justiça. *Reforma do contencioso administrativo.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. I.: O debate universitário (trabalhos preparatório).



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE DESENVOLVIMENTO
INSTITUCIONAL

Av. Universitária, 1069 | Setor Universitário

Caixa Postal 86 | CEP 74605-010

Goiânia | Goiás | Brasil

Fone: (62) 3946.3081 ou 3089 | Fax: (62) 3946.3080

www.pucgoias.edu.br | prodin@pucgoias.edu.br

RESOLUÇÃO n°038/2020 – CEPE

ANEXO I

APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

A estudante VANUSA SILVA DA CRUZ do Curso de DIREITO, matrícula 20152000113946, telefone: (62) 98401-6055 e-mail vanusa_silvacruz@hotmail.com, na qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei n° 9.610/98 (Lei dos Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JUDICIAL, gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND); Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 25 de Novembro de 2020.

Assinatura da autora:

Vanusa Silva da Cruz

Nome completo da autora: Vanusa Silva da Cruz

Assinatura da professora-orientadora: _____

Nome completo da professora-orientadora: Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega