



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

INGRID VIANA PINTO DA SILVA

**CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA
NOS CONFLITOS ENTRE INTERESSES PÚBLICOS E
PRIVADOS**

Salvador
2013

INGRID VIANA PINTO DA SILVA

**CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA
NOS CONFLITOS ENTRE INTERESSES PÚBLICOS E
PRIVADOS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Geovane Peixoto.

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

INGRID VIANA PINTO DA SILVA

CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NOS CONFLITOS ENTRE INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

A
Minha Mãe Margarida e ao Meu Pai
Valdemar.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela força e coragem concedida para enfrentar tantos desafios, e também pela confiança, de que ao final, todo o esforço valeria a pena.

A minha mãe Margarida, pelo apoio emocional nos momentos difíceis, mas principalmente, pelo amor incondicional, presente em todos os momentos da minha vida, e por acreditar no meu potencial, quando às vezes nem eu acreditava. Certamente, sem ela nada disso seria possível.

Ao meu pai Valdemar, pelo apoio diário, e por nunca me deixar esquecer, que de todos os meus ganhos, o mais importante é o conhecimento, pois este ninguém me tira.

A minha avó Maria do Céu, pois sempre torce pelo meu sucesso.

As companheiras de estudos monográficos e os demais colegas, que assim como eu acreditaram ser possível.

Ao meu orientador Geovane Peixoto, pela dedicação e paciência, no curso de toda a orientação, mas principalmente, pelo verdadeiro incentivo para continuar pesquisando.

Aos meus amigos, pelos risos e apoio que tornaram essa reta menos árdua.

“A verdade é que a minha atroz função não é resolver e sim propor enigmas, fazer o leitor pensar e não pensar por ele”.

Mário Quintana

RESUMO

O presente trabalho objetiva o controle da discricionariedade administrativa nos conflitos entre interesses públicos e privados, a fim de combater/evitar o arbítrio do gestor na resolução destes conflitos. Para tanto, investiga o problema da discricionariedade administrativa, ao analisar as fases de concepção do poder discricionário, tratar da esfera de atuação do mesmo e da natureza do problema da discricionariedade. Além disso, estabelece os limites e vícios no exercício do poder discricionário, e explica como o dever de motivação assume importância no controle da atividade administrativa. Em seguida, aborda o conflito de interesses públicos *versus* interesses privados. Neste ponto, trata de como a dicotomia público x privado é insuficiente. Situação ratificada pela dificuldade em distinguir interesse público de interesse privado. Segue analisando o conteúdo do princípio da supremacia do interesse público, destaca os direitos fundamentais como restrição à aplicação do princípio, e formula questões a partir do processo de publicização do privado e privatização do público. Por fim, analisa o controle da discricionariedade administrativa nos conflitos entre interesses públicos e privados, demonstrando a impossibilidade de controle através do princípio da supremacia do interesse público, quando então, apresenta-se como mecanismo de resolução do conflito a ponderação de interesses. Contudo, vislumbra-se a inadequação do procedimento, pois acentua o problema da discricionariedade, na medida em que alarga a discricionariedade do gestor, ao invés de reduzir ou eliminar. Sendo assim, novas alternativas críticas à ponderação de interesses são suscitadas, bem como, a possibilidade de aplicação de suas propostas nas questões administrativas envolvendo o conflito de interesses públicos e privados.

Palavras-chave: Discricionariedade Administrativa; Interesse Público versus Interesse Privado; Controle; Supremacia do Interesse Público; Ponderação de Interesses.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE	12
2.1 EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO	12
2.2 ESFERA DE ATUAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO	18
2.3 NATUREZA DO PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE	20
2.4 VINCULAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE	24
2.5 LIMITES AO PODER DISCRICIONÁRIO	27
2.6. VÍCIOS NO EXERCÍCIO DO PODER DISCRICIONÁRIO	30
2.7 O DEVER DE MOTIVAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA	36
3 INTERESSES PÚBLICOS VERSUS INTERESSES PRIVADOS	40
3.1 DICOTOMIA PÚBLICO X PRIVADO	40
3.2 DIFICULDADE NA DISTINÇÃO ENTRE INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO	44
3.3 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	46
3.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO RESTRIÇÃO AO INTERESSE PÚBLICO	50
3.5 DO PROCESSO DE PUBLICIZAÇÃO DO PRIVADO E PRIVATIZAÇÃO DO PÚBLICO À BUSCA POR RESPOSTAS	53
4 CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NOS CONFLITOS ENTRE INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS	57
4.1 IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	57
4.2 MÉTODO PONDERATIVO E O EXCESSO DE DISCRICIONARIEDADE	60
4.2.1 Conteúdo da Ponderação de Interesses	60
4.2.2 Ponderação de interesses aplicada às questões administrativas envolvendo os conflitos de interesses públicos e privados	66
4.2.3 Crítica ao modelo ponderativo	71
4.3 ALTERNATIVAS CRÍTICAS À PONDERAÇÃO DE INTERESSES E O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NOS CONFLITOS ENTRE INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS	78
5 CONCLUSÃO	85

1. INTRODUÇÃO

A discricionariedade administrativa é seara, dentro dos estudos sobre o Direito Administrativo, que preocupa doutrinadores e outros operadores do direito, seja no sentido de oferecer um conceito, verificar os vícios que podem advir do seu exercício errôneo, ou ainda, na tentativa de estabelecer parâmetros de fiscalização, e até mesmo algum mecanismo de controle.

Hoje, essa preocupação se faz ainda mais presente, em razão da insatisfação ocasionada pelos efeitos provenientes de decisões que fundadas na competência discricionária, ensejam o controle de outro poder que não o executivo, em sua esfera de atuação.

Aliada a preocupação com a discricionariedade na atuação do gestor, existe também a preocupação com a solução dos conflitos entre interesses públicos e privados. Tais conflitos ainda são zonas de difícil aplicação do direito. No caso concreto, por vezes é difícil distinguir um interesse do outro, qual deve prevalecer e os critérios utilizados para eleição de um, em detrimento do outro. Assim, a mencionada zona de conflito revela-se como mais uma seara de forte atuação do Administrador Público, na busca de um solução capaz de encerrar o conflito

Deste modo, percebe-se tanto em uma esfera quanto em outra, a atuação do administrador como um denominador comum.

Ocorre que, tal atuação não deve se guiar no vazio. É necessário realizar o controle da atividade administrativa. Principalmente, quando os limites para o seu agir não estão dispostos, de maneira expressa e vinculante, como parece ser o caso da discricionariedade administrativa, que assume contornos ainda mais delicados, quando ocorre em um campo de difícil controle. Seja pela carência de distinções previamente sedimentadas, em função da peculiaridade que assumem os interesses envolvidos, em cada caso particular, seja em razão do próprio caráter indeterminado das expressões que caracterizam o interesse envolvido, o conflito de interesses públicos *versus* interesses privados parece caracterizar bem a situação.

Neste diapasão é que se apresenta o seguinte problema: Como controlar a discricionariedade administrativa nos conflitos entre interesses públicos e privados, a

fim de combater ou evitar o arbítrio do gestor na resolução de tais conflitos?

O presente trabalho com base na metodologia exploratória, de início, buscou investigar o problema da discricionariedade administrativa. Para tanto, foi preciso analisar as fases de concepção do poder discricionário, para compreender as acepções que este assumiu e suas influências no direito administrativo. Em seguida, na tentativa de identificar a esfera de atuação do mencionado poder, identificou-se o embate de duas visões, a que concebe o poder discricionário no âmbito normativo, e de outra banda, a que o concebe no espaço de aplicação do direito.

Posteriormente, tendo em vista a importância que assume a compreensão da natureza do problema da discricionariedade para a busca de soluções, identificou-se as principais abordagens sobre a natureza do problema.

Na sequência, definiu-se o sentido de vinculação que assume o poder discricionário na atualidade, tratando-se de questão qualitativa, com graus de vinculação, bem como, os limites ao referido poder, os vícios provenientes de sua violação e os que se relacionam com a fundamentação do ato administrativo. Nesta linha, apresenta-se o dever de motivação dos atos administrativos e sua importância para o controle do mérito de tais atos.

Como recorte específico deste trabalho, no tocante ao espaço de atuação discricionária do gestor público, revela-se a zona de conflito entre os interesses públicos e privados. Esta não poderia ser abordada, sem antes mencionar a clássica dicotomia entre público e privado, e de como trabalhar com esta separação é cada vez mais difícil. Situação que conduz à dificuldade em dissociar interesse público de interesse privado, especialmente, em face do que estabelece a Constituição Federal de 1988 com a tutela da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, assume especial atenção o princípio da supremacia do interesse público como forma de resolver o conflito que privilegia o interesse público em detrimento dos demais, e de como o conjunto de direitos fundamentais, notoriamente, integrado por interesses privados, assume a importante tarefa de restringir a aplicação do referido princípio.

Em seguida, o processo de publicização do privado e privatização do público traz diversas questões que põem em cheque a maneira de se conceber a atuação estatal, mormente o agir discricionário, para lidar com tais demandas. O que

direciona as atenções para o controle da atividade discricionária, exercida pelo gestor nos conflitos entre interesses públicos e privados.

Então, questiona-se a aptidão do princípio da supremacia do interesse público para resolver o conflito de interesses, enfatizando a impossibilidade de controle da discricionariedade pela aplicação do mesmo.

Constatada a impossibilidade de controle, através do referido princípio, apresenta-se a ponderação de interesses como possível mecanismo de controle da discricionariedade administrativa, conformando sua aplicação às questões administrativas pelo gestor, bem como, a crítica sobre o modelo ponderativo: acentua o problema da discricionariedade, ao invés de resolver ou reduzir.

Por fim, identifica-se a existência de alternativas críticas à ponderação de interesses. Suscitadas neste trabalho sem a pretensão de esgotar o seu conteúdo, mas tão somente, com o objetivo de informar o que os críticos da lei de colisão propõem no lugar da ponderação de interesses, e se podem ser aplicadas à Administração Pública.

2. O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE

As transformações sofridas pelo Estado moderno até os dias atuais apontam para algumas mudanças paradigmáticas no Direito Administrativo. Dentre elas, encontra-se a questão da discricionariedade administrativa.

Conforme teoriza Gustavo Binbenbojm (2008, p. 24) tradicionalmente, se trabalhava com a ideia de “intangibilidade do mérito administrativo”, ou seja, as decisões discricionárias da Administração Pública estavam excluídas do controle judicial, bem como, da fiscalização popular, através de mecanismos de participação direta na gestão pública.

Ocorre que, em face das mudanças perpetradas pelo Estado, e das experiências no exercício da competência discricionária, verificou-se que este é um campo “carecedor de legitimação” (BINENBOJM, 2008, p. 39).

Deste modo, para uma investigação acurada do problema da discricionariedade, é necessário, primeiramente, entender como se desenvolveu a concepção do poder discricionário, essencialmente relacionada à própria evolução do Estado, de um modelo Absolutista para um Democrático de Direito.

2.1 EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO

A discricionariedade ou o intitulado poder discricionário, ao longo do tempo, nem sempre foi compreendido da mesma maneira. Sua concepção passou por um processo composto por fases, e desde já, cumpre ressaltar que, doutrinariamente, cada fase possui uma orientação dominante, porém sem deixar de sofrer a influência de estágios anteriores.

De início “sobressai a ideia de escolha livre, subtraída no seu conteúdo a toda disciplina legal, baseada somente em apreciações subjetivas da autoridade” (MEDAUAR, 2003, p.120).

Na Europa, séculos XVI a XVIII, o poder discricionário estava associado à soberania do monarca absoluto, que não estava adstrito à lei. Trata-se, pois, do Estado de Polícia, quando ainda não havia a separação entre as funções do Poder Judiciário e

do Poder Executivo. O governo confundia-se com a Administração Pública. (KRELL, 2013, p. 13).

Contudo, ao final do século XVIII, com a insurgência da Revolução Francesa e as ideias iluministas, apresenta-se uma intensa preocupação com os direitos individuais, no sentido de proteger o cidadão contra as intervenções estatais, principalmente, em sua liberdade e propriedade.

Assim, em função desses ideais revolucionários e pelo receio de um retorno aos desmandos do Estado Absolutista, é que se apresenta a teoria da separação dos Poderes, repartindo a soberania do Estado e, inaugurando consigo o Estado de Direito.

Deste modo, do Poder Executivo foi retirada cada vez mais a prerrogativa de editar leis, passando esta tarefa a ser do Legislativo, enquanto ao Judiciário cabia dirimir os conflitos de interesse. O Poder Executivo, então, passou a ser aquele competente para interpretar e executar livremente o interesse público, e em razão disso, é que o poder discricionário era, nesta fase, um “poder político” (NEVES, 1995, p.553), pois discricionária era a atividade da Administração, de interpretar e executar o interesse público.

Neste momento não se concebia a ideia de controle da discricionariedade, pois tal ideia implicaria na interferência de um poder, principalmente o judiciário, na esfera de atuação de outro poder, qual seja, o poder executivo, ferindo assim, a separação dos poderes.

Para Gustavo Binbenjy (2008, p.13) “A invocação do princípio da separação dos poderes foi um simples pretexto, mera figura de retórica, visando atingir o objetivo de alargar a esfera de liberdade decisória da Administração, tornando-a imune a qualquer controle judicial”.

Eis que, com fundamento no próprio poder, estavam os atos da Administração Pública insuscetíveis de apreciação judicial, estabelecendo o problema da “relação (da oposição) entre o domínio do direito e o domínio do poder político, entre o direito e não-direito” (NEVES, 1995, p.554).

Especificamente na França, até o início do século XIX, os atos discricionários ou de pura administração eram considerados imunes à análise judicial. Mas, em 1908, houve um avanço por parte do mais alto tribunal administrativo francês ao exigir a

observância de regras de competência e de forma da administração, inadmitindo a existência de atos totalmente desvinculados a lei (MEDAUAR, 2003, p.121).

De início, reconheceu-se que a *priori* toda atuação do Estado deve ser amparada pela lei, ou seja, o gestor como representante do Estado só poderia atuar subordinado a lei. Assim, o exercício do poder dentro de sua competência não era mais suficiente, era necessário também avaliar se o exercício da competência não violava os ditames legais. Acrescida a esta ideia, irrompeu também o limite de que a Administração não poderia atuar de modo a ofender os direitos subjetivos privados, só estando autorizada a fazê-lo, quando a lei assim dispusesse. (NEVES, 1995, p.556-557)

A partir desses fundamentos, a concepção de discricionariedade começa a se aproximar da ideia de autonomia privada, funcionando como uma releitura da esfera de liberdade privada aplicada ao direito público, e, portanto, do mesmo modo que o desrespeito à lei pelo particular, ao atuar fora do âmbito de liberdade permitido, ensejaria a atuação do poder judiciário, assim também ocorreria com a administração pública, ao extrapolar o âmbito de liberdade que lhe foi outorgado, ofendendo direitos subjetivos.

Neste sentido, haveria um vício de legalidade, toda vez que o administrador, no exercício de sua autonomia, ofendesse direitos individuais, pois estaria exorbitando a sua esfera de competência, e por isso, atuando fora do que a lei lhe permite. Consequentemente, deveria o poder judiciário atuar a fim de decretar a nulidade do ato, tendo assim, início a ideia de controle da atuação do gestor.

Então, o conceito de discricionariedade, aqui, apresenta-se como uma esfera de autonomia jurídica, onde se estaria autorizado a agir desde que não houvesse um limite legal imposto, trata-se de “mero âmbito de licitude” (NEVES, 1995, p.557).

Nas palavras de Odete Medauar (2003, p.121) “o conceito de poder discricionário se resolvia levando-se em conta a situação de ausência de lei ou imprecisão da lei, de um lado, e, de outro, a liberdade conferida à Administração para interpretar tais leis ou criar novas normas”.

Ocorre que, o Estado avança em suas intervenções na sociedade. O modelo de Administração, presente no Estado Social, objetivou reduzir a capacidade legislativa de prever todas as situações de incidência da norma, levando a criação de normas

cada vez menos precisas, cheias de conceitos indeterminados e cláusulas gerais (KRELL, 2013, p.14)

Atrelado a este fato, surge à necessidade de uma maior jurisdicização. A administração passa a ter o dever de respeitar a lei entendida como toda e qualquer norma emanada do poder legislativo e não apenas as normas atinentes à ordem jurídico-privada, ou seja, o Legislativo passa a editar normas sobre como a Administração deve agir, comandos que por ela devem ser seguidos. (NEVES, 1995, p.557).

Com efeito, caso a Administração não respeitasse tais comandos, aí estaria o permissivo para a incidência do controle jurisdicional. Então, no princípio estaria a lei, e dentro deste bloco maior estariam englobados os direitos subjetivos, devendo o gestor obedecer a lei em todo o seu conjunto.

Porém, ainda assim, o poder discricionário se apresentava como uma esfera de autonomia, pois se poderia agir livremente, desde que fossem respeitadas as normas editadas pelo Legislativo.

Nessa conjuntura, é que o poder discricionário se apresenta como “esfera de autonomia jurídica essência da administração pública” (NEVES, 1995, p.553, 557-561). Eis que, a liberdade de agir se faz típica da competência administrativa, pois o Judiciário, mesmo quando não existem soluções objetivamente determinadas em lei, está vinculado a uma finalidade que é a de realizar o direito, enquanto que, para a administração, o direito funciona apenas como um meio para a consecução do bem comum.

Assim leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p.26):

O específico da função jurisdicional é consistir na dicção do direito no caso concreto. A pronúncia do Juiz é a própria voz da lei in concreto. Esta é sua qualificação de direito. Logo, suas decisões não são convenientes ou oportunas, não são melhores ou piores em face da lei. Elas são pura e simplesmente o que a lei, naquele caso, determina que seja. Por isto, ao juiz jamais caberia dizer que tanto cabia uma solução quanto outra (que é o característico da discricção), mas que a decisão tomada é a que o Direito impõe naquele caso.

Por fim, apresenta-se a concepção mais recente de discricionariedade, entendida agora como um conceito juridicamente positivo, que impõe um dever de agir para a administração pública, e atuar com o objetivo de concretizar a finalidade da lei. Assim, o poder discricionário e a decisão que dele emana deixam de ser vistos como

a manifestação de um poder ou de uma certa esfera de autonomia, para representar a adequada realização de uma função específica, qual seja, a finalidade normativa, consubstanciada em regras e princípios.

Trata-se de um poder que é conferido para o cumprimento de um dever, entendido como função sempre vinculada a lei, às vezes de forma mais intensa e, de outras vezes com menor densidade.

Por tais razões, a discricionariedade nada mais é do que a execução e aplicação da lei. Conforme expressa de maneira ilustre o doutrinador português, (NEVES, 1995, p.563):

Afirma-se agora um conceito juridicamente positivo da discricionariedade, uma vez que esta deixou de entender-se como uma actuação que, do ponto de vista jurídico, tem de considerar-se válida desde que não viole os limites que lhe são impostos legalmente, para se entender antes como actuação chamada a realizar em concreto o sentido teleológico da lei.

Concorda também que, há na discricionariedade um dever de atender a finalidade legal Celso Antônio Bandeira de Melo (1996). Entretanto, embora haja uma concordância no tocante ao dever de realizar a finalidade normativa, a compreensão desse dever não ocorre da mesma forma em Antonio Castanheira Neves(1995) e Celso Antônio Bandeira de Mello (1996).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (1996), o dever de realizar a finalidade legal é meramente uma decorrência da lei, porque a própria discricionariedade é tão somente o fruto da indeterminação da hipótese de incidência da lei, ou ainda, a existência de abertura no mandamento da norma. Veja-se (MELLO, 1996, p.48):

Discricionariedade, portanto, 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 á 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.

Portanto, não há no pensamento do doutrinador uma leitura teleológica da lei, mas tão somente uma leitura da dogmática, ou seja, análise da estrutura da norma, havendo apenas um exame de legalidade do ato. Deste modo, a finalidade é uma prescrição da lei, e por isso deve o gestor realizá-la, sob pena de não o fazendo, o seu ato ser nulo, pois não obedeceu ao comando normativo.

Neste diapasão, Celso Antônio Bandeira de Mello (1996) alinha-se muito mais com a fase anterior da evolução do poder discricionário do que com a fase atual. Haja vista

que, além de identificar a discricionariedade como inerente a competência administrativa, a discricção ainda se apresenta como esfera de liberdade do administrador, na qual só é cabível controle de legalidade, mesmo quando este diz respeito à finalidade, pois, sendo esta prescrição da lei, a sua desobediência implica em violação da norma que enseja o controle jurisdicional do ato, a fim de invalidá-lo. Sendo assim, “não há discricção e sim ilegalidade quando o agente se desvia do fim legal” (MELLO, 1996, p.82).

Também concorda com o autor a respeito do exame de legalidade a autora Maria Sylvia Di Pietro (2013, p.225) ao explicar que ao poder judiciário só é permitido analisar os aspectos de legalidade e verificar se o gestor não extrapolou os limites impostos à atuação discricionária.

Nesta esteira também assevera José Carvalho Filho (2011, p.50) ao concluir que “o controle jurisdicional alcançará todos os aspectos de legalidade dos atos administrativos, não podendo, todavia, estender-se à valoração da conduta que a lei conferiu ao administrador”.

Diferentemente, Antonio Castanheira Neves (1995) entende a finalidade legal como dever no desempenho da função administrativa, em virtude de uma leitura teleológica da lei. Análise esta que vai além da dogmática, e que invade inclusive a esfera de aplicação da norma. Para dizer que, a discricionariedade não se adéqua ao clássico modelo subsuntivo de aplicação do direito, mas que se constitui em uma outra modalidade de aplicação da lei, mais preocupada em concretizar a finalidade normativa.

É esta visão mais recente da discricionariedade que irá influenciar a doutrina contemporânea brasileira, chamando atenção para a importância de rever a noção de discricionariedade administrativa. Conforme anota Gustavo Binbenbim (2008, p.39):

As transformações recentes sofridas pelo direito administrativo tornam imperiosa uma revisão da noção de discricionariedade administrativa. Com efeito, pretende-se caracterizar a discricionariedade, essencialmente, como um espaço carecedor de legitimação. Isso é, um campo não de escolhas puramente subjetivas, mas de fundamentação dos atos e políticas públicas adotadas, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei.

Portanto, é cediço concluir que, para esta nova doutrina do direito administrativo, não basta haver um mero controle de legalidade, é preciso ir além, é preciso

entender a discricionariedade dentro de parâmetros que vêm justamente para limitar o subjetivismo próprio da atividade discricionária, fazendo com que esta atuação possua uma relação de pertinência com o ordenamento jurídico vigente, especialmente, com a Constituição Federal de 1988.

2.2 ESFERA DE ATUAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO

É cediço que existem inúmeras abordagens sobre a localização da discricionariedade. Entretanto, com o fito de assegurar o recorte epistemológico deste trabalho, abordar-se-á apenas os dois pontos de vista fundamentais à compreensão do problema.

Desta maneira, a esfera em que atua o poder discricionário abrange duas correntes. A primeira entende que a discricionariedade ocorre no âmbito normativo, seja quando a própria norma estabelece a liberdade de escolha para o gestor, ou ainda, através da imprecisão de termos e expressões, utilizados na construção do texto normativo.

Não é outra a compreensão de Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p.48), quando trás o seu conceito de discricionariedade, mencionado no tópico anterior, e que se faz presente na idéia de seus seguidores. Como é o caso de José Eduardo Martins Cardozo (2005, p. 59) ao dizer que:

É a lei que outorga ao administrador, no ato de sua execução, o campo de liberdade para a sua atuação. Pode fazê-lo por um ato intencional do legislador, decorrente da percepção de que seria impossível definir *in abstracto* e *a priori* todas as alternativas de regulação que gostaria de ver captadas pelo comando de conduta que estabelece, preferindo deixar ao administrador a oportunidade concreta de encontrá-las a partir da multiplicidade dos fatos da vida. Pode fazê-lo por ser impossível do ponto de vista lógico, como sustentam alguns, suprimi-la. Pode fazê-lo por uma inadvertida insuficiência de técnica legislativa, tendo-se deixado a liberdade quando se pretendia vinculação.

Ainda quanto à discricionariedade no âmbito normativo, vale ressaltar a posição do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau (2008), por sua influência na jurisprudência do referido Tribunal, e também pela forma diferenciada como aborda o tema.

Para Eros Roberto Grau (2008, p.192), a discricionariedade está prevista na norma jurídica, ou seja, é a lei que confere ao administrador o poder de escolha dentre

soluções igualmente válidas. Nesta senda, o autor deixa claro que a discricção não decorre da lei, mas que é atribuída pela própria lei.

Decorrência da lei, o ex-ministro (GRAU, 2000, p. 202-203) refere-se aos conceitos jurídicos indeterminados¹. Estes, por sua vez, não são de alcance do poder discricionário, mas sim da interpretação/aplicação do direito. Isto é, ao serem interpretados, os conceitos, *a priori*, indeterminados, tornam-se determinados, ante o caso concreto, remetendo a uma única solução justa. Assim, inexistente para o administrador a liberdade de escolha entre indiferentes jurídicos.

Conquanto haja uma identidade entre a visão de Eros Grau e da segunda corrente, logo mais tratada, no que respeita o processo de interpretação/aplicação do direito, pois, interpretar e aplicar o direito não são operações cindidas, ocorrem simultaneamente, o mesmo não se verifica quanto ao campo de atuação do poder discricionário.

A segunda corrente prega que a discricionariedade está localizada no âmbito de aplicação da norma. Ela deixa de ser analisada por uma perspectiva dogmático-jurídica, e passa a ser vista por um ótica hermêutico-jurídica.

Segundo Antônio Castanheira Neves (1995, p. 536), a decisão discricionária não se identifica com a técnica subsuntiva de aplicação do direito. Esta técnica, recepcionada pelo positivismo, tem no princípio da legalidade o seu substrato, principalmente no que se refere à concepção material do mesmo. Informa o princípio material da legalidade que a decisão deve ser não apenas autorizada por lei, mas também, decorrente dela. Contudo, essa fórmula é inaplicável às decisões discricionárias, pois estas não são “subsuntivamente deduzíveis da norma legal” (1995, p. 536).

Mas para evitar quaisquer interpretações errôneas sobre o pensamento do autor (NEVES, 1995), é imperioso esclarecer que “a desvinculação discricionária, não

¹ Ressalte-se que, na lição de Eros Grau (2000, p.196-200), a expressão conceitos jurídicos indeterminados é errônea. A indeterminação é do termo, e não do conceito. O termo é apenas um signo utilizado para representar o conceito. Este nada mais é, que o produto da reflexão, a fim de individualizar um objeto. Sendo assim, um conceito é sempre determinado, ou então, não é conceito. Afirma ainda, que os conceitos jurídicos diferenciam-se dos conceitos essencialistas, pois os últimos dizem respeito à coisa em si, ao objeto do conceito, já os primeiros correspondem a significações, atribuições que se faz à coisa. Andreas Krell (2013, p. 20), por seu turno, compreende que um conceito jurídico apenas será indeterminado quando no exame do caso particular, através de uma dedicada interpretação, não se consiga alcançar uma única solução correta, em função das dúvidas quanto aos limites conceituais perante os fatos reais.

exprime uma desvinculação perante o direito ou do jurídico em geral, mas apenas uma desvinculação relativamente a um conteúdo normativo previamente formulado que houvesse simplesmente de aplicar-se”.² (NEVES, 1995, p. 540)

Nessa esteira é que se apresenta a impossibilidade de separar interpretação e aplicação. Conforme Lenio Luiz Streck (2008, p.169), o texto não existe à parte de seu sentido. O texto sempre diz respeito a um objeto do mundo dos fatos. Logo, interpretar um texto é aplicá-lo, conformá-lo à realidade.

Entretanto, mas sem pretensão de exaurir o tema, ainda subsiste na comunidade jurídica quem separe interpretação e aplicação do Direito.

Marcus Vinicius Filgueiras Júnior (2007, p.163-168), entende que a discricionariedade se apresenta entre a interpretação e a aplicação concreta da norma, ou seja, entre interpretação e a edição do ato administrativo. Para ele, logicamente, não há diferença entre a interpretação e a discricionariedade oriunda dos conceitos jurídicos indeterminados, pois ambas partem do texto normativo. Contudo, a interpretação não esgota o significado dos termos presentes no texto, já a discricionariedade tem como principal objetivo exaurir o significado normativo, propiciando a execução da norma.

Isto posto, resta claro, a despeito de existirem visões peculiares sobre tema, o embate teórico entre duas grandes correntes doutrinárias. De um lado, subsiste a concepção de que a discricionariedade ocorre no âmbito normativo, e de outra banda, a tese de que o poder discricionário reside no âmbito de aplicação da norma.

2.3 NATUREZA DO PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE

No processo de busca por soluções de um problema, é necessário, antes de tudo, identificar em que consiste tal problema. Para tanto, o presente tópico busca fazer um mapeamento do que se concebe como problema da discricionariedade, trazendo visões da questão, a partir de sua natureza.

² A temática referente à vinculação/desvinculação da discricionariedade será abordada, com maior profundidade, em tópico específico deste trabalho: vinculação da discricionariedade administrativa.

Trata-se de cinco correntes que, apesar de não exaustivas, servem como paradigmas do tema, pela sua grande influência no cenário jurídico mundial, mas principalmente, na comunidade jurídica brasileira.

A primeira corrente encara o problema da discricionariedade como um problema de prova. Uma vez que, a rigor, não existe discricionariedade, mas sempre vinculação, os casos de discricionariedade seriam situações em que não foi possível demonstrar a existência de vinculação. Deste modo, a discricionariedade é tão somente a circunstância em que o titular do direito lesionado não tem como comprovar a ofensa (MELLO, 1995, p. 41- 42). “Em suma: às vezes o direito restaria irremissivelmente violado, mas esta realidade fática não seria razão prestante para erigir-se em categoria jurídica – nominando-a de discricionariedade – a simples impossibilidade prática de corrigir uma violação do direito” (MELLO, 1995, p.42).

