

APLICABILIDADE DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A DISCRIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Jamille Passos Lessa¹

Resumo: O interesse público tem um conceito jurídico indeterminado, e por isso se busca uma melhor aplicação perante o caso concreto, pautado no princípio da proporcionalidade. Inicialmente, neste artigo, discorreremos com o fim de tentar conceituar interesse público, em seguida, abordaremos o ato discricionário, discutindo se há um limite para sua atuação, e, por fim, demonstraremos como deve ser cautelosa a atuação do Poder Público sob o escopo do princípio da Supremacia do Interesse Público e da Discrionariedade Administrativa.

Palavras-chaves: Interesse Público - Discrionariedade Administrativa

Abstract: Once that Public Interest is an undetermined concept its best application takes place according to the case under review, always based on the Principle of Proportionality. Firstly, this article tries to build a concept for Public Interest, then it focus on government discretionary acts discussing if there is a limit to their operation. Finally, the paper demonstrates how careful government action must be under the Principle of Public Interest Supremacy and under the state discretionary power.

Keywords: Public Interest; State Discretionary Power

¹Graduanda em Direito – Universidade Salvador (UNIFACS)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO; 2 O QUE SERIA INTERESSE PÚBLICO?; 2.1 INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO X INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO; 2.2 A QUEM SE DESTINA O INTERESSE PÚBLICO; 2.3 UM DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 2.3.1 **Princípio da Supremacia do Interesse Público: existe?**; 2.3.1.1 A possível desconstrução do Princípio da Supremacia do Interesse Público; 3 FUNDAMENTOS DA DISCRIONARIEDADE; 3.1 DISCRIONARIEDADE X ARBÍTRIO: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA; 3.2 PRINCÍPIO DA CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE: COROLÁRIOS DA DISCRIONARIEDADE; 3.2.1 **Ponderação e limites deste princípio**; 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Como norteador da atividade administrativa, o princípio da supremacia do interesse público vincula a autoridade pública em toda sua atuação. É a partir deste princípio que se procura explicar a indisponibilidade do interesse público. Este artigo compõe-se de uma introdução para situar a temática a ser discutida, posteriormente há duas subdivisões e considerações finais. Na primeira parte, faremos uma análise acerca da conceituação do interesse público, buscando delimitar o seu conteúdo jurídico. Desvelando que o interesse público tem uma conceituação jurídica indeterminada. Este convive harmonicamente com as instâncias individuais de cada cidadão, já que o interesse público é a dimensão pública destes interesses. E a forma de tentar equalizá-los, é o raciocínio ponderativo, postulado no princípio da proporcionalidade. O interesse público divide-se em primário e secundário. Sendo o primeiro, a razão de ser do Estado; e o segundo o empenho da pessoa jurídica de direito público.

Na segunda parte, apresentar-se-á como o ordenamento deixa certa margem de atuação perante o caso concreto, de maneira que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis. E, nestes casos, o poder da Administração é discricionário. Discricionariedade é faz referência a uma certa liberdade conferida ao agente público, nos limites de sua motivação. A adoção de uma ou outra medida é adotada segundo critérios de conveniência e oportunidade; próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Como premissa da discricionariedade se tem um dos princípios norteadores da Administração

Pública: princípio da Supremacia do Interesse Público; o qual vem sendo motivo de questionamento, surgindo uma corrente de doutrinadores que defendem a desconstrução deste princípio. Embora, ambas as palavras, remetam-se a idéia de liberdade, discricionariedade é diferente de arbitrariedade. A liberdade, a qual se refere o poder discricionário do administrador, é limitada por lei. Já a arbitrariedade, remete a idéia de livre-arbítrio, uma liberdade ilimitada. Em seguida, ainda na segunda parte, abordou-se a discricionariedade administrativa através de seus fundamentos, o Princípio da Conveniência e Oportunidade, com análise da ponderação e limites do mesmo.

E finalmente, na conclusão, demonstraremos como a aplicação deste princípio pode ser adequada ao verdadeiro interesse público, tentando equalizá-lo com a discricionariedade administrativa.

2 O QUE SERIA INTERESSE PÚBLICO?

Não é fácil definir “interesse público”, inclusive por ser considerado um conceito jurídico indeterminado, o que afasta com exatidão o seu conteúdo. O simples fato do princípio do interesse público não ter sido objeto de catalogação expressa de parte do legislador constituinte – que, ao construir a redação do artigo 37 da Constituição Federal, explicitou tão-somente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência como sendo as premissas constitucionais regentes da Administração Pública – não quer dizer que ele não tenha sido contemplado. Muito antes, pelo contrário, embora não haja referência específica, resta óbvio que sua adoção encontra implícita recepção no ordenamento nacional, assumindo, de igual parte, status constitucional, na medida em que todas as ações adotadas pelo administrador público devem ter como motivação de fundo a obediência ao interesse público.