Ocorre que, a discricionariedade não é fruto apenas da impossibilidade de se demonstrar a violação de um direito. Conforme advogada Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p.42), antes de tudo, a discricionariedade decorre da impossibilidade de, objetivamente, antever a conduta que guarda a solução ótima capaz de realizar a finalidade normativa no caso concreto. Por este entendimento, para a segunda corrente, o problema da discricionariedade é de conhecimento, ou seja, uma questão epistemológica.

O homem, não sendo onisciente, é limitado em sua capacidade de conhecer, possui então, uma inteligência finita, incapaz de descobrir a solução que melhor realiza a finalidade legal. Desta maneira, no processo de busca pela melhor resposta, ao menos duas, ainda que dissonantes, seriam admissíveis face o caso concreto. Assim, “a discricionariedade é pura e simplesmente o resultado da impossibilidade da mente humana poder saber sempre, em todos os casos, qual a providência ótima que atende com precisão capital a finalidade da regra de Direito” (MELLO, 1995, p.43).

Para Robert Alexy (2011, p. 23), face determinado caso, quando o intérprete se encontra diante de várias soluções, tendo que optar por uma delas, a partir de um sistema jurídico de normas, regras metodológicas e enunciados indeterminados ulteriormente, a decisão que escolhe o enunciado normativo a ser aplicado é sobre “o que deve ou pode ser feito ou omitido” (ALEXY, 2011, p.23). Isto implica que, a conduta de uma pessoa ou grupo é eleita como desejada em relação à outra.

Porém, por trás de tal preferência, encontra-se um juízo de valor, ou seja, a ideia de que uma conduta é melhor em algum sentido.

Assim, a tarefa de resolver o caso concreto é uma escolha, por meio da qual se expressam as valorações feitas pelo aplicador do Direito e, o processo de legitimação desta decisão ocorre através da argumentação. Deste modo, a terceira corrente, identificada a partir da teoria da argumentação de Robert Alexy (2011), compreende o problema da discricionariedade como um problema de argumentação.

Segundo Lenio Luiz Streck (2008, p.179), a teoria argumentativa de Robert Alexy (2011) resolve os casos simples (*easy cases*) com o emprego da subsunção, em outras palavras, por meio de uma dedução, evidenciando um forte traço positivista em sua teoria. Já no que diz respeito aos casos difíceis (*hard cases*), quando existe o conflito entre princípios ou até mesmo entre regras, nota-se que a teoria supracitada relega à ponderação a solução do conflito³. A ponderação, por sua vez, trás consigo uma continuidade do problema existente no modelo positivista: a delegação em favor do sujeito (entendido como o aplicador do direito) de um poder de escolha que retorna ao problema da discricionariedade.

É a percepção desse constante retorno às soluções presentes no modelo positivista, ainda que com novos contornos, mas sempre trazendo consigo o problema da discricionariedade, que se apresenta no pensamento de Antonio Castanheira Neves (1995) e do já mencionado doutrinador Lenio Luiz Streck (2008). Sendo necessário um novo entendimento a cerca da discricionariedade.

Para tanto, ambos os doutrinadores partem de duas premissas fundamentais: a) insuficiência da teoria subsuntiva de aplicação do direito e, b) incidibilidade entre interpretar e aplicar o direito.

A decisão discricionária, apesar de autorizada pela lei, é incapaz de conformar o fato a norma, pois diz respeito à “possibilidade de uma opção autônoma entre várias decisões e comportamentos igualmente válidos” (NEVES, 1995, p. 538), inexistindo vinculação a uma conduta específica, hipoteticamente prevista.

³ Sobre a temática dos *easy cases* e *hard cases*, Lenio Luiz Streck (2008) entende estar superada esta cisão, pois o que diferencia casos mais complexos de casos mais simples é “o nível de possibilidade de objetivação” (STRECK, 2008, p.398). Em outras palavras, não está na essência do próprio caso ser fácil ou difícil, o problema está na possibilidade de compreendê-lo. Sendo assim, o caso que, em tese, é difícil, ao ser compreendido, torna-se fácil.

Revela-se, portanto, o caráter restrito da subsunção como forma de aplicar o direito, na medida em que, tendo como base a prescrição de uma conduta, ausente esta especificidade, torna-se um modelo inaplicável ao caso concreto.

Antonio Castanheira Neves (1995, p. 536) ressalta:

(...) a decisão devia ser não apenas autorizada pela lei, mas ainda deduzida da lei. E sem dúvida que esta última exigência se não cumpre nas decisões discricionárias, por serem elas justamente decisões não subsuntivamente deduzíveis da norma legal. Subsistiria, todavia, a primeira exigência, já que a discricionariedade não tinha na lei o seu critério de decisão, não poderia no entanto ser exercida senão com fundamento na lei e no quadro de limites por ela definido.

Na subsunção, a linguagem é algo que se interpõe entre o sujeito e o objeto, ficando a cargo da dogmática jurídica explicar o direito, ou seja, fixar o sentido da norma, como se os conceitos jurídicos fossem coisas apreensíveis, isoladamente, e só em momento posterior, depois de realizada a compreensão textual, se poderia aplicar o direito.

Contudo, a linguagem, não é uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto, mas sim uma condição de possibilidade. Trata-se de meio que permite o alcance do objeto pelo sujeito. Desta maneira, ao interpretar a norma, se está inevitavelmente aplicando-a, pois o intérprete, quando compreende o texto, atinge o objeto.⁴

Sendo assim “o texto não existe em uma espécie de “textitude” metafísica; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade, interpretar um texto é aplicá-lo, daí a impossibilidade de cindir interpretação e aplicação”⁵ (STRECK, 2008, p.169).

Face a exposição dessas duas premissas, é que se pode apresentar a concepção tanto de Antonio Castanheira Neves (1995) , quanto de Lenio Luiz Streck (2008), sobre o problema da discricionariedade.

⁴ Para Marcus Vinicius Filgueiras Júnior (2007, p.167) “não há diferença, do ponto de vista lógico, entre a interpretação e a discricionariedade atípica (oriunda de conceitos jurídicos indeterminados). Ambas partem das disposições normativas para levantar o significado delas, ou seja, ambas se valem de uma operação intelectual. Porém enquanto a interpretação não exaure os significados dos significantes trabalhados, a discricionariedade tem a função precípua de esgotar o significado normativo, optando, para a concreta aplicação da norma (execução), por uma solução que venha a atender, da melhor forma e no caso concreto, ao interesse público”.

⁵ Vale ressaltar a seguinte lição “o ser é – e somente pode ser – o ser de um ente, e o ente só é – e somente pode ser – no seu ser (aqui se encontra o sustentáculo da *applicatio*). E isso constitui a superação do paradigma representacional, isto é, compreender que não há dois mundos, não há espaço para os dualismos metafísicos, enfim, não há um sujeito separado de um objeto. Ser e ente não são idênticos (não estão colados, não há imanência); mas também não estão cindidos. É a diferença entre a hermenêutica e as demais teorias discursivo-procedurais e que é condição de possibilidade para alcançar a resposta correta” (STRECK, 2008, p. 170).

Para o primeiro (NEVES, 1995), trata-se de um problema metodológico de aplicação do direito, fundado na impossibilidade de aplicação do direito através da subsunção, que leva a confusão entre discricionariedade e aplicação do direito. Nesta senda, o problema da discricionariedade oferece apenas uma resposta negativa, sinalizando a inaplicabilidade da subsunção para todos os casos. O que, por conseguinte, revela a necessidade de uma “revisão metodológica do problema geral da aplicação do direito” (NEVES, 1995, p.596), visando à compreensão e fundamentação deste nas dimensões normativa e concreta, unitário-constitutiva.

Já, para o segundo (STRECK, 2008), trata-se de um problema hermenêutico, trazido desde o positivismo, qual seja, a “discricionariedade interpretativa e a conseqüente multiplicidade de respostas” (STRECK, 2008, p. 179), em que se delega ao sujeito a escolha da melhor solução.

Para Lenio Luiz Streck (2008) a resposta correta, não decorreria de um juízo de ponderação do aplicador do direito, pois quanto maior a liberdade em favor do intérprete, mais subjetivista é a sua análise do caso. A resposta certa é fruto da “reconstrução principiológica do caso, da coerência e da integridade do direito. É por isso que a hermenêutica salta do esquema sujeito-objeto, para a intersubjetividade (sujeito-sujeito)” (STRECK, 2008, p. 188).

Por todo o exposto, a concepção do que vem a ser o problema da discricionariedade, bem como a sua possível solução ou controle, depende do referencial teórico adotado. Em outras palavras, a percepção do problema será diferente, conforme as premissas admitidas. Consequentemente, sendo diversas as bases teóricas apresentadas, distintas também são as visões sobre o problema da discricionariedade.

2.4 VINCULAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

Antes de tudo, é cediço esclarecer que discricionariedade não quer dizer arbitrariedade, em verdade, são conceitos antagônicos. A discricionariedade é uma atuação dentro do Direito, já a arbitrariedade é um agir fora dos liames do ordenamento jurídico.

Na prática, por vezes, os agentes administrativos valem-se de uma suposta competência discricionária, para atuar de maneira arbitrária, contrariando a ideia de vinculação que existe na discricionariedade. Assim, interessante é a conclusão de Rita Tourinho (2006, p.37) sobre o tema:

Sabe-se que o poder seduz, corrompe e é desprovido de autolimitação. Daí as escabrosas arbitrariedades praticadas por aqueles que se dizem no exercício de competência discricionária. Para se evitar tal deturpação é que não mais se pode renunciar a um controle judicial a favor das decisões administrativas.

Sucedem que, as transformações sofridas pelo Direito Administrativo trouxeram para a atualidade a “noção de juridicidade administrativa” (BINENBOJM, 2008, p.39). Por esta, entende-se que os agentes administrativos não estão vinculados apenas à lei, mas ao ordenamento jurídico como um todo, como um conjunto de regras e princípios.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o fenômeno da constitucionalização do Direito, a ideia de vinculação direta a Constituição Federal de 1988 passou a integrar o bloco de juridicidade administrativa no ordenamento brasileiro. Assim, o referido diploma galgou posição privilegiada no processo de execução e interpretação do Direito Administrativo.

Nas palavras de Gustavo Binenbojm (2008, p. 208):

Superada a concepção positivista de que a lei contém todo o direito, verificam-se, na atualidade, esforços concentrados em superar esse modelo de Estado de direito formal, em benefício de um estado de direito material. Nestes termos, passa-se a fundamentar a atividade administrativa na vinculação à ordem jurídica como um todo (princípio da juridicidade), o que se reforça com o constitucionalismo, que acabou por consagrar os princípios gerais ou setoriais do direito na Lei Maior.

Deste modo, para se entender com maior clareza o verdadeiro sentido da vinculação existente no exercício da competência discricionária, é preciso compreender a ineficiência da clássica dicotomia entre ato administrativo vinculado e discricionário.

Eis que, do ponto de vista prático, “não existem tipos puros e absolutos de vinculação e de discricionariedade. Trata-se de uma questão de grau, variável em cada norma e para cada situação em que a atividade será desenvolvida” (JUSTEN FILHO, 2009, p.163).

Como bem explica Andreas Krell (2013, p. 21-22), o que diferencia o ato vinculado do ato discricionário não é a sua natureza, ou seja, não é a qualificação da decisão, mas se, quantitativamente, a liberdade para decidir, conferida ao gestor pelo

Legislativo, foi em maior ou em menor grau, mais ou menos intensa. Portanto, trata-se de uma questão quantitativa (de grau) e não qualitativa (de natureza).

Conforme preceitua Antonio Castanheira Neves (1995, p.542-541), a vinculação não só remete a distinção entre o poder discricionário e uma esfera de verdadeira autonomia, onde se poderia escolher livremente, mas também revela a garantia de um controle judicial baseado nos limites ao exercício do poder discricionário.

Por esse ponto de vista, nenhum ato da administração pública é completamente livre, ainda que de forma mínima, é vinculado, podendo-se dizer que a discricionariedade e vinculação se cruzam na formação do ato administrativo.

É cediço destacar, no tocante a concepção dos atos administrativos, o entendimento de grande parte da doutrina brasileira quanto aos elementos do ato administrativo, vide-se José Carvalho Filho (2005), Maria Sylvia Di Pietro (2013) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2013). Para a referida doutrina, a competência, forma e finalidade do ato administrativo serão sempre vinculadas (embora quanto à forma haja uma leve dissensão entre os doutrinadores), já os elementos, motivo e objeto do ato podem ser discricionários, conforme permissivo legal.⁶

Nesta esteira leciona Hely Lopes Meirelles (2009, p. 121):

A discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à competência, à forma e à finalidade do ato, a autoridade está subordinado ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado. Com efeito, o administrador, mesmo para a prática de um ato discricionário, deverá ter competência legal para praticá-lo; deverá obedecer à forma legal para a sua realização; e deverá atender à finalidade legal de todo ato administrativo, que é o interesse público. O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado por forma diversa da prescrita em lei, ou informado de finalidade estranha ao interesse público é ilegítimo e nulo. Em tal circunstância, deixaria de ser ato discricionário para ser ato arbitrário – ilegal, portanto.

Então, resta cada vez mais clara a ideia de graus de vinculação, uma vez que sendo os cinco elementos em questão indispensáveis a formação do ato, três necessariamente vinculados, a discricionariedade será maior ou menor em razão do

⁶ No que diz respeito aos elementos do ato administrativo, em geral, a doutrina costuma apontar cinco elementos: a) competência: atribuição conferida por lei ao órgão administrativo habilitado; b) finalidade: é o resultado que o ato deseja alcançar e que não pode ser diverso do interesse público; c) forma: é o meio pelo qual se exterioriza o ato; d) motivo: ou causa do ato, são as razões que levaram o administrador a praticar o ato, podendo inclusive subdividir-se em motivo material que “reside na situação fática subjetiva que ensejou a expedição do ato” (KRELL, 2013, p. 24) e motivo legal que “adviria da previsão legal abstrata do fato jurídico-administrativo” (KRELL, 2013, p.24) e; e) objeto: é o conteúdo do ato, sobre o que este dispõe e tem sempre correlação com o motivo do ato, uma relação entre causa e efeito.

grau de vinculação existente nos demais elementos do ato, o que conseqüentemente, tornará a esfera de apreciação do gestor mais larga ou restrita. Para tanto, é importante o delineamento dos limites ao poder discricionário e seus respectivos vícios, como se verá adiante.

2.5 LIMITES AO PODER DISCRICIONÁRIO

Quanto aos limites ao exercício da competência discricionária, figura-se a existência de diversos entendimentos. Estes, por vezes, convergem em alguns pontos e, em outros momentos, divergem ou acrescem limite diverso. Assim, o tópico em questão apresentará posicionamentos doutrinários que, de um modo geral, sintetizam as diversas compreensões dos limites ao poder discricionário.

Para José Carvalho Filho (2005, p.24), os elementos do ato administrativo competência, finalidade e forma presentes em todos os atos administrativos, inclusive nos atos discricionários, são vinculados, e por assim o serem, constituem limites ao poder discricionário, não cabendo se falar em discricionariedade quanto a estes elementos.

De modo que, no tocante a competência, o administrador age sempre conforme norma prefixada, não podendo atuar fora dos limites desta. No que tange a finalidade, a mesma deve, em última instância, ser o interesse público, não cabendo ao gestor valorar este elemento. Por fim, é a lei que disciplina a forma como os atos devem ser praticados, ou seja, as condições de externalização da vontade do agente (CARVALHO FILHO, 2005, p.24).

Sobre o tema Rita Tourinho (2005, p.93) destaca ser a lei que confere as competências aos agentes públicos, para o desempenho de duas atividades, que devem-se voltar ao cumprimento do interesse público.

Além desses limites, José Carvalho Filho (2005, p.25) aponta “limites do poder discricionário em si” que podem ser expressos ou implícitos. Os expressos são os apontados em lei como escolhas que o gestor não pode realizar. Já os limites implícitos são os que a lei não menciona diretamente, mas que não podem ser descumpridos pelo agente sob o manto de uma pretensa discricionariedade.

Sendo assim, deve-se recorrer à lei para a identificação de tais limites. Para tanto, deve o interprete reconhecer dois elementos fundamentais: a) os pressupostos da exteriorização de vontade do administrador e, b) os fins instados na norma (CARVALHO FILHO, 2005, p.26).

Uma vez que, estando sempre voltada ao cumprimento do interesse público, para o exercício da função administrativa não importa a vontade ou opinião pessoal do gestor (TOURINHO, 2005, p.94)

Cumpra ainda ressaltar, conforme entendimento de José Carvalho Filho (2005, p.26), quanto à investigação dos limites da discricionariedade na lei, a importância do emprego do princípio da razoabilidade, pois é o referido que torna possível averiguar a conformidade entre as razões e os fins dos atos administrativos.

Odete Medauar (2003, p.125), em razão da dificuldade de isolar especificamente os tipos de limites da discricionariedade, também conhecidos como parâmetros, enuncia alguns critérios, sem a pretensão de esgotá-los:

- a) Parâmetros decorrentes da observância da Constituição, da lei, dos princípios constitucionais da Administração, outros princípios do direito administrativo e princípios gerais do direito; b) Tipo de interesse público a atender, estabelecido diretamente pela norma atribuidora de competência ou indiretamente pela norma de regulamentação do órgão; c) Normas de competência; d) Consideração dos fatos tal como a realidade os exterioriza; e) Motivação das decisões; f) O poder discricionário deve observar as normas processuais e procedimentais, quando pertinentes à atuação, tais como: contraditório, ampla defesa, adequada instrução, inclusive com informações técnicas e atos probatórios; g) Garantias organizacionais; h) Preceitos referentes à forma (MEDAUAR, 2003, p.125-126).

Maria Sylvia Di Pietro (2013, p.226) remonta a elaboração de algumas teorias, cujo objetivo é estabelecer limites ao poder discricionário, e que aumentam a possibilidade de controle dos atos discricionários pelo Judiciário.

Primeiro, remete-se a teoria do desvio de poder. Por esta teoria, ocorre desvio de poder quando o administrador atinge finalidade diversa daquela contida na lei, ou seja, a finalidade legal é o limite aqui estabelecido (DI PIETRO, 2013, p.226).

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 58-59), o desvio de poder expressa uma dupla modalidade: a) quando o administrador, se valendo da competência abstratamente prevista em lei, persegue fim estranho ao interesse público. Nesta situação, o gestor busca um fim pessoal e; b) quando o agente, também valendo-se de uma competência legalmente fixada, busca atingir uma finalidade, que embora seja pública, não é da atribuição de sua competência realizar

tal finalidade. Deste modo, a autoridade apropria-se de competência juridicamente inadequada, para atingir a finalidade desejada.

Outra teoria indicada é a dos motivos determinantes. Para esta teoria, o gestor, na prática de seus atos, deve apontar os verdadeiros motivos que ensejaram a prática do ato, só sendo válido o ato válido, se o motivo for verdadeiro. Assim, os pressupostos de fato e as provas da ocorrência dos motivos seriam limites ao agir discricionário (DI PIETRO, 2013, p.226).

Há ainda, tendência no sentido de limitar a discricção administrativa, quando se fala nos conceitos jurídicos indeterminados. De modo que, havendo elementos objetivos, extraídos do caso concreto que confirmam uma delimitação do conceito a ponto de se chegar a uma única solução juridicamente válida, neste caso, não haveria discricionariedade, mas sim interpretação (DI PIETRO, 2013, p.226).

Sobre a temática dos conceitos jurídicos indeterminados, a despeito de se tratar de uma questão importante no que tange ao problema da discricionariedade administrativa, não será aqui exaustivamente tratada, sob pena de ocorrer o desvio do objeto de pesquisa da presente monografia.

Contudo, não se poderia deixar de mencionar o trabalho de Andreas Krell (2013) sobre discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados. No aludido estudo, o autor faz uma análise da disciplina dada a tais conceitos e a discricionariedade administrativa na Alemanha, onde a teorização sobre os conceitos jurídicos indeterminados é pormenorizada, com várias classificações, e a disciplina dada a tal matéria no Brasil⁷. Nesta senda vale ressaltar:

Boa parte da doutrina nacional aceita a concessão de discricionariedade aos órgãos do Executivo quando a lei emprega noções fluidas ou elásticas nos chamados conceitos de valor, que exigem a apreciação subjetiva do interesse público no caso concreto e são controlados pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mas negam qualquer margem de mérito nas decisões administrativas relacionadas a conceitos legais cuja concretização envolva critérios técnicos ou empíricos, que normalmente não permitiriam soluções alternativas ou a liberdade de escolha de seu significado (KRELL, 2013, p. 43-44).

⁷ Cumpre ressaltar o posicionamento de Rita Tourinho (2004, p.324-325) que ao defender a diferença entre conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade, contribui para a redução do campo da discricionariedade, posto que, conceitos jurídicos indeterminados não são uma prerrogativa do direito público, ao contrário, permeiam o direito como um todo. Assim, diante de normas que possuam conceitos de valor ou de experiência, tais conceitos devem ser interpretados, podendo o seu sentido variar conforme o tempo e o espaço, mas sempre devendo atingir uma acepção comum, aceita pela sociedade. Em outras palavras, deve o intérprete chegar a uma única solução para o caso concreto, inexistindo liberdade subjetiva na criação de outra solução.

Por fim, Maria Sylvia Di Pietro (2013, p.227) aponta que o administrador deve obedecer à moralidade dos atos administrativos, com supedâneo no art. 37, caput, e art. 5º, LXXIII da Constituição Federal de 1988, devendo o magistrado, ao exercer o controle dos atos discricionários com base nos valores morais do gestor público, apenas invalidar as manifestações de vontade que de acordo com os padrões do homem médio, notoriamente, afrontam a moralidade administrativa.

Sendo assim, resta apresentado um panorama à luz da doutrina brasileira quanto aos limites no exercício da competência discricionária.

2.6 VÍCIOS NO EXERCÍCIO DO PODER DISCRICIONÁRIO

A disciplina dos vícios no exercício do poder discricionário não é uniforme, existindo algumas tentativas de sistematização desses vícios. De acordo com o panorama traçado por Robert Alexy (2000, p.13), podem ser divididas as correntes em quatro conjuntos: doutrinas da tripartição, doutrinas da bipartição, doutrina do vício único e mera lista de vícios.

A doutrina da tripartição, classicamente, diferencia a) o excesso do poder discricionário, b) a deficiência do poder discricionário e, c) o uso defeituoso do poder discricionário. Além destes vícios tradicionais, os que advogam para esta corrente, acrescentam também os vícios contra direitos fundamentais, contra princípios constitucionais, ou ainda, contra princípios gerais do Direito Administrativo (ALEXY, 2000, p.13).

Em linhas gerais, Maurer citado por Robert Alexy (2000, p. 14), informa que o excesso do poder discricionário ocorre quando o agente opta por uma consequência jurídica que encontra-se fora da esfera de competência discricionária. Tal vício pode ocorrer tanto em atos vinculados quanto discricionários. Já a deficiência do poder discricionário acontece quando o uso da discricção deveria ocorrer, mas o administrador dela não faz uso, por equivocadamente, a entender como vinculada. Por fim, existe o uso defeituoso do poder discricionário, também conhecido como abuso do poder discricionário, quando o gestor não atende a finalidade legal ou quando não engloba de maneira adequada, em suas análises, os interesses tanto

públicos quanto privados que devem ser considerados na tomada da decisão, e, para além destes vícios tradicionais, existem os complementares que ensejam uma análise do princípio da proporcionalidade.

Sobre o abuso de poder, vale destacar a lição de José Carvalho Filho (2005, p.15), ao informar que o abuso comporta duas formas ilegais de se apresentar: a) o excesso de poder e b) o desvio de poder. Explica o autor que “o excesso de poder se caracteriza pela atuação do agente administrativo fora do círculo de sua competência”, já o desvio de poder, ocorre “quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público”.

Assim, verifica-se que há uma concordância entre os autores Robert Alexy (2000) e José Carvalho Filho (2005) sobre o abuso de poder abarcar o desvio de finalidade, apesar de o último classificar este desvio como uma forma de desvio de poder.

A disciplina do desvio de poder recebe grande importância no direito brasileiro, existindo grande preocupação de doutrinadores de peso como Celso Antônio Bandeira de Mello (1996) que chega a dedicar um capítulo inteiro de seu trabalho “Discrecionalidade e Controle Jurisdicional” a problemática do desvio de poder. Afirma que “entende-se por desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição” (MELLO, 1996, p.56).

Então, resta clara a associação da doutrina brasileira do desvio de poder ao desvio de finalidade.

Seguindo o panorama de Robert Alexy (2000), apresenta-se a doutrina da bipartição, que é guiada pela regulamentação prevista no §114 VwGO⁸ e § 40 VwVfG⁹, ou seja, pelo respeito aos limites, de um lado, e pela observância da finalidade, do outro. Contudo, é cediço que a referida bipartição “é muito estreita e que ambas as normas citadas, por conseguinte, deveriam ser interpretadas ampliativamente” (ALEXY, 2000, p.16)¹⁰.

⁸ Lei alemã sobre Justiça Administrativa

⁹ Lei alemã sobre Procedimento Administrativo

¹⁰ Robert Alexy (2000, p. 16) aduz que existem versões bastante distintas da doutrina da bipartição, podendo-se destacar as de Wolff/Bachof, Stern e Schwerdtfeger. Para o referido autor (ALEXY, 2000, p. 16), o característico na visão de Wolff/Bachof é que o excesso de poder está ligado aos limites, já o abuso de poder está associado à finalidade. No que se refere à classificação de Stern, Robert Alexy (2000, p. 16) entende como o substrato do pensamento, a diferenciação feita com base

Sobre o disposto na Lei alemã sobre a Justiça Administrativa (VwGO) em seu art. 114 a respeito do controle do atos discricionários, leciona Andreas Krell (2013, p.80):

Controle judicial se limita aos erros discricionários causados pelo descumprimento administrativo de diretivas jurídicas referentes ao exercício da discricionariedade, como a finalidade da lei autorizadora, das regras procedimentais e, sobretudo, pela violação de normas constitucionais. São excluídos dessa sindicância – como no Brasil – os atos apenas considerados inconvenientes ou inoportunos.

Informa Andreas Krell (2013, p.80) que foi a partir do citado dispositivo legal, art.144, VwGO, que a doutrina e jurisprudência germânicas desenvolveram a teoria dos “vícios de discricionariedade” (*Ermessensfehler*), cuja ocorrência enseja a anulação do ato. O primeiro dos vícios seria a “transgressão dos limites do poder discricionário” (*Ermessensüberschreitung*), quando o agente administrativo, elege uma consequência jurídica imprevista não fixada ou, equivocadamente, pensa existir fatos geradores da atuação discricionária. Outro vício é o “não exercício do poder discricionário” (*Ermessensnichtgebrauch*), a partir da conclusão do órgão administrativo de que está diante de uma situação de vinculação, quando na verdade, é uma situação discricionária equivale, na classificação da doutrina da tripartição, a deficiência do poder discricionário. Finalmente, apresenta-se o vício mais comum que é o desvio de poder (*Ermessensfehgebrauch*), cuja incidência ocorre em situações de violação à finalidade prescrita, violação de princípios constitucionais e administrativos e desrespeito a direitos fundamentais, a exemplo da igualdade e proporcionalidade.

Há ainda, a doutrina do vício único. Para esta, existe apenas um tipo de vício no exercício do poder discricionário, havendo tanto os que compreendem o aludido vício como excesso de poder¹¹, quanto os que o entendem como o uso defeituoso

na doutrina francesa entre elementos objetivos e subjetivos do poder discricionário. Assim, os componentes objetivos seriam aqueles ligados ao conteúdo e que são exteriorizados para fora do agir discricionário, enquanto que, os elementos subjetivos dizem respeito ao conteúdo da motivação do ato discricionário, sendo tal exposição de motivos interna a atuação discricionária. Por último, no tocante a classificação de Schwerdtfeger, de acordo com Robert Alexy (2000, p. 18), o fundamental é a distinção entre vícios do resultado e vícios do processo. Ocorre vício do resultado quando a decisão definitiva exacerba o conteúdo prescrito na lei ou na Constituição, violando norma hierarquicamente superior. Já o vício do processo aparece quando há deficiência do poder discricionário, ausência de apresentação dos fatos e pontos de vista importantes para a decisão, bem como a criação de pontos de vista que não devem ser levados em conta e, a omissão de uma real ponderação.

¹¹ A ideia do vício como excesso de poder são imperiosas duas críticas. A primeira liga-se ao conceito de poder discricionário adotado por esta tese. Por este conceito, a esfera de atuação discricionária deve abarcar tudo que não viole mandamento ou proibição concernentes ao agir discricionário, consequentemente, vícios no exercício do poder discricionários são apenas violações jurídicas,

do poder discricionário¹² (ALEXY, 2000, p. 20).

Por fim, se apresenta a mera lista de vícios, caminhando em sentido contrário ao modelo até então posto sobre a disciplina dos vícios, que sempre buscava sistematizar os vícios através de conceitos. Surge então, a mera elaboração de listas de vícios tão extensas quanto possível (ALEXY, 2000, p.22).

Contudo, há uma nítida fraqueza nesse catalogo de vícios, na medida em que se apresenta o perigo da casuística, alargando ainda mais a situação de insegurança, já existente na ordem jurídica, em virtude da própria essência da discricionariedade.

Das teorias até o momento elencadas, percebe-se um predomínio em apontar o desvio/abuso de poder ou de finalidade como vícios no exercício do poder discricionário. Por conseguinte, apenas tais vícios ensejariam a atuação do controle jurisdicional.