Nos artigos 5º, XXIII, XXIV, XXV; 173, *caput*; 182 e 184; disposições de proteção ao meio ambiente; relações de consumo; todos da Constituição Federal, é evidente o princípio da supremacia do interesse público. Celso Antônio Bandeira de Melo (2009, p.56), ao se referir ao regime jurídico administrativo, assevera que “o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, juntamente com o princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração, constituem a base onde se constrói todo o sistema do Direito

Administrativo”. Contudo, a supremacia do interesse público que impera sobre a Administração não lhe concede o poder de atropelar os interesses particulares porventura conflitantes.

O interesse público, longe de se constituir numa categoria oposta, convive com o direito individual propriamente considerado, não estando divorciado dos seus interesses. O que fica bem claro na visão de Celso Antonio Bandeira de Melo (2009, p.60) ao afirmar que “o interesse público nada mais é que *a dimensão pública dos interesses individuais*; ou seja, dos interesses *de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade*”.

Neste aspecto faz-se necessário diferenciar, que existe, de um lado, o interesse individual, particular, o qual pertence aos interesses da vida privada de cada indivíduo; isto é, pessoa considerada na sua forma singular. E, de outro lado, existe o interesse pessoal deste mesmo sujeito, agora partícipe de uma sociedade maior, interesse este denominado interesse público. As fronteiras entre público e privado são extremamente móveis e instáveis, a prioridade atribuída a cada um dos elementos oscila ao sabor das mutações políticas e sociais.

No entendimento de Gustavo Binbenbijn:

Assim, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização, de todos eles na maior extensão possível. O instrumento desse raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade. (2005, p. 167).

Diante deste quadro, surge o dever de proporcionalidade, que impõe ao estado analisar o interesse privado legítimo envolvido no caso concreto, ainda que ele não constitua propriamente direito fundamental.

O exercício ideal do princípio da proporcionalidade se desenvolve em três subprincípios, na lição de Luís Roberto Barroso:

- a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos;
- “b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e da

“c) proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é verificada a interferência dos direitos na esfera do cidadão. (2009, p.235)

O princípio da proporcionalidade, contudo, se diferencia do princípio da razoabilidade. Enquanto o princípio da proporcionalidade é natural da Europa, de criação Germânica, tendo origem remota aos séculos XII e XVIII; o da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento na elaboração jurisprudencial anglo – saxônica, devido ao “due process of law”. Assim, o princípio da proporcionalidade é consultado com o intuito de sacrificar uma regra ou um princípio em relação a outro, com o interesse de buscar a melhor solução entre as partes. Já a razoabilidade se manifesta quando existe uma norma, atitude, resolução, atos e outros que são irrazoáveis, ou seja, foge do senso comum.

No entender de José dos Santos Carvalho Filho:

Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro os limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não ser para outros. Mas, mesmo quando não seja, é de reconhecer-se que a valoração se situa dentro dos standards da aceitabilidade [...]. (2008, p.31).

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho diferencia razoabilidade de proporcionalidade, e segundo ele:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassam os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido. (2008, p.33).

Não obstante as importantes lições originadas pelos supracitados autores, é salutar destacar que o debate trazido pela aplicação de um ou outro princípio não dificulta sua aplicação, já que a proporcionalidade não se esgota na razoabilidade. Tudo vai depender de qual ótica será observada a aplicabilidade de cada princípio. Nessa diáspora, pode-se rematar que a Constituição Federal consagrou os direitos fundamentais como a projeção normativa de valores morais superiores ao próprio Estado, de aplicabilidade imediata, consubstanciados com cláusula pétrea, considerando como o grau mais elevado do interesse público.

Contudo, os direitos fundamentais são apenas alguns interesses especialmente relevantes, relacionados a proteção da dignidade humana. Isto não significa dizer que os demais interesses sejam hierarquicamente inferiores. E, desta maneira, é tão complicado conceituar, de forma precisa, interesse público. Interesse público não é o mesmo que interesse estatal. Destarte, não seria pertinente atribuir o cunho de interesse público a atividades puramente privadas, isto ofenderia o Estado Democrático de Direito, seria um desvio a finalidade estatal. O Estado somente está legitimado a ser sujeito de interesse público.

Contudo, há interesses públicos que não são estatais, os quais envolvem o chamado *terceiro setor*, organizações sem fins lucrativos e não governamentais, a exemplo das entidades beneficentes, das ONGS organizações não governamentais, das empresas com responsabilidade social, das empresas juniores sociais, etc.

Conforme preleciona Marçal Justen Filho:

Não é possível definir interesse público a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica. O equívoco está em que o Estado existe para satisfazer as necessidades coletivas. O Estado Democrático é instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe antes do Estado. (2006, p. 38).

O interesse público também não se confunde com o interesse do aparato administrativo. O Estado, como sujeito de direito, possui algumas “conveniências”, muito semelhantes ao que ocorre com os sujeitos privados. Também é necessário distinguir interesse público e interesse do agente público. O interesse do agente público é o interesse privado de quem exerce a função administrativa. O interesse do agente, como privado que é, é passível do espírito egoístico, inerente ao ser humano, e, como tal, deve ser submetido às regras comuns, que disciplinam a generalidade de interesses dos integrantes da comunidade.