Neste sentido, vale citar o entendimento do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau (2000, p.160):

O exercício, pela Administração, da autêntica discricionariedade – formulação de juízo de oportunidade, que apenas poderá exercitar quando norma válida a ela atribuir essa faculdade – não está sujeito ao controle do Poder Judiciário, salvo quando esse exercício consubstancie desvio ou abuso de poder ou de finalidade.¹³

Contudo, ótica diversa apresenta-se no sistema de vícios formulado por Robert Alexy (2000), que trará em sua essência a ideia de vícios de motivação/fundamentação, ou seja, vícios para além do abuso/desvio de poder ou de finalidade e que autorizam o controle jurisdicional do ato discricionário.

Ideia essa também presente no controle principiológico proposto por Rita Tourinho (2005, p.94-95), uma vez que considera a motivação um marco entre a discricionariedade e arbitrariedade, e por isto, não bastaria a presença formal da

excessos ao campo de atuação do poder discricionário. Segundo, apresenta uma disciplina muito limitada dos vícios no exercício do poder discricionário, uma vez que toda decisão sob normas que preceituam o poder discricionário, quando violadas ocorre também vício no exercício do poder discricionário (ALEXY, 2000, p.20-21)

¹² Quando ao uso defeituoso do poder discricionário, também há uma demasiada simplificação do problema. Ora, distinções tidas como estruturantes na doutrina dos vícios ao poder discricionário como a diferença entre vício do resultado e do procedimento, para esta corrente não representam papel importante

¹³ Ressalte-se que, apesar de admitir o controle jurisdicional apenas nestas hipóteses, Eros Grau (2000, p. 160) deixa claro que o juiz não pode escusar-se de examinar o ato discricionário, constituindo afronta ao direito, a recusa liminar pelo magistrado de examinar tais atos. É depois de feito o exame que se poderá auferir a existência ou não de vícios. Destarte, ausentes os vícios de desvio/abuso de poder ou de finalidade, deve o juiz abster-se de controlar o ato.

fundamentação do ato, mas principalmente que os fundamentos para a sua prática sejam explicitados, de forma honesta e suficiente.

Então, Robert Alexy (2000, p.22-26) elabora um sistema de vícios no exercício do poder discricionário, através do qual o conceito de vícios no exercício do poder discricionário deve ser analisado em quatro perspectivas: a) vício de conformidade ao direito ou de conveniência: tratam-se de todos vícios materiais que não sejam de conformidade de conformidade ao direito, ou seja, representam uma violação a norma jurídica ligada ao exercício do poder discricionário; b) vício judicialmente controlável: somente as infrações contra deveres jurídicos em sentido restrito, e sendo assim, apenas os vícios passíveis de controle pelo judiciário são considerados vícios no exercício do poder discricionário; c) vício de procedimento: deve-se excluir dos vícios no exercício do poder discricionário os vícios do procedimento no sentido das leis de procedimento administrativo, existindo apenas vício de procedimento quando existirem vícios que maculem o processo de obtenção da decisão, como é o caso do vício de execução da ponderação e; d) vícios específicos: vícios que somente podem aparecer em atos discricionários e não em atos vinculados.

Deste modo, conclui-se que “vícios no exercício do poder discricionário são todos os vícios de direito, controláveis judicialmente, do resultado do processo e do processo da atuação discricionária” (ALEXY, 2000, p.26).

Em razão do caráter diferenciador dos vícios específicos do poder discricionário, e para que não se perca de vista o objeto de estudo do presente trabalho, é que se passará a analisar os vícios específicos do poder discricionário, que podem ser em sentido restrito ou em sentido mais amplo.

Em sentido restrito, existe um único vício que é a deficiência do poder discricionário, quando por equívoco supõe-se uma vinculação, mas em verdade, trata-se de permissivo para a atuação do poder discricionário, e tem como consequência a antijuridicidade total do ato (ALEXY, 2000, p.40).

No que tange aos vícios em sentido mais amplo, cumpre destacar que os vícios de resultado não são vícios específicos do poder discricionário, eis que, sempre são vícios quanto ao conteúdo, que pode podem ocorrer tanto em atos vinculados, quanto discricionários. Desta maneira, regra geral é que cada vício do processo é um vício no exercício do poder discricionário específico, logo, a sua ocorrência leva

a antijuridicidade material do ato, completamente (ALEXY, 2000, p.42).

Primeiramente, como vícios do processo deve-se apontar os vícios estruturais: i) não concordância entre fundamentação e motivação; ii) deficiência do poder discricionário; iii) falta de ponderação e, iv) déficit de ponderação. Desses quatro, apenas a deficiência do poder discricionário não é um vício específico em sentido amplo, como já visto.

Os três vícios restantes relacionam-se à fundamentação, correspondendo aos seguintes vícios: a) fundamentação que não considera: ocorre quando o gestor não realiza uma ponderação adequada; b) fundamentação que não considera suficientemente: trata-se de vício quanto ao conteúdo, pode ser um vício de índole fática ou normativa, quando fatos não são considerados ou quando um princípio apensar de uma aplicabilidade não é colocado em ponderação; c) fundamentação não verdadeira: pode estar associada ou não a um vício de conteúdo, trata-se da não concordância entre fundamentação e motivação (ALEXY, 2000, p.36-37).

Ressalte-se que, segundo Emerson Garcia (2005, p.276), a natureza patológica dos vícios de fundamentação, ou vícios de motivação, fez a doutrina italiana construir a ideia do excesso de poder por insuficiência ou defeito de fundamentação. Estes revelariam um desvio de finalidade consubstanciado na intenção do gestor de esconder a finalidade ilícita escolhida para a prática do ato.

O autor (GARCIA, 2005, p. 276) explica como a motivação opera não apenas na formalidade do ato, mas também no seu conteúdo, servindo tanto como requisito formal, quanto de conteúdo para a validade do ato:

A necessária declinação dos motivos no documento que exterioriza o ato, longe de configurar mero requisito formal de validade, permite sejam reconstruídos, com a utilização de todos os elementos textuais e extra-textuais, e com o auxílio dos atos que integram o procedimento de formação da decisão final, a ponderação de valores envolvidos realizada pela autoridade sob a base do pressuposto de fato. Como já decidiu o Tribunal de Justiça, sendo possibilitada a reconstrução desse iter, considerar-se-á adequada a motivação”

Portanto, a exposição de motivos do ato, ou seja, a fundamentação/motivação do ato que se faça de modo indevido importa em nulidade do ato.

Além desses quatro vícios estruturais específicos no exercício do poder discricionário, aponta-se um quinto vício também que é o da não concordância entre resultado e processo. Por este vício, existe uma relação de apoio entre resultado e

processo, e não de correspondência, logo, se tem por consequência que diante de um resultado vicioso, não pode haver uma fundamentação sem vícios em relação a este resultado (ALEXY, 2000, p.38).

Sendo assim, verifica-se a existência de cinco vícios específicos no exercício do poder discricionário. Sendo que, um é em sentido restrito e os outros quatro são em sentido amplo. Respectivamente são: fundamentação não-escolhedora, fundamentação não-verdadeira, fundamentação que não considera, fundamentação que considera incompletamente e não concordância entre resultado e processo. Logo, é possível concluir que há uma nítida permissividade para o controle do mérito do ato administrativo, ou seja, há um exame da conveniência e oportunidade do gestor, principalmente, com base na teoria dos graus de intensidade de controle pelo judiciário do ato administrativo, ora existindo um controle mais intenso, ora existindo um controle mais fraco.

2.7 O DEVER DE MOTIVAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA

Após concluir que há permissão para o controle de mérito do ato administrativo, impõe-se a seguinte questão: como realizar o controle destes atos?

É no sentido de responder a esta pergunta que a doutrina tem apresentado a motivação dos atos administrativos como pressuposto indispensável ao seu controle.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 219), a motivação é necessária tanto para os atos vinculados quanto para os atos discricionários, pois é garantia de legalidade, tendo como destinatários o interessado e a própria Administração Pública, além de ser o que permite aos demais poderes verificar a conformidade do ato com os ditames legais.

Por isso, como bem anota Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p.86) o motivo do ato “é a situação de direito ou de fato que autoriza ou exige a prática do ato”. Assim, o motivo representa uma moldura em torno de fatos, que ocorrendo, ensejam o exercício da competência estabelecida para o gestor em abstrato. Por esta razão, se o fato que demanda a atuação do gestor inexistente, logo, também está ausente a

competência para praticá-lo.¹⁴

Nesta senda, possui grande relevância no cenário jurisprudencial brasileiro, a teoria dos motivos determinantes. Por esta teoria, os motivos que fundamentam a prática do ato funcionam como requisitos de validade. De maneira que, se forem inexistentes ou falsos, implicam na nulidade do ato (DI PIETRO, 2013, p. 219).

A título exemplificativo, confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

ADMINISTRATIVO. CEF. CONCURSO PÚBLICO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. MOTIVAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. 1. Não se conhece do recurso especial pela alínea a se a ausência de fundamentação impede a exata compreensão da controvérsia. Súmula 284 - STF. 2. Está a Administração Pública, aí incluída a CEF, vinculada aos critérios estabelecidos em edital de concurso. 3. Não é razoável o ato administrativo que desclassifica o candidato do certame sem qualquer motivação, cabendo ao Poder Judiciário coibi-lo. 4. Recurso conhecido e não provido (STJ - REsp: 72747 SP 1995/0042832-6, Relator: Ministro EDSON VIDIGAL, Data de Julgamento: 05/10/1998, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 09.11.1998 p. 130)

Entretanto, o motivo do ato não deve ser confundido com a motivação do mesmo, pois a motivação é o meio pelo qual se exterioriza as razões para a prática do ato, ou seja, é a sua justificativa.

Conforme assevera Rita Tourinho (2005, p.140):

Na motivação não basta a mera indicação do dispositivo legal, afirmando que a situação fática corresponde àquele. Em verdade, necessário se faz que a autoridade administrativa utilize argumentação apoiada em razões efetivamente existentes e conseqüentemente sustentáveis, capazes de resistir a um debate aberto, próprio do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, deve existir uma identidade entre a fundamentação e a decisão que compõem a motivação do ato, assim como, os motivos do ato devem ser prévios ou simultâneos a prática do mesmo, para que a motivação seja válida.

Por isso, para Rita Tourinho (2005, p. 141), através da motivação, é possível auferir se a atuação do gestor está em acordo com os princípios que regem a Administração Pública, viabilizando assim o controle do ato, tanto o controle jurisdicional, quanto o controle difuso - exercido pela coletividade. É o que a autora entende ser, respectivamente, a função processual e extraprocessual da motivação.

¹⁴ Ressalta-se que, o autor (MELLO, 1996, p.87) distingue, ainda, motivo legal de motivo de fato. O motivo legal consiste na previsão normativa de uma situação. Já o motivo de fato é a ocorrência desta situação em concreto.

Sendo assim, não há uma faculdade entre motivar ou não o ato, mas sim uma obrigação. Inclusive, Emerson Garcia (2005, p. 276) entende que o dever de motivação não se restringe aos atos que limitam a esfera jurídica de seus receptores, mas vai além, para alcançar a todos os atos emanados de autoridade, mesmo os que conferem direitos.

É essa natureza peculiar da motivação que trás com ela os vícios de motivação, destacando a invalidade por insuficiência ou defeito na motivação, revelando muitas vezes, uma intenção do administrador em escamotear uma finalidade ilícita por trás de seu ato.

No contexto dos atos discricionários, os motivos nem sempre são precisos, e por vezes, não há se quer previsão dos mesmo, existindo tão somente a imposição de uma finalidade a ser atendida pelo ato, e é justamente nestes atos que a motivação assume maior relevância.

No caso de imprecisão dos motivos, um dos campos da discricionariedade para Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 88-95), que entende ser necessária a qualificação dos motivos do ato pela autoridade jurisdicional, na qual será examinada a causa do ato, ou seja, pertinência lógica entre o motivo do ato e o seu conteúdo, utilizando-se como parâmetro a finalidade do ato. Trata-se aqui de analisar a causa do ato.

Esta causa deve estar clara, ou melhor, esta relação entre o conteúdo do ato e seus motivos, deve estar exteriorizada na motivação, para que na hipótese de um eventual controle jurisdicional do ato, a contestação do ato seja específica e não baseada em generalidades.

Aliás, a grande distinção entre discricionariedade e arbitrariedade, reside exatamente na motivação, que não deve ser entendida como mero requisito de forma, mas sim como a justificativa que lastreia a decisão tomada pelo administrador. Como bem anota Adreas Krell (2013, p.58) “a estrutura dessa motivação deve revelar nitidamente que houve uma consideração objetiva dos diferentes aspectos do interesse público em jogo”.

Não é outro o entendimento de Rita Tourinho (2005, p.143) ao informar que, justamente nas situações de concessão de liberdade ao administrador, na apreciação de escolhas, que se apresenta com maior intensidade o dever de

motivação, para evitar o desvio e abuso de poder.

Por tais razões, infere-se que a motivação do ato administrativo, mais do que importante, é necessária, como meio capaz de viabilizar o controle da conduta administrativa, seja ele pelo judiciário ou pela própria população, assumindo especial relevo no exercício do poder discricionário.

3. INTERESSES PÚBLICOS VERSUS INTERESSES PRIVADOS

O direito tutela interesses, valorados e ajustados, através de regras e princípios que desejam regular a vida em sociedade.

Nas palavras de Marçal Justen Filho (2009, p.57), interesse é uma relação de conveniência e adequação, fruto das prescrições normativas. Trata-se de posição baseada no sistema jurídico, mas que não se traduz no dever de um sujeito realizar uma conduta específica em favor de outra pessoa. Difere, portanto, do direito subjetivo, no qual se pode exigir a realização de uma determinada conduta.

A despeito de serem concepções distintas, estão intimamente ligadas, na medida em que os direitos veiculam interesses. Contudo, identificar quais são os direitos envolvidos, bem como, os interesses correlatos, se públicos ou privados, objetivando estabelecer qual deve prevalecer/ceder em face do outro, é tarefa árdua que exige um percurso pela clássica dicotomia público e privado.

3.1 DICOTOMIA PÚBLICO X PRIVADO

A controvérsia entre público *versus* privado, situada como uma das grandes dicotomias¹⁵, sobre a qual erigiu-se a sociedade Ocidental, tem origem antiga. Pode-se remontá-la ao *Corpus iuris Civilis* romano, que com as correspondentes palavras define direito público como “*quod ad statum rei romanae spectat*” e o direito privado como “*quod ad singulorum utilitatem*” (BOBBIO, 2001, p. 13).

Em tradução de Eugênio Facchini Neto, citado por Daniel Sarmiento (2007, p.29), “Direito Público é o que se volta ao estado da *res Romana*, Direito Privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais”.