Com isso evidencia-se à dificuldade de conceituar o interesse público. Não pode considerar como sendo interesse público, aquele interesse privado comum a todos os cidadãos, seria uma distinção meramente quantitativa e a unanimidade é algo inatingível. Bastaria um único sujeito discordar, para que o interesse público não fosse atingido. Não é possível, também, afirmar que o interesse público, seria aquele pertencente à maioria da população. Maioria é diferente de totalidade, e proteger a maioria, significa dizer que existe uma minoria excluída, o que ofende a democracia. Em um Estado Democrático, busca-se respeitar as maiorias, mas

também as minorias. Assim, a idéia de interesse público não pode se restringir às questões meramente numéricas, quantitativas.

Refletindo na imprecisão em definir o que seja "interesse público", longe de representar abstração e esvaziamento semântico, é decorrência não só da amplitude do seu campo de ação, mas, sobretudo, fruto da errônea percepção, não raras vezes idealizada, de que é possível encontrar uma noção fixa e imutável para a definição dos termos. Especialmente no que refere a este último aspecto, é de se ver que "interesse público" trata-se de um conceito indeterminado, que necessariamente precisa ser contextualizado.

O interesse público é indisponível, indelegável. As pessoas administrativas não tem disponibilidade sobre os interesses públicos confiados a sua guarda e realização. Esta disponibilidade está nas mãos do Estado e de outras pessoas públicas (cada qual na sua esfera). Exatamente, por não poder dispor do interesse público cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração, tem caráter de dever-poder.

Ou seja, dever-poder é o poder conferido à Administração para o atingimento do fim público, um dever de agir. Decorrem deste dever-poder que os poderes administrativos são irrenunciáveis, devendo ser obrigatoriamente exercido pelos titulares e a omissão do agente, diante de situações que exigem sua atuação, caracteriza abuso de poder.

Este dever-poder é bastante elucidado pela Súmula 473, da Suprema Corte, a qual afirma:

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

Desta maneira, cada vez que a administração se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado. Compete a Administração Pública, em um primeiro momento, interpretar o interesse público, para aplicá-los as hipóteses da realidade viva e dinâmica. Em um segundo momento, cabe ao Judiciário, - em um juízo de legalidade, - examinar o preenchimento desse conceito jurídico indeterminado, em consonância com as Leis e a Constituição.

2.1 INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO X INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO

O interesse público primário é a razão de ser do Estado, destina-se a justiça, segurança e bem-estar social. São os interesses de toda coletividade. A Administração Pública no real e genuíno exercício do seu ofício age como ente imparcial. O interesse público secundário é o interesse da pessoa jurídica de direito público – quer se trate da União Federal, Estados Membros, Municípios ou das autarquias. É em síntese, o interesse do erário, maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. A Administração Pública em decorrência do desempenho das suas atividades de gestão age com certa parcialidade. Portanto, é imperioso ressaltar, que interesse público secundário corresponde aos interesses particulares do Estado, como pessoa jurídica, e não como encarnação da vontade coletiva. Contudo, o Estado só poderá promover a defesa dos seus interesses particulares ("interesse secundário") quando estes não conflitarem com o interesse público propriamente dito ("interesse primário").

A mesma distância que separa a "administração pública" do "governo", também afasta o "interesse primário" do "interesse secundário". Isto implica dizer que o interesse primário está mais para a administração pública, assim como o interesse secundário está mais para o governo, guardadas as devidas proporções. Enquanto aquele visa a atender as necessidades coletivas propriamente consideradas, este assume cunho político e, de certa forma, visa a atender os interesses relacionados à gestão do próprio ente estatal.

De todo modo, o interesse público secundário não é menos importante. Sem investimentos adequados o Estado não tem como promover saúde, investimentos sociais, nem prestar serviços públicos de maneira eficaz. Contudo, não se deve sacrificar o interesse primário a fim de satisfazer o secundário. O objetivo primordial do interesse público é prover o interesse primário, a inversão de prioridade seria desrazoável em um Estado dito como democrático.

Desta forma, pode-se concluir que nem sempre o interesse público primário protege o direito fundamental como se almeja. Há, muitas vezes, o confronto entre interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental e o interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva. Por exemplo: a construção de um sistema justo na zona rural pode colidir com o direito de propriedade; uma eficiente proteção a saúde pode significar um óbice ao desenvolvimento industrial; segurança pode colidir com justiça etc.

Deveras, para que um direito fundamental seja restringido em razão de uma meta coletiva, esta deve corresponder o que a Constituição prevê, e não apenas o que significa maior número de adeptos. Uma vez que, o interesse público primário desfruta de supremacia porque não se submete a ponderação. Ele é o próprio parâmetro da ponderação. Em síntese, ele consiste na melhor realização possível da ordem Constitucional, tendo em vista um caso concreto.

2.2 A QUEM SE DESTINA O INTERESSE PÚBLICO

Não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim a coletividade. Coletividade, no sentido de um conjunto de pessoas que compartilham propósitos, gostos, preocupações e costumes, e que interagem entre si constituindo uma comunidade. E assim, seus membros compartilham interesse ou preocupação mútuas sobre um objetivo comum. Ademais, pode acontecer que uma parcela da sociedade não reconheça ou identifique como seu aquele interesse, ou que o próprio interesse se ache, até, em colisão com este querer valorativo predominante.

Em uma ordem democrática, o interesse público não se impõe coativamente. Somente prevalece, em relação aos interesses individuais divergentes, com prioridade e predominância, por ser um interesse majoritário. Mas, é importante ressaltar, que não há hierarquia entre tais interesses. O interesse público e o interesse individual colidente ou não coincidente são qualitativamente iguais; somente se distinguem quantitativamente, por ser o interesse público nada mais que o interesse individual que se coincide com o interesse individual da maioria dos membros da sociedade.

E por isso, é pertinente conceituar o interesse público como sendo uma dimensão, uma determinada expressão dos direitos individuais, vista sob um prisma coletivo. Na medida em que a instância pública e o interesse particular são democraticamente respeitados, quando o interesse individual é preferido pela natural predominância do interesse público, há uma compensação pela perda do direito e veemência, mediante um valor equivalente. É o que ocorre, por exemplo, na desapropriação de uma propriedade particular, em que o direito de propriedade deve ser convertido em uma justa e prévia indenização, constitucionalmente assegurada (art.24, XXIV, CF/88).

Portanto, a clivagem público/privado torna-se por demais singela para explicar o cenário atual, em que diante a multiplicidade da vida cotidiana, é formado por lógicas diversas. Como destacou Daniel Sarmiento:

Neste contexto, as fronteiras entre as categorias público/privada estão cada vez mais nebulosas. Se, por um lado, o Direito Público se privatiza, [...], este processo não anula a publicização do Direito Privado, operada durante o Estado Social. Ao contrário, vivencia-se hoje no país algo que ultrapassa a mera continuidade na edição de normas de ordem pública editadas para a disciplina das relações entre particulares. (2007, p.44).

Não há, portanto, dois ordenamentos distintos correspondentes ao Direito Público e ao Direito Privado, mas uma única ordem jurídica que tem como pilar a Constituição, cujos princípios devem informar a resolução de conflitos; tudo, diante do caso concreto. Assim, o Direito Público deve pautar-se pelo respeito aos interesses privados do cidadão, já que o interesse público e os interesses dos cidadãos, que antes eram vistos como potencialmente antagônicos, passam a ser vistos como reciprocamente identificáveis.

2.3 UM DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.3.1 Princípio da Supremacia do Interesse Público: existe?

A supremacia do interesse público pode ser resumida da seguinte forma, a administração pública deve vincular e direcionar seus atos de modo a garantir que os interesses privados não prevaleçam nem sucumbam os interesses e as necessidades da sociedade como um todo. Também conhecido como princípio da finalidade pública, está presente além da elaboração da lei, mas também em sua execução em concreto pelo Poder Público. Pode-se dizer que o Direito Público só começou a se desenvolver com a relevância ao interesse público, superado o individualismo (o homem como fim único do direito), exaltando a importância da coletividade, o que vincula a Administração em todas as suas decisões.

O convívio social demonstra que é *conditio sine qua non* a renúncia individual de pretensões particulares projetadas sobre bens que afetam a coletividade. A invocação desse princípio é devida quando torna viável produção de benefícios a serem gozados por todos aqueles que integram a comunidade. Várias transformações ocorreram na ordem econômica, social e

política que fizeram com que, aos poucos, fosse superada a idéia do individualismo exacerbado. O Estado teve que abandonar sua posição passiva e passar a ser atuante no âmbito da atividade privada, tudo, em nome do primado do interesse público.

Com efeito, enaltecendo tal princípio, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro (2008, p.64), “o Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo”. Destarte, a supervalorização do princípio em epígrafe não pode fazer sucumbir, evidentemente, o elemento humano que lhe dá suporte, fundamento e legitimidade. Daí o dever de sua aplicação ser bastante cautelosa.

2.3.1.1 A possível desconstrução do Princípio da Supremacia do Interesse Público

O problema do mau uso do interesse público tomou tamanha repercussão que há doutrinadores, a exemplo de Humberto Ávila, que vem lançando uma noção de desconstrução da supremacia do interesse público, como sendo um instrumento que dá margem a um autoritarismo excessivo, uma vez que esse princípio, atualmente é utilizado muito mais como escudo para arbitrárias gestões, do que como alicerce para Administração Pública. Nessa mesma linha de pensamento, Daniel Sarmento vem tentando desconstruir a supremacia do interesse público, alegando a inadequação desta supremacia com a ordem jurídica e o perigo aos direitos fundamentais, o que, por via reflexa, pode abalar a própria democracia.