A controvérsia que se mantém até hoje, apesar das severas críticas realizadas,

¹⁵ Para Norberto Bobbio (2001, p.13-14) pode-se falar em uma grande dicotomia “quando nos encontramos diante de uma distinção da qual se pode demonstrar a capacidade: a) de dividir um universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas, no sentido de que todos os entes daquele universo nelas tenham lugar, sem nenhuma exclusão, e reciprocamente exclusivas, no sentido de que um ente compreendido na primeira não pode ser contemporaneamente na segunda; b) de estabelecer uma divisão que é o ao mesmo tempo total, enquanto todos os entes aos quais atualmente e potencialmente a disciplina se refere devem nela ter lugar, e principal, enquanto tende a fazer convergir em sua direção outras dicotomias que se tornam, em relação a ela, secundárias”.

considera que o público está ligado ao campo dos interesses gerais da coletividade, os quais dizem respeito ao cidadão enquanto integrante de uma comunidade política. Em contraposição a tais interesses, encontra-se o privado, associado à esfera individual do cidadão, fora do alcance do Estado e, que só diz respeito à pessoa enquanto indivíduo (SARMENTO, 2007, p. 30).

Assim, é possível verificar que ao longo da evolução do Estado moderno, o interesse público¹⁶ esteve ligado à miríade do Direito Público, sendo expressão do bem comum, posto que, o objetivo precípua da administração pública é a comunidade e não o indivíduo isoladamente, ou associado com outros em um determinado grupo.

Nas palavras de Maria Sylvia Di Pietro (2013, p.66) “as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem estar coletivo”.

Ocorre que, as ideias vistas acima sobre o público e o privado não trazem consigo uma delimitação do campo de atuação dos mesmos. Deste modo, foram criados três principais critérios para balizar as esferas concernentes ao Direito Público e Privado: o critério da prevalência do interesse, o da natureza das relações jurídicas travadas e o subjetivo (SARMENTO, 2007, p.30).

O critério da prevalência do interesse preceitua que as matérias cuja preponderância é dos interesses públicos correspondem ao Direito Público. Já ao Direito Privado, concerne a disciplina dos assuntos de interesse pessoal de cada um, remanescendo em plano inferior os interesses da coletividade. (SARMENTO, 2007, p.31).

Contudo, impõem-se críticas a este critério. Primeiro, o Direito Público deve respeitar os interesses privados, principalmente os que versam sobre direitos fundamentais, constituindo-se em verdadeiros limites ao Direito Público.

Ademais, o valor consubstanciado na dignidade da pessoa humana, protegida constitucionalmente, deve orientar o sistema jurídico, como ponto de convergência

¹⁶ Hidemberg Alves da Frota (2005, p.46-49) informa que interesse público é gênero que comporta quatro espécies: interesses coletivo, difuso, secundário e primário. O interesse coletivo se coaduna com a ideia de pessoas, determinadas ou determináveis, que reunidas formam grupos, categorias ou classes, havendo solidariedade entre seus integrantes. O interesse difuso refere-se à quantidade indeterminada de pessoas, sem vínculo jurídico que as una. O interesse público secundário confunde-se com o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica, é interesse desvinculado dos anseios do povo. Por último, existe o interesse público primário calcado na soberania popular, das pessoas como um todo. É essa a acepção do interesse público tida como indisponível que surge como fundamento para o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

de interesses individuais e coletivos (NEGREIROS, 2001, p. 346)

Por tal razão, é que restrições feitas a interesses particulares pela Administração tutelados pela Constituição, devem ser normativamente fundamentadas, sendo insuficiente a referência à fórmulas tradicionais (KRELL, 2013, p.129), como é o caso do critério em questão.

A segunda crítica refere-se à existência de outros ramos do Direito, tradicionalmente ligados ao Direito Privado, que possuem normas de ordem pública, em que há restrição de interesses individuais em prol da coletividade. Como, por exemplo, no Direito do Trabalho, seara de relação contratual entre empregado e empregador, que possui normas cogentes protegendo a coletividade dos anseios do empregador pelo lucro.

O critério da natureza das relações estabelecidas pelos sujeitos estabelece que no Direito Público as relações ocorrem de maneira verticalizada, há uma subordinação do cidadão em relação ao Estado, ao passo que, no Direito Privado, a relação é horizontal, havendo uma paridade entre os sujeitos da relação, ou seja, uma relação de igualdade entre os mesmos (SARMENTO, 2007, p.31).

Tal ideia revela-se no posicionamento de Hely Lopes Meirelles (2009, p.50):

Com efeito, enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o Direito Público assenta em princípio inverso, qual seja, o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais.

As relações travadas entre o Estado e seus súditos é permeada pela desigualdade. O primeiro emana comandos que devem ser obedecidos pelos últimos. Em contraposição, está a esfera privada, guiada por relações de coordenação entre iguais. É dessa ideia que surge a dicotomia entre sociedades iguais e desiguais, conforme seja predominante um tipo de relação ou outra. Na sociedade política, prevalecem às interações entre desiguais, já na sociedade econômica vigoram as relações entre iguais (BOBBIO, 2001, p. 15-16)

Na sociedade política há o sujeito que cuida do interesse público, enquanto na sociedade econômica há o indivíduo que se importa com seus interesses particulares em concorrência ou em colaboração com outros indivíduos (BOBBIO, 2001, p. 17)

Ocorre que, não raro, as relações entre particulares são marcadas pela

desigualdade que torna uma das partes hipossuficiente em relação ao poder detido pela outra. Assim, o poder se perfaz em várias instâncias, não havendo necessidade da presença de sujeitos estatais na relação para que tal descompasso se apresente. Exemplo disso são as relações travadas entre patrão e empregado no Direito do Trabalho, e também as relações de consumo, entre consumidor e fornecedor, presentes no Direito do Consumidor. Relações em que é nítida a disparidade entre os envolvidos.

Além disso, o aludido critério baseia-se numa visão que guarda origem no Estado Absolutista, na medida em que ao qualificar a relação entre indivíduo e Estado como de subordinação, se afasta da tendência atual que visa o consenso nas relações entabuladas pela Administração Pública com seus administrados (SARMENTO, 2007, p.31-32).

Por fim, vislumbra-se o terceiro critério diferenciador do Público e Privado, qual seja, o critério subjetivo. Segundo este, o Direito Público compõe as relações jurídicas figuradas pelos entes estatais, já o Direito Privado, caracteriza-se pela ausência do Estado em suas relações (SARMENTO, 2007, p.32).

Ocorre que, a Constituição Federal de 1988, no art. 174, estabelece ser o Estado “agente normativo e regulador da atividade econômica”.

Por essa razão, afirma Teresa Negreiros (2001, p. 364) que nas relações de caráter tipicamente privado a mudança no papel do Estado é cada vez mais nítida, principalmente, no uso da competência legislativa em áreas como a economia, antes com regulamentação eminentemente privada.

Assim, a fragilidade do critério é ainda mais evidente, pois há várias relações de Direito Privado em que o Estado figura como parte, como é o caso dos registros públicos. Existe ainda, o fenômeno da “fuga para o Direito Privado” da Administração contemporânea, bem como o fato de que o Direito Constitucional – desde sempre qualificado como ramo do Direito Público, disciplina hoje também relações privadas (SARMENTO, 2007, p.32).

Por tais razões, verifica-se a insuficiência do critério Público x Privado para a solução de conflitos de interesses que se apresentam numa sociedade plural como a brasileira, dotada de um ordenamento jurídico com diversas normas tanto de ordem pública quanto de caráter eminentemente privado, na Carta Magna e legislação

infraconstitucional. Há uma relação cada vez mais próxima entre público e privado que torna anacrônico falar em esfera pública e esfera privada, isoladamente.

Hoje, o relevante é o reconhecimento de que ambas as dimensões da pessoa, pública e privada, são importantes para a realização do indivíduo enquanto ser, até mesmo para evitar os excessos, fazendo com que ora uma das searas venha a sobrepujar a outra, como já se viu, seja no primado do direito privado, seja com as ditaduras de cunho popular.

3.2 DIFICULDADE NA DISTINÇÃO ENTRE INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO

Por trás da distinção entre público e privado, está imbricada a contraposição entre interesses públicos e privados. A referida dicotomia é diretamente influenciada pelo critério de predominância do interesse. O direito público leva em consideração a preponderância do interesse público, já o direito privado considera prevalente os interesses particulares envolvidos.

Ocorre que, a distinção entre interesse público e privado não é simples, assumindo contornos ainda mais complexos na sociedade contemporânea.

O interesse público no Estado moderno atua como expressão do bem comum, reclamando uma constante justificação dos entes públicos no que tange o exercício de suas funções, uma vez que tem por escopo o conjunto social, não apenas a soma dos indivíduos (KRELL, 2013, p. 126).

Para Andreas Krell (2013, p. 126), interesse público e bem comum estabelecem um único princípio, não escrito, que permeia toda a Administração Pública, mas que, por vezes, serve como recurso retórico para escamotear interesses pessoais do gestor ou mesmo de alguns grupos.

Conforme assevera Daniel Sarmiento (2007, p. 27):

A absoluta indeterminação do conceito de interesse público, em profunda crise, no contexto de fragmentação e pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas, nas quais se torna por vezes impossível extrair, à moda de Rousseau, uma noção homogênea de bem comum ou de vontade geral. Neste quadro, a profunda indeterminação semântica do conceito pode permitir às autoridades públicas que o manuseiam as mais perigosas malversações.

Em razão disso, se apresenta com ainda mais força a necessidade de controle da

discricionariedade na decisão que acolhe um interesse em detrimento de outro, pois se o faz em prol de aspirações contrárias ao ordenamento jurídico, caracterizado está o abuso/desvio de poder.

Mas, para tanto, é necessário compreender a relação que existe entre interesse público e privado, cada vez mais intensa, especialmente no contexto de um Estado Democrático de Direito como o brasileiro.

Assim, há interesses privados que por sua homogeneidade coletiva produzem um interesse público. Esses interesses não possuem uma conotação egoísta e podem ser tão importantes a ponto de dispensar a adesão da maioria, bastando que parcela relevante da sociedade detenha interesses em comum dessa ordem (JUSTEN FILHO, 2009, p. 63).

Inclusive, Teresa Negreiros (2001, p. 367) destaca que “A atividade privada, hoje, é aquela desenvolvida através de instrumentos privados, o que no, entanto – e aqui a mudança de conteúdo – não importa em a vincular à satisfação de interesses puramente individuais”.

A instituição dos direitos fundamentais, por sua vez, revela cada vez mais a imbricação entre interesse público e privado, na medida em que a preservação do interesse público exige também a proteção da esfera individual do cidadão.

Além disso, as democracias atuais se definem pelo pluralismo, presente na fragmentação em grupos sociais, com interesses contrapostos, até mesmo dentre seus membros. O que demanda cautela na utilização da expressão interesse público (KRELL, 2013, p. 131).

Nesta esteira, Marçal Justen Filho (2009, p. 62-70) compreende que o interesse público não possui um conteúdo próprio, devendo ser resultado de um processo decisório, a partir de um procedimento satisfatório que respeite os direitos fundamentais.

Inclusive é este o fundamento que alguns doutrinadores como Humberto Ávila (2007, p. 214) utilizam para contrariar o axioma de primazia do interesse público sobre o privado, aduzindo que o “postulado da unidade ou reciprocidade de interesses” é a única idéia capaz de explicar a relação entre interesses públicos e privados, requerendo um sopesamento entre os interesses envolvidos, com lastro nas normas constitucionais.

Aduz Teresa Negreiros (2001, p.368 - 369) que o público e o privado se entrelaçam para tutelar, nos diversos aspectos, a livre existência em conjunto, e portanto digna, da pessoa humana. Atualmente, o conceito de pessoa difere da concepção histórico-filosófica de indivíduo, pois o ser humano não se conduz em uma esfera autônoma, alheia à realidade social. Deste modo, face a constitucionalização do direito civil, essa distinção entre as categorias de indivíduo e pessoa, remonta à ineficaz oposição entre interesses públicos e privados, na forma como tradicionalmente é concebida.

Exsurge, pois, a conclusão alcançada por Andreas Krell (2013, p. 132):

Não cabe, portanto, injetar rigidez na distinção entre interesses públicos e privados, uma vez que, o Estado democrático moderno somente pode ser constituído com a colaboração da própria sociedade; não há dicotomia, mas apenas “diferenciação funcional” entre eles. Ao contrário dos tempos do Estado Liberal clássico, hoje, os órgãos estatais deve, inclusive, cuidar da consideração adequada aos interesses insuficientemente organizados ou sub-representados na sociedade.

Por conseguinte, deve-se abandonar essa leitura restritiva do interesse público e privado, sob a ótica limitada do interesse egoístico do cidadão e da vontade geral da sociedade, a fim de reconhecer que o bem comum e o interesse particular se entrelaçam e não podem ser interpretados separadamente, mas associados, à luz dos ditames constitucionais.

3.3 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

É clássica a referência nos manuais de direito administrativo ao princípio da supremacia do interesse público como vetor das relações travadas entre o Estado e os particulares.

Mas, conquanto seja objeto de exame do direito administrativo, deste ramo não é exclusivo, pois se apresenta como princípio de direito público, com incidência nas suas mais diversas esferas, e conseqüentemente, no direito administrativo.

Da contraposição existente entre público e privado emerge a concepção de primado do público sobre o privado¹⁷ consubstanciada no princípio de supremacia do

¹⁷ Sistemáticamente, o direito público surgiu depois do direito privado com a formação do Estado moderno. Inclusive, a construção de uma teoria do Estado foi baseada no direito privado. O *dominium* no poder do monarca sobre o território do Estado, de cunho patrimonial, como se dono do território

interesse público sobre o privado.

O primado do público sobre o privado se funda na “contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e sobre a necessária subordinação, até à eventual supressão, do segundo ao primeiro, bem como sobre a irreducibilidade do bem comum à soma dos bens individuais” (BOBBIO, 2001, p. 24).

Isto significa um aumento do poder de mando do Estado sobre as condutas particulares, bem como, sobre os grupos infra-estatais. Trata-se do primado da política sobre a economia, mais uma vez do público sobre o privado (BOBBIO, 2001, p. 25-26)

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2013, p. 110) “a primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado”.

Deste modo, o fundamento para a existência do referido princípio é a tutela do interesse geral, superior inclusive ao interesse do próprio Estado pessoa jurídica, ou órgão. É, pois, a primazia do interesse público primário sobre o interesse público secundário¹⁸.

Nesta senda, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 100) que jamais poderia o administrador invocar o princípio abstratamente. A manifestação do princípio deve ocorrer nos termos em que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consonantes. Portanto, é o direito positivo que fornecerá a dimensão jurídica, intensidade e tônica, para a aplicação do princípio em

fosse, distingue-se do *imperium* que corresponde ao poder de mando sobre os súditos, que por sua vez, difere do *pactum*, vinculado a ideia de acordo entre os indivíduos e o Estado, presente nas teorias contratualistas. Todas essas acepções em latim têm origem no direito privado. Isso evidenciaria o primado do privado sobre o público, na medida em que para conceber uma teoria do Estado, utiliza-se institutos e conceitos do direito privado e não de direito público. Além disso, a resistência do direito de propriedade como freio ao poder do Estado soberano, tendo por consequência, limitações ao direito de expropriar do Estado, também representaria a vigência do primado do privado. Por fim, cabe ressaltar, que a concepção liberal do Estado, coerente à sobreposição do privado em relação ao público. A autonomia privada entendida como esfera de liberdade do indivíduo, valor singular, importa na redução da atuação estatal na vida privada. Neste sentido, resta evidente que, assim como ocorre o processo de sobreposição do público em relação ao privado, também existe o inverso: a primazia do privado sobre o público (BOBBIO, 2001, p. 21-24).