Na tentativa de desconstrução deste princípio, o que se é mais questionado é sua supremacia, diante de uma necessidade permanente de sopesamento dos princípios, a fim de alcançar o melhor interesse público. E, nesse caso, deve-se otimizar soluções que resguardam ao máximo possível a inteireza de cada um dos interesses postos em confronto pelas exigências da realidade. É o que ensina Humberto Ávila:

A solução de uma colisão de normas princípios depende da instituição de regras de prevalência entre os princípios envolvidos, a ser estabelecida de acordo com as circunstancias do fato concreto e em função das quais será determinado o peso relativo de cada norma princípio. A solução de uma colisão de princípios não é estável nem absoluta, mas móvel e contextual. (1999, p.105).

Contudo, não se pode minimizar a importância da supremacia do interesse público, sob o escopo de possíveis arbitrariedades. E é nesse sentido que se manifesta Alice Gonzalez Borges:

Os freqüentes desvirtuamentos do verdadeiro interesse público por governantes bem ou mal intencionados não devem conduzir ao propósito de desconstruir a noção de supremacia do interesse público, sob pena de sérias consequências para a estabilidade e segurança dos cidadãos em uma sociedade organizada. (2007, p.1).

Daí porque se deve ter muita cautela ao mencionar o Princípio da Supremacia do Interesse Público.

3 FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE

Em um Estado no qual o poder administrativo é sempre exercido em decorrência e dentro dos limites da lei, de modo a quem ninguém possa vir a ser obrigado a fazer ou a deixar de executar alguma coisa a não ser dentro dos limites dessa mesma lei, seria inadmissível se falar no exercício de um poder ilimitado, passível de ser exercido única e exclusivamente a partir da livre vontade do agente administrativo que o exerce. Assim, nesse contexto, surge a expressão: discricionariedade administrativa.

Para Celso Antônio Bandeira de Melo:

Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (2009, p.963).

Assim, discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei, ou seja, a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas, porém, válidas perante o direito.

Em sentido diverso, Fernanda Marinela conceitua Poder Vinculado:

Poder Vinculado é aquele em que o administrador não tem liberdade de escolha; não há espaço para realização de um juízo de valor, e, por conseguinte, não há análise de conveniência e oportunidade. Preenchido os requisitos legais, o administrador é obrigado a praticar o ato. (2007, p.153).

A lei, em certos casos, regula certas situações que não resta para o legislador alguma margem de liberdade, posto que a norma a ser implementada regula antecipadamente com rigor e objetividade os pressupostos para prática de um determinado ato. Neste caso, o ato a ser expedido é vinculado, e sua aplicação está obrigatoriamente vinculada a hipótese legalmente prevista. A Administração age nos estritos limites da lei e o administrador não interfere com nenhuma apreciação subjetiva. Exemplo dessa atuação encontra-se na concessão da aposentadoria compulsória (CF, art. 40, §1º, II). Implementada a condição – setenta anos de idade -, à Administração tem que outorgar o benefício, mesmo que não seja solicitado. Todavia, esta limitação não significa dizer que o administrador é um cego ou automático executor da lei. Este possui uma certa liberdade, mesmo que esta se limite ao âmbito temporal.

De forma diversa, no Ato Discricionário, o administrador também está subordinado à lei, porém com margem de liberdade, podendo fazer um juízo de valor para àquela que melhor preserve o interesse público. Já, o Ato Vinculado, estabelece um único comportamento possível a ser tomado pelo administrador diante do caso concreto. Este está consubstanciado nas expressões: *será concedido*, *será outorgado*, ou outra da mesma natureza; e, aquele terá sua atuação por meio das expressões: *será facultado*, *poderá o Poder Público*, ou outra da mesma índole. Nota-se que o poder discricionário não resulta da ausência de regulação legal, mas de sua aplicação na forma adequada.

Segundo Daniel Sarmiento (2007, p.113), "pela legalidade administrativa, o Estado só poderá agir quando a ordem jurídica determina ou faculta sua atuação. A lei, assim, não é só o limite, mas o próprio fundamento da ação administrativa". É verdade, contudo, que diante da multiplicidade e variedade de situações fáticas possíveis de ocorrerem, a lei não teria como regular, de maneira vinculada, todas as vezes a conduta do administrador. A lei se instaura numa possibilidade de discricção, mas não numa certeza de aplicação imediata de todo caso passível de ocorrer. Nesse contexto, se a lei, nos casos de discricção, se comporta de maneira diferente, é porque admite que a cada caso se aplique uma solução pertinente, adequada a determinada situação.

Daí se poder afirmar que a discricionariiedade só existe quando for impossível reconhecer de maneira pacífica e incontroversa qual a solução adequada para o melhor cumprimento legal, nas hipóteses em que mais de uma solução é plenamente admissível no ordenamento jurídico. Com efeito, a discricionariiedade é sempre parcial e relativa, ou seja, não é totalmente livre. Além da limitação ao discernimento e razoabilidade do administrador, tem também a vinculação aos aspectos de competência, forma e finalidade. Por estas e outras razões, o correto é dizer que a discricionariiedade implica numa zona de liberdade de atuação que assiste ao administrador, subordinada aos limites da lei. Esta possui elementos vinculados (sujeito competente, forma e finalidade) e elementos discricionários (motivo e objeto).