¹⁸ O interesse público primário corresponde ao interesse da sociedade como um todo, sendo a lei o veículo que consagra e objetiva tal interesse, atribuindo, inclusive, sua tutela ao Estado como representante da vontade social. Já o interesse público secundário é o interesse do aparelho estatal, do ente personificado de direito público, e que só pode/deve ser perseguido quando coincidente ao interesse público primário (MELLO, 2013, p. 102)

comento.

Para Maria Sylvia Di Pietro (2013, p. 65), a supremacia do interesse público é princípio que deve ser observado tanto pelo legislador, na edição da lei, quanto pelo administrador público, no momento de execução da lei.¹⁹

Assim, impende destacar que os poderes titulados pela Administração existem para atender uma finalidade geral, um interesse público. Por conseguinte, se o gestor lança mão de tais poderes para prejudicar inimigo político, beneficiar amigo, ou ainda, para auferir vantagens pessoais, restará configurada a prevalência do interesse individual (do gestor) sobre o interesse público, e por isso, estaria em oposição ao que preceitua a supremacia do interesse público. O ato, então, é ilegal, contaminado pelo vício do desvio de poder ou desvio de finalidade (DI PIETRO, 2013, p. 67).

Por esta razão, o administrador é tão somente um instrumento do qual o Estado se vale para concretizar o interesse público, não tendo a prerrogativa de escolher o interesse prevalente no caso concreto, mas a obrigação de decidir conforme o interesse público.

Não é outro o entendimento de Rita Tourinho (2005, p. 137-138) ao ressaltar que a atividade administrativa volta-se ao cumprimento do interesse público, independentemente de ser a competência discricionária. O gestor tem o dever-poder de cumprir a finalidade estabelecida pela norma, através de escolhas que melhor atendam ao interesse da coletividade.

Segundo a doutrina (DI PIETRO, 2013; MEIRELLES, 2013) que advogada em favor do princípio, este encontra fundamento legal no art. 2º da lei nº 9.784/99 – lei de processo administrativo:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

¹⁹ A despeito da importância que assume no processo de elaboração da norma, por uma questão de recorte epistemológico, o aludido princípio será analisado no exercício da função administrativa, ou seja, no processo de tomada da decisão pelo administrador.

Assim, para essa doutrina, pela leitura do referido dispositivo, restaria clara e expressa a indisponibilidade do interesse público, ou seja, a obrigatoriedade de prevalência do interesse público sobre o privado.

Contudo, no que diz respeito ao fundamento constitucional do princípio, é ainda uma questão bastante controversa na doutrina.

Fábio Medina Osório (2000, p. 85-87) entende que a superioridade do interesse público sobre o privado é um princípio constitucional implícito, deduzível não apenas de decisões judiciais, mas também de outras manifestações do direito, também estatais. Vide-se o contorno assumido pelo princípio nas distintas atribuições do Estado, através do Judiciário, Legislativo, Executivo e Ministério Público. Assim, para o autor são múltiplas as fontes constitucionais do princípio. Exemplo disso são as vantagens perpetradas pela Administração em detrimento do particular e a proteção conferida aos bens coletivos.

Acrescenta ainda, o doutrinador (OSÓRIO, 2000, p. 89- 94), ser o princípio uma finalidade indisponível e imperativa da Administração que se direciona ao controle das atividades públicas, podendo servir como parâmetro, no contexto dos demais princípios e regras constitucionais, para o juízo de constitucionalidade de leis e demais atos estatais.

Em contrapartida, Humberto Ávila (2007, p. 186-190), advoga pela inexistência de fundamento constitucional para tal princípio. Primeiro, porque em razão das normas-princípios fundamentais - art. 1º a 4º da CF; dos direitos e garantias fundamentais - art. 5º a 17 da CF; e das normas-princípios gerais – exemplos: art. 145, 150 e 170 da CF, protege-se de tal maneira a liberdade, igualdade, segurança, cidadania e propriedade, que seria mais coerente falar de uma regra de prevalência dos interesses privados e não públicos. Segundo, aponta que o princípio entra em rota de colisão com a análise sistemática do Direito, exigida pela unidade da Constituição, eis que, ao impor uma regra de prevalência, inviabiliza a convivência com outras normas-princípios constitucionais.

Em verdade, Humberto Ávila (2007) questiona a própria existência do princípio da primazia do interesse público como princípio. Mas, a despeito de tal polêmica, que se abordada, fugiria ao tema proposto, é cediço que tanto Humberto Ávila (2007), quanto seus contemporâneos Gustavo Binenbojm (2008) e Daniel Sarmiento (2007)

discordam da solução imposta pelo princípio, tendo em vista o cenário constitucional emanado da Carta Magna de 1988.

Por fim, não se pode deixar de mencionar a posição intermediária de Luís Roberto Barroso (2007). Esta perpassa pela compreensão de interesse público primário e secundário, na medida em que considera o interesse público primário o que desfruta de supremacia.

A visão de interesse público, trazida pelo atual ministro do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2007, p. xiv-xv), estabelece que se realiza o interesse público quando o Estado cumpre o seu papel de modo satisfatório, ainda que em relação a um único cidadão. Haja vista que, em um Estado democrático de direito, “o interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados”.

Deste modo, verifica-se na posição do ministro uma releitura do que vem a ser o interesse público, rompendo com a visão de interesse público contraposto ao interesse particular, implicando, por consequência, em uma releitura do próprio princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

3.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO RESTRIÇÃO AO INTERESSE PÚBLICO

Ocorre que, a despeito de a supremacia do interesse público sobre o privado estabelecer uma regra de prevalência, quando se trata de direitos fundamentais, o referido princípio não é absoluto.

Segundo Robert Alexy (2008, p. 38), cuja teoria dos direitos fundamentais é baseada na constituição alemã, uma teoria geral dos direitos fundamentais nada mais é do que um ideal teórico, pois visa abranger enunciados da forma mais ampla possível, tanto no âmbito jurídico, quanto na dimensão específica da constituição alemã e de uma teoria geral dos direitos fundamentais, a fim de que tais enunciados sejam otimizados.

Deste modo, pode-se inferir que uma teoria geral dos direitos fundamentais é fruto de um processo de coordenação de enunciados. Mas o que estes enunciados

veiculam?

Estabelece Ingo Sarlet (2012, p. 61) que os direitos fundamentais influem como resultado de um processo de personalização e inserção no texto constitucional de determinados valores, tidos como básicos, e que formam, juntamente, com os princípios de organização e estruturação do Estado, o escopo das decisões fundamentais, demonstrando a necessidade de vinculação a um conteúdo substancial, a fim de evitar a ocorrência de modelos ditatoriais e totalitários

Nesta senda, pode-se dizer que os direitos fundamentais trazem consigo valores, uma carga axiológica, representativa de escolhas feitas pela sociedade para resguardar o cidadão.

Com efeito, os direitos fundamentais trazem dupla perspectiva: a) subjetiva: revelando direitos subjetivos individuais, e b) objetiva: fundamentos da comunidade. Por conseguinte, não revelam apenas direitos do cidadão contra os arbítrios do Estado, mas constituem opções valorativas, cuja natureza constitucional demanda eficácia em todo o ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes para os três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário (SARLET, 2012, p. 141-143)

Assim, os direitos fundamentais certificam para o cidadão que um determinado conteúdo de direitos e garantias não poderá ser violado por nenhum dos agentes das três esferas de poder, pois tanto conferem prerrogativas ao indivíduo, quanto limites à atuação do Estado.

Eis que, sob a pretensa égide de um interesse público, conforme assevera Daniel Sarmento (2007, p. 54) “o bem comum fornecia a justificativa para fundamentos desiguais, dispensados a indivíduos pertencentes a estamentos diferentes da sociedade”.

Neste contexto, o corpo de direitos fundamentais é verdadeira conquista que se apresenta como um freio a incidência do princípio da supremacia do interesse público, revelando a opção por um Estado Democrático de Direito, onde as minorias, bem como o indivíduo, tem direitos mínimos resguardados em face da maioria e mesmo do próprio Estado.

Como bem anota Daniel Sarmento (2007, p. 57):

A prioridade absoluta do coletivo sobre o individual acaba asfixiando a individualidade, que passa a ser instrumentalizada em proveito de um

suposto organismo superior. A grande vítima é sempre a liberdade humana, imolada em nome de ideais coletivos, tantas vezes vagos e incorpóreos, quando não meras fachadas para o arbítrio dos governantes.

O princípio da dignidade da pessoa humana que objetivamente pode ser entendido como o conjunto dos direitos fundamentais preconiza que o ser humano deve ser visto como fim e não como meio. Assim, não pode o indivíduo ser utilizado como instrumento ao bel prazer dos governantes, capaz de ceder em quaisquer situações aos anseios do coletivo.

Trata-se de uma visão personalista que enxerga o ser humano como ente dotado de necessidades tanto físicas quanto psíquicas e que merece tutela, seja em face dos arbítrios do Estado, ou através de medidas positivas a fim de assegurar suas necessidades mais básicas (SARMENTO, 2007, p. 72-73).

Afirma Teresa Negreiros (2001, p. 370) serem os direitos fundamentais a base da garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, por vezes predomina o aspecto individual, e outras vezes o aspecto social da pessoa, sem que isso configure uma autorização, prévia e abstrata, no sentido de estabelecer uma hierarquia entre as dimensões público e privado do ser humano.

Para Gustavo Binenbojm, a questão perpassa por uma adoção dos sistemas de direitos fundamentais e de democracia trazidos pela Constituição Federal de 1988 e que se traduzem no princípio da dignidade da pessoa humana “(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” (2007, p. 127).

A diferença entre público e privado tem como lastro uma questão de natureza ética, e não estritamente econômica ou técnica, na medida em que há situações primordialmente, ligadas à concretização dos princípios e valores fundamentais, com especial relevo para a dignidade da pessoa humana. Portanto, o núcleo da disciplina administrativa é a realização dos direitos fundamentais e não o interesse público. Esse só deve ser invocado para realizar os direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2009, p. 67)

Sendo assim, diante dos imperativos constitucionais que exigem uma nova leitura da relação Estado/cidadão, é imprescindível a compreensão dos direitos fundamentais como limitação ao suposto princípio de primazia do interesse público, para que este

não sirva de sucedâneo para decisões administrativas imotivadas que apenas noticiam o princípio, sem indicar os fundamentos de sua incidência. Assim como, para evitar decisões, cuja motivação não retrata as opções constitucionais, mas as subjetivamente acolhidas pelo gestor.

3.5 DO PROCESSO DE PUBLICIZAÇÃO DO PRIVADO E PRIVATIZAÇÃO DO PÚBLICO À BUSCA POR RESPOSTAS

Como já visto, o primado do público sobre o privado revela uma sobreposição da política em relação à economia. Mas, qual o significado disso?

Segundo Norberto Bobbio (2001, p.26), trata-se de um processo denominado de “publicização do privado”, marcado pela atuação de agentes estatais na economia, regulando-a.

Representa o advento do *welfare state*, em resposta ao caos gerado pela diminuta intervenção estatal na economia. Ao perceber a desigualdade existente nas relações privadas, o Estado emerge como protagonista nas relações econômicas, até então tipicamente privadas, com o fito de proteger às partes mais hipossuficientes (SARMENTO, 2007, p. 38-40).

Ocorre que, desse processo resultaram posturas autoritárias, eivadas de abusos pelo Estado, presentes nos regimes nazi-facistas, nas ditaduras populistas e militares latino-americanas.

Sob o pretexto de proteger o cidadão, a moeda de troca utilizada foi a liberdade do mesmo. Assim “o indivíduo, tal como o escravo hobbesiano, pede proteção em troca da liberdade, diferentemente do servo hegeliano destinado a se tornar livre porque luta não para ter salva a vida, mas pela própria afirmação” (BOBBIO, 2001, p.26).

Deste modo, sob o fundamento de prevalência do interesse público sobre o privado, o que se verificou foi a ocorrência de condutas estatais cada vez mais abusivas, aviltando a dignidade da pessoa humana, ao invés de protegê-la.

Em verdade, se impõem mais dúvidas que respostas diante dessa experiência: será o tão aclamado princípio de supremacia do interesse público sobre o privado a solução mais adequada ao conflito de interesses públicos e privados? Ou será meio

do qual se apropria o Estado/gestor para decisões imotivadas, ou pior, motivadas com uma aparência de legalidade, para escamotear pretensões egoísticas de determinados grupos?

A questão vai assumindo contornos cada vez mais complexos, que perpassam pela própria competência do Estado para resolver esses conflitos – vinculada ou discricionária?

Nesta senda, segundo autores como Celso Antônio Bandeira de Mello (1996), o Estado estaria vinculado à finalidade de realizar o interesse público. Entretanto, quem define o que vem a ser o interesse público? Conforme doutrina clássica, da qual é referência o mencionado autor (MELLO, 1996), é de responsabilidade da Administração Pública atribuir sentido ao conceito indeterminado de interesse público, âmbito de atuação da competência discricionária.

Sendo o Estado, por meio da Administração Pública, quem define o interesse público, não estaria um suposto princípio de primazia do interesse público legitimando a supremacia de qualquer interesse?

E mais, seria possível falar em controle da discricionariedade administrativa, quando se admite a incidência do aludido princípio, no processo decisório que encerra o conflito entre interesses públicos e privados?

Norberto Bobbio (2001, p.26) considera a publicização do privado uma das faces integrantes do processo de transformação das sociedades industriais mais avançadas. Por conseguinte, na outra face estaria o processo inverso, o de “privatização do público”.

Conforme assevera Marçal Justen Filho (2009, p. 65-66) “uma das características do Estado contemporâneo é a fragmentação dos interesses, a afirmação conjunta de posições subjetivas contrapostas e a variação dos arranjos entre diferentes grupos”.

Por essa conjectura, é possível vislumbrar a fragilidade de modelos autoritários como o de governos socialistas. Estes concebem o coletivo como uma massa una, sem considerar as peculiaridades inerentes a cada indivíduo ou agrupamento social.

O primado do público então se revela insuficiente para atender aos anseios de uma sociedade plural, deslumbrada com o avanço tecnológico, a comunicação cada vez mais dinâmica, exigindo uma integração maior das pessoas. Associado isso à

organização das minorias, cada vez mais articuladas, bem como, de indivíduos que, a despeito de seus interesses particulares, se reúnem em uma relação de coordenação, para a consecução de interesses convergentes. É o caso das grandes empresas, partidos, associações e sindicatos que chegam a formar “organizações semi-soberanas” (BOBBIO, 2001, p. 27), algumas com elevado grau de influência, capaz de atingir vários Estados soberanos com suas decisões.