Pode-se, pois, concluir que a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de conveniência, oportunidade, justiça, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador, mas sempre respeitando os limites legais. Desta maneira, discricionariiedade seria um imperativo lógico em prol da Administração, a fim de firmar-se em um dentro os conceitos possíveis. Nota-se, portanto, que seria materialmente impossível para o legislador, diante a diversidade e dinâmica cotidiana, prevê todas as situações possíveis de ocorrerem e todas as soluções correspondentes para eles. A lei deve servir-se de conceitos práticos, dinâmicos, plenamente aplicáveis a cada caso concreto.

A lei, por mais casuística que fôsse não poderia prever todas as soluções possíveis. Entre as várias possibilidades de opção, está a que melhor atenda, no caso concreto, a vontade da lei.

No entendimento de Fernanda Marinela:

Também há discricionariiedade quando a lei é omissa, porque não foi possível prevê todas as situações supervenientes ou, ainda, quando a lei prevê a competência, mas não estabelece a conduta a ser desenvolvida. Nesses dois casos, cabe ao administrador, conforme conveniente ao interesse público, promover a conduta adequada. (2007, p.197).

Contudo, afirma Celso Antônio Bandeira de Melo (2009, p.424), que “não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariiedade por ocasião da prática de certos atos”. Pois, não existe ato totalmente discricionário, sempre estará vinculado, pelo menos, à competência (o sujeito competente para praticá-lo é o indicado em lei) e ao fim (este sempre

há de ser público). Discricionários, como entende Hely Lopes Meirelles (2008, p.173), “só podem ser os meios e modos de administrar; nunca os fins a atingir”.

A rigor, para Hely Lopes Meireles (2008, p.171) “a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais conveniente ao interesse público”. Logo, para praticar um ato discricionário é necessário ter competência legal, forma legal, e finalidade atingida: interesse público. Deveras também há uma relativização quanto ao fim almejado: interesse público. Embora haja uma vinculação quanto à necessidade de se alcançar o interesse público, a sua qualificação comporta certa margem de discricionariedade. Interesse público depende de uma apreciação subjetiva, é um conceito indeterminado, é certo, de juízo discricionário.

Para Eros Roberto Grau (1990, p.41), “a discricionariedade não constitui um poder titulado pela administração, mas sim um modo de atuar ao dar cumprimento ao dever-poder de gerir a *res publica*”. De todo modo, não é a discricionariedade administrativa um privilégio conferido ao administrador público e sim uma forma de possibilitar, em certas situações, a escolha do melhor caminho para satisfação do interesse público. É, então, a discricionariedade uma ferramenta jurídica entregue ao administrador, para que este realize os anseios sociais respondendo às necessidades de cada momento. Não é um instrumento para fazer o que imponha seu capricho; é uma autorização limitada a um fim determinado.

Contudo, conforme esclarece Odete Medauar (1998, p.135), “não se pode pensar que todos os atos e medidas no âmbito da Administração Pública devam, necessariamente, corresponder a um comando legal específico, sob pena de se paralisar a Administração”. Na discricionariedade há uma pluralidade de soluções justas, entre possibilidades postas pela norma jurídica.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo:

Em suma: discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: “A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”. (2009, p.426).

Nesse sentido, é importante afirmar que a escolha perante uma situação, mesmo que seja pelo mesmo agente administrativo, e sob o mesmo local, não necessariamente será a mesma. Na discricionariedade há um critério subjetivo, ninguém poderá afirmar com objetividade qual será

o caminho a ser seguido pelo aparato administrativo. Discricionariedade, desta forma, é a margem de liberdade que efetivamente existe perante o caso concreto.

3.1 DISCRIONARIEDADE X ARBITRÁRIO: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

Não se deve confundir discricionariedade com arbitrariedade. Mesmo, que ambas se referem, de certo modo, a liberdade, há uma diferença fundamental: os limites legais. Ao agir arbitrariamente o agente estará ofendendo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora dos limites que a lei lhe permite. Seu ato é ilícito. Ao agir discricionariamente o agente estará atuando nos limites legal, sua faculdade de atuação, sob a ótica do caso concreto, em busca do melhor alcance do interesse público, cumpre determinação normativa. Seu ato é lícito.

A legalidade administrativa, o Estado só pode agir no que lei permitir ou facultar sua atuação. A Administração Pública, somente pode fazer o que a lei permitir, diferentemente do particular, que pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Assim, para a Administração, a lei não é apenas o limite, mas também o próprio fundamento para ação administrativa. Entende-se assim, que a Administração não se encontra vinculada apenas a lei, no sentido estrito da palavra, mas sim a um “bloco de legalidade”, o qual incorpora princípios, objetivos e valores constitucionais, e esta nova formulação tem se atribuído o nome de princípio da juridicidade ou da legalidade em seu sentido amplo.

Com efeito, a imprecisão no conceito da discricionariedade baseada no pressuposto ou na finalidade legal é sempre relativa. Não há imprecisão absoluta, por mais vago que seja o conceito. Dentro de um sistema de normas há sempre referências que permitem circunscrever o âmbito de aplicação da palavra. Esta imprecisão absoluta gera uma liberdade desmensurada, dando margem a possíveis arbitrariedades. Esta diferenciação entre discricionariedade e arbitrariedade, é de fundamental importância, diante da realidade da Administração. Não são poucas as arbitrariedades cometidas pelos administradores, sob o prisma do poder discricionário que lhes é conferido.

Diferença pode ser demonstrada ao não se confundir a supremacia do interesse público, pilar do regime jurídico administrativo, com as manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado de certas autoridades administrativas. Atos discricionários são

diferentes de arbitrários. O problema, pois, não é do princípio: é, antes, de sua aplicação prática. Atos arbitrários consistem em condutas contrárias ou excedentes à lei, portanto, atos ilegais, ilegítimos e inválidos. Nesses casos, o administrador estará obrigado a motivar o ato e o ato poderá ser revisto pelo Poder Judiciário.

O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado de forma diversa da prescrita em lei, ou com finalidade diversa do interesse público, é ilegítimo e nulo. Portanto, deixa de ser ato discricionário e passa a ser ato arbitrário; conseqüentemente, ilegal. Assim, Rita Tourinho (2005, p.95) afirma que “o dever-poder conferido na discricionariedade é, muitas vezes, interpretado por quem o exerce como um poder incondicional”. E, nesse sentido, é imperioso o cuidado com a aplicação de tais atos.

Consoante, a timidez da autoridade é tão prejudicial quanto ao abuso de poder. Ambos são deficiências do administrador que implicam em prejuízo à Administração. O tímido falha, por lhe faltar firmeza nas decisões em busca do interesse comum; o prepotente não tem moderação para usar do poder nos limites que a lei lhe confere. Um peca por omissão, outro, por abuso do poder.

Diante deste quadro, é de suma importância a análise do ato administrativo aplicado no caso concreto.

3.2 PRINCÍPIO DA CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE: COROLÁRIOS DA DISCRIONARIEDADE

No ato discricionário alguns elementos vêm definidos na lei com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração. A discricionariedade deve sempre ser analisada sob os aspectos da legalidade e do mérito. A escolha atribuída, nos limites legais, à Administração, no que se refere a discricionariedade está baseada na conveniência e oportunidade, ou seja, no mérito. A conveniência e oportunidade do ato administrativo compõem o binômio: mérito. Mérito é a zona franca em que decide o agente sobre a solução mais adequada em busca do interesse público.

Mérito, desta forma, é o resultado, e a discricionariedade é o meio; e ambos se relacionam com a legalidade. A palavra mérito, em sentido político, significa que o Estado tem a função

de atender os interesses públicos, dentro dos limites da lei. O Estado tem como dimensões: a oportunidade (elemento motivo) e a conveniência (elemento objeto), que compõem o mérito do ato administrativo. E a discricionariedade é o meio para que essa função atenda os interesses públicos específicos.

A natureza jurídica da discricionariedade é o dever-poder da Administração Pública, e o mérito é o resultado deste exercício regular da discricionariedade. Entretanto, o mérito então percorrido, não se confunde com o mérito do Direito Processual Civil, nem é requisito do ato administrativo. Mérito aqui é a indagação da oportunidade e conveniência do ato. Celso Antônio Bandeira de Melo traz seu conceito:

Mérito do ato é 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 atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada. (2009, p.955).

Nesse sentido, mérito é composto de dois elementos: o motivo (oportunidade), que é o pressuposto de fato ou de direito, que possibilita ou determina o ato administrativo; e o objeto (conveniência), que é a alteração jurídica que se pretende introduzir nas situações e relações sujeita à atividade administrativa do Estado. A oportunidade e a conveniência têm função de integrar os elementos: motivo e objeto, dentro dos limites do mérito. O ato discricionário, então, além de oportuno, deve ser também conveniente.

Na lição de Diogenes Gasparini (2008, p.98), “há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público”.

Assim, a conveniência se refere a utilidade do ato, e a oportunidade ao momento de sua prática. Deveras: não há como se afastar o motivo, a conveniência e oportunidade do interesse público almejado. Ausentes as condições ou desvirtuamento da finalidade, haverá a invalidade do ato. Afinal ter-se-á configurado arbitrariedade, e por isto deve-se analisar os limites e ponderação do referido princípio: conveniência e oportunidade do interesse público.

3.2.1 Ponderação e limites deste princípio

O administrador no campo da discricionariedade tem liberdade de atuação, de conveniência e oportunidade, nos limites de sua motivação. Como ressalta Celso Antônio Bandeira de Melo:

A motivação deve ser prévia e contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de ato vinculado, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicanda pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naqueles outros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de apurada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada. (2009, p. 112).

Por força do que se disse, os motivos devem ser anteriores ou concomitantes à expedição do ato. No entender de Rita Tourinho (2005, p.141) “aceitar motivos posteriores à prática do ato é oferecer ao administrador público instrumentos para fraudes, é fornecer terreno fértil para práticas abusivas, ilícitas e incontroláveis”.

Desta forma, motivação é indispensável para efetivação de qualquer ato administrativo. É uma limitação imprescindível para lhe tornar eficaz. A motivação é uma exigência para um Estado Democrático de Direito, pois, o mínimo, que o cidadão deve saber, são as razões das decisões que serão tomadas para guiá-los. O princípio da motivação pode ser observado no texto constitucional a partir da leitura do artigo 93, X, que estabelece que as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas. Ao decidir administrativamente, o Judiciário exerce função atípica, e mesmo assim está obrigado a motivar suas decisões, como maior razão deve-se impor ao administrador o dever de motivar sua atuação.

Por aí se percebe que há sempre um limite à discricionariedade, como já afirmara Hely Lopes Meirelles:

Daí dizer-se, com inteira propriedade, que a atividade discricionária permanece sempre sujeita a um duplo condicionamento: externo e interno. Externamente, pelo ordenamento jurídico a que fica subordinada toda atividade administrativa, [...]; internamente, pelas exigências do bem comum e da moralidade da instituição administrativa. (2008, p.122).

É exatamente, onde existe maior liberdade ao administrador que mais se necessita de motivação para se evitar possíveis arbitrariedades.

Conforme observa Rita Tourinho:

Não se pode esquecer que a atividade administrativa é exercida por homens falíveis, muitos dos quais mordidos pela serpente do poder, que os torna insensíveis, presunçosos e arbitrários. A atribuição de deveres ao administrador público, acompanhados de uma gama de poder, pode ser fatal ao interesse público, se não houver por detrás um controle efetivo e eficaz. Tal controle, no entanto, somente poderá ser exercido se a conduta administrativa estiver acompanhada dos motivos que lhe originaram. (2005, p. 143).

Com efeito, é imprescindível a exposição dos motivos na prática dos atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários. Não se pode falar em controle, limitação, quando os motivos para prática de determinados atos se encontram omissos. A exteriorização dos motivos visa a democratização do exercício do poder voltada à satisfação do interesse público. O controle do ato administrativo sempre deverá estar condicionado a sua motivação, ainda quando se admitam, legalmente, os juízos de equidade ou de conveniência.

Pois, na motivação não basta a mera indicação do dispositivo legal, em um método de aplicação imediata da norma. É necessário que o administrador utilize argumentação fundada em razões efetivas, capazes de resistir a um possível debate aberto, plenamente possível em um Estado Democrático de Direito. E assim, é a partir da motivação que se pode observar se a conduta administrativa está em consonância com os princípios que regem a Administração Pública, permitindo o controle jurisdicional da mesma.

Não obstante, diante a realidade moderna atual, tão rica e complexa, tão mutante e variável, os interesses públicos possuem diferentes dimensões. Diante de situações semelhantes, o mesmo interesse pode ser motivado de formas distintas, e desta maneira, há, então, uma necessária ponderação entre tais interesses.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, portanto, que é baseado sob o pilar da Supremacia do Interesse Público que a Administração pratica seus atos. Contudo, deve-se ter bastante cautela na aplicabilidade dos mesmos. Isto porque como foi contextualizado o conceito jurídico de interesse público é bastante indeterminado, não por questões semânticas, mas, sobretudo, fruto de errônea percepção. Por vezes, é um conceito que sempre precisa necessita de ampla discussão.

Existe também uma grande imprecisão no conceito jurídico de discricionariedade. E, desta forma, não se deve confundir discricionariedade e arbitrariedade. Discricionariedade não se encontra vinculada apenas a lei, no sentido estrito da palavra, mas sim a um “bloco de legalidade”, legitimado pelo interesse público. O administrador no campo discricionário tem liberdade de atuação (conveniência e oportunidade), nos limites da motivação. E é esta motivação prévia a principal limitadora da atuação administrativa, pois é com a mesma que o ato se torna eficaz.

Isto não torna o interesse público menos respeitável. Ocorre que, nem sempre o interesse público será o da totalidade, a unanimidade é algo inatingível. Pois, o interesse público é o somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor. E esta importância passa a ser identificado como o interesse de todo o grupo, ou, pelo menos, como um querer valorativo predominante na comunidade.

Com efeito, o interesse público é passível de diferentes interpretações. Tal imprecisão permite que este conceito tenha melhor aplicabilidade a cada caso concreto, e assim, ele é demudado ao longo do tempo, de acordo com determinada realidade social.

REFERÊNCIAS

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.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmatica Constitucional Transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJN, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 165-190.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 01 dez. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Poder Discricionário. **Revista de Direito Público**, n. 93, p.41-75, jan./mar., 1990.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 3. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Podivm, 2007, v.1.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 26-115.

TOURINHO, Rita. A Principiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa. In: Emerson Garcia (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 91-160.