A nova ordem econômica, neoliberal, reclama outra forma de tratar as relações público/privadas, requerendo um comportamento por parte do Estado que se aproxime mais da ótica privada de diálogo entre as partes, na qual o Estado figuraria como mediador-regulador dessa tensão entre o público e o privado, ao invés da clássica postura de Estado impositor.

Eros Roberto Grau (2008, p. 135) explica que o capitalismo não exige o distanciamento do Estado da economia, mas a desregulamentação²⁰, ou seja, a ausência de regulação do mercado, através de preceitos jurídicos. Por isso, os neoliberais propõem que se reduza a normatização da economia.

Neste sentido, o neoliberalismo pugna a participação do Estado na economia, mas de forma que se aproxime das relações travadas entre os particulares, e não sob a égide de um poder autoritário.

Para tanto, é necessária a substituição das normas imperativas, e a correlata sanção para o seu descumprimento, por regras mais flexíveis e que apenas estimulem comportamentos (GRAU, 2008, p. 137).

Dentro dessa ótica, “A desregulação de que se cogita, destarte, em realidade deverá expressar uma nova estratégia, instrumentada sob novas formas, de regulamentação. Desde essa perspectiva, pretender-se-ia desregulamentar para melhor regular.” (GRAU, 2008, p. 136)²¹.

²⁰ Desregulamentar não é sinônimo de desregular. A desregulação consiste na ausência de ordenação da economia, já a desregulamentação ocorre quando se deixa de regular por meio de preceitos de autoridade, ou seja, por meio de preceitos normativos (GRAU, 2008, p. 135)

²¹ O próprio Eros Roberto Grau (2012) reconhece o descompasso dessa ideia com a ordem econômica instituída pela Constituição Federal de 1988. A Carta Magna prescreve uma forte regulamentação do mercado, com o escopo de suprir carências da população brasileira, ainda remanescentes de outros tempos, contrariamente, ao que prega a nova ordem econômica mundial, de rompimento das barreiras entre os mercados.

Assim, no exercício de sua competência, pode o gestor fechar os olhos para os proclames da ordem neoliberal que exigem uma privatização da interferência do Estado nas relações travadas com os particulares?

Segundo Teresa Negreiros (2001, p.366), a luz dos contornos feitos pela Carta Magna de 1988, é evidente a distância daquele Estado absenteísta, lastreado na garantia do interesse individual pelo próprio cidadão, mediante o exercício da autonomia privada, como força que movimenta o bem estar social. De acordo com os atuais ditames constitucionais, a atividade econômica, tipicamente privada, está subordinada à concretização de objetivos que aproveitam a coletividade, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal) e que garanta “a todos existência digna , conforme os ditames da justiça social” (art. 170, caput, da Constituição Federal).

Então, seria possível o interesse público ceder em face de interesses privados, sem a ocorrência de vícios na decisão que encerra o conflito?

O sopesamento de interesses tem se apresentado como a grande solução para o problema. Mas, em verdade, soluciona ou alarga o problema da discricão no conflito entre interesses públicos e privados?

4. CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NOS CONFLITOS ENTRE INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS

Como formas de resolver o conflito entre interesses públicos e privados, foi possível identificar na doutrina brasileira a existência de duas grandes soluções: a aplicação do princípio da supremacia do interesse público ou o mecanismo de ponderação de interesses. Deste modo, na tentativa de responder as questões anteriormente formuladas, serão avaliadas as duas alternativas, com especial atenção para o problema da discricionariedade administrativa no emprego de cada uma.

4.1 IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Classicamente, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado assumiu posição de verdadeiro paradigma do Direito Administrativo brasileiro. A intensa produção acadêmica em favor da existência de tal princípio e seus efeitos é ponto fundamental na construção da doutrina administrativista. Vide-se o posicionamento de Celso Antônio Bandeira (2013, p. 102) ao diferenciar interesse público primário e interesse público secundário, informando ser o primeiro, o interesse público por excelência, e, portanto, supremo.

Mas o aludido princípio não apresenta forte repercussão apenas na doutrina clássica (MELLO, 2013; MEIRELLES, 2009), mas também na doutrina contemporânea, bem representada por Rita Tourinho (2005, p. 138) ao defender que seja a atividade do gestor vinculada ou discricionária, sempre buscará o cumprimento do referido axioma.

Entretanto, vozes dissonantes na doutrina, a exemplo de Gustavo Binenbojm (2008), Humberto Ávila (2007), Marçal Justen Filho (2009), Daniel Sarmiento (2007) questionam a solidez do princípio.

Como anteriormente esposado, a pluralidade de interesses em jogo, bem como, a opção constituinte pela dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, colocam em xeque a validade do princípio de supremacia do

interesse público. E em função disso, surge o questionamento da possibilidade de controle do agir discricionário na sua aplicação.

Como bem anota Marçal Justen Filho (2009, p. 67), o princípio em comento não permite a resolução satisfatória do conflito de interesses, eis que, não apresenta fundamento substancial para as decisões administrativas. Por conseguinte, na prática:

A afirmação da supremacia e indisponibilidade do interesse público propicia apenas a atribuição ao governante de uma margem indeterminada e indeterminável de autonomia para impor suas escolhas individuais. Ou seja, o governante acaba por escolher a solução que bem lhe apraz, justificando-a por meio da expressão “supremacia do interesse público”, o que é incompatível com a própria função reservada ao direito administrativo (JUSTEN FILHO, 2009, p. 68).

Neste sentido, ressalta Alexandre Santos de Aragão (2007, p. 16-17) o uso, não raro, da expressão interesse público, como meio apto a subsidiar qualquer providência restritiva das liberdades individuais, aparece como tentativa de fazer valer a preferência de argumentos destituídos de normatividade sobre uma aparência harmônica de argumentos institucionais, que encontrariam seu fundamento numa regra supostamente determinada pela Constituição, na qual o Legislador, de maneira prévia já pondera os valores interesse público e liberdade.

Sobre o tema, assume especial relevo o conflito de interesse que envolve restrição a direitos fundamentais, pois é necessário especificar a norma restritiva. Daniel Sarmiento (2007, p. 95) esclarece que a ocorrência de tal restrição deve estar prevista em “lei geral, abstrata e suficientemente densa e determinada, de modo a gerar previsibilidade e segurança jurídica”, pois a interferência nos direitos fundamentais, baseada em termos vagos é tida como inválida, porque enseja “ingerências imprevisíveis no âmbito de proteção do direito”, fazendo surgir para o aplicador da norma uma discricionariedade exacerbada, que pode conduzi-lo a arbitrariedade.

Assim, a indeterminação de uma norma parâmetro obstaculiza a sindicância da atividade administrativa. Por seu turno, o uso de axiomas como o da supremacia do interesse público mais parece um meio de o gestor se furtar ao controle do exercício de sua atividade, do que propriamente um meio de fundamentar os seus atos.

No contexto das agências reguladoras, por exemplo, não é incomum, na motivação dos atos administrativos, que se invoque o interesse público, sem atentar para a

pluralidade de interesses existentes – interesse do próprio Estado, das concessionárias e dos usuários do serviço – revelando com isso a submissão a um discurso político “perverso e dissimulador” (MENDES, 2000, p. 104).

Neste particular, o caráter indeterminado do princípio contraria o “postulado de explicitude das premissas”, corolário da própria segurança jurídica. Eis que, a própria dicção do termo interesse público está relacionada com o conteúdo de diferentes normas, sua concretização pode ser feita através de diversos procedimentos – judicial, administrativo, etc – além de se exigir um constante processo de compreensão do Estado no contexto de uma determinada comunidade (ÁVILA, 2007, p. 190)

Deste modo, explica Daniel Sarmiento (2007, p. 96) que a adoção de cláusulas abertas à restrição de direitos fundamentais, como é o caso da supremacia do interesse público, se configura em uma violação aos princípios democráticos e da legalidade, pois delega ao gestor da coisa pública a fixação dos contornos de cada direito fundamental em face da situação particular. Além disso, a indeterminação de seu conteúdo dificulta o controle judicial dos direitos fundamentais, pois não dispõe o magistrado de critérios objetivos para o controle.

Logo, é imperiosa a conclusão de Gustavo Binbenbom (2008, p.102), ao tratar da impossibilidade de consideração da supremacia do interesse público como um princípio, pois, independentemente, do conteúdo desse interesse público à luz do caso concreto, ele sempre prevalecerá. “Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que o há de prevalecer sempre prevalecerá não é princípio, mas uma tautologia”.

Isto posto, diante do caráter extremamente elástico que assume o princípio, sendo invocado para legitimar as mais diversas opções e condutas, ampliando, portanto, a autonomia do gestor no exercício da sua função, ao invés de estabelecer balizas para o exercício da competência administrativa, em verdade, o princípio privilegia a liberdade de escolha do sujeito. Além disso, blinda a escolha do gestor, na medida em que confere certeza de prevalência à mesma, sob o manto de um pretense interesse público. Assim, resta clara a ausência de parâmetros que permitam o controle da discricionariedade administrativa na escolha da medida ótima para a solução do conflito de interesses.

4.2 MÉTODO PONDERATIVO E O EXCESSO DE DISCRICIONARIEDADE

Diante da impossibilidade de controle da discricionariedade administrativa na aplicação do princípio da supremacia do interesse público, emerge na doutrina, bem como na jurisprudência, a ponderação de interesses como solução apta a resolver o conflito de interesses. Entretanto, como será visto adiante, o modelo não traz uma solução juridicamente controlável, ao revés disso, aponta um mecanismo excessivamente discricionário que apenas acentua o problema.

4.2.1 Conteúdo da ponderação de interesses

Antes de adentrar no conteúdo propriamente dito, não se poderia deixar de estabelecer a diferença fundamental entre princípios e regras que estrutura o pensamento de Robert Alexy (2008).

Deste modo, sem pretensão de exaurir o tema, observa-se que, tanto princípios quanto regras traduzem-se em normas, ou seja, ambos dizem respeito ao dever ser, veiculam prescrições ou proibições. Entretanto, princípios são “mandamentos de otimização” (ALEXY, 2008, p. 90), sua satisfação está relacionada às possibilidades fáticas e jurídicas. Por consequência, são realizados em graus. Diferentemente das regras, que não comportam a satisfação gradual, mas apenas a completa realização ou insatisfação.

Conforme leciona Humberto Ávila (2009, p. 78):

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Em razão disso, o conflito entre princípios é solucionado de maneira diversa do conflito entre regras. No último, a questão é resolvida declarando a invalidade de

uma das normas. Em contrapartida, na colisão entre princípios, um deles terá que ceder em face do outro, o que não implica no perecimento da validade de ambos, mas tão somente em parte de sua eficácia. Ou seja, um princípio cede perante outro, a fim de que ambos possam coexistir (ALEXY, 2008, p. 91-94).

No sentido de clarificar essa ideia é que Virgílio Afonso da Silva (2011) apresenta o caso envolvendo a princesa Caroline de Mônaco, extraído do Tribunal Constitucional Federal alemão, e que ganhou tamanha repercussão a ponto de chegar à Corte Européia de Direitos Humanos. O referido caso expressa a colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade.

Em linhas gerais, a questão envolvia fotos da princesa publicadas em uma revista alemã, sendo todas imagens da princesa e publicadas pela mesma revista. Contudo, ainda assim, o tribunal alemão decidiu de maneira diferenciada, através de um escalonamento. De acordo com a decisão, algumas fotos limitavam mais do que outras o direito à privacidade. Por exemplo, as imagens captadas enquanto a princesa andava de bicicleta no parque seriam menos agressivas ao direito de privacidade, pois a princesa estava em local público, do que as fotos retiradas quando a princesa jantava em espaço reservado de um restaurante, presumido como local privado. Além dessas imagens, haveria um terceiro grupo de fotos, com tratamento diverso, pois envolviam não apenas o direito à privacidade da princesa, mas também de seu filho (SILVA, 2011, p. 370).

Assim, para Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 370), a decisão do tribunal foi escalonada, pois certas fotos provocaram uma restrição maior e outras uma menor à privacidade. Portanto, é basicamente essa realização em níveis dos princípios, de forma gradual, que propõe Robert Alexy²².

Nesse sentido, a colisão de princípios é solucionada através de um sopesamento de interesses conflitantes, cuja finalidade é apontar qual dos interesses detém o maior peso no caso concreto, ainda que abstratamente, encontrem-se no mesmo patamar

²² Também a título de jurisprudência, o próprio Robert Alexy (2005, p. 340) trás uma decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre as advertências de perigos à saúde. Em sua decisão, o tribunal diz que é de restrição leve à liberdade de profissão o dever de informar dos fabricantes de produtos tabagistas, em suas mercadorias, os perigos do fumo. Aduz que, uma intervenção grave seria a completa vedação de todos os produtos originários do tabaco, e que, entre casos de intervenção leve e grave, existem os casos de grau médio, evidenciando a existência de uma escala com graus leve, médio e grave.

hierárquico. Por conseguinte, um dos princípios limita as possibilidades jurídicas de concretização do outro, pelo “estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto” (ALEXY, 2008, p. 96).

Inclusive, entender o significado de precedência condicionada é de suma importância para a compreensão do modelo ponderativo como alternativa à solução *prima facie* proposta pelo princípio de supremacia do interesse público sobre o privado.

Para tanto, tem-se que, da colisão entre dois princípios surgem quatro possibilidades de resolução do conflito: i) o primeiro princípio prevalece sobre o segundo; ii) o segundo prevalece sobre o primeiro; iii) o primeiro cede em face do segundo na presença de determinadas condições; e iv) o segundo cede em face do primeiro, diante de certas condições (ALEXY, 2008, p. 96).

As duas primeiras soluções estabelecem uma relação de precedência incondicionada, pois não consideram as nuances do caso concreto, ou seja, desconsideram as condições em que se opera o conflito. Sendo esta a relação estabelecida pela primazia do interesse público sobre o privado, que de maneira abstrata, define a solução do caso concreto sem considerar as suas peculiaridades.

De outra banda, as outras duas hipóteses tratam de uma relação de precedência condicionada. Mas condicionada a que? A determinadas condições auferíveis apenas diante do caso concreto. Por conseqüência, exsurge a pergunta: quais seriam essas condições?

Essa questão é decisiva, pois é a partir dela que surgirá a ideia de peso atribuível aos interesses conflitantes, permitindo o sopesamento dos mesmos.

O sopesamento, ou melhor, a ponderação de interesses é objeto do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que juntamente com a idoneidade e a necessidade, compõem o princípio da proporcionalidade (ALEXY, 2005, p. 338-339).

O princípio da idoneidade veda a utilização de meios que prejudiquem a concretização de ao menos um dos princípios envolvidos, sem o fomento do outro princípio ou dos objetivos perseguidos. A necessidade²³ estabelece que em face de

²³ Vale como ressalva que a aplicabilidade do princípio da necessidade é condicionada a inexistência de um terceiro princípio que seja afetado, negativamente, pelo meio adotado (ALEXY, 2005, p. 339).

duas alternativas igualmente válidas, se opte por aquela menos danosa ao princípio cedente. Por fim, apresenta-se a proporcionalidade em sentido estrito, reclamando a otimização das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2005, p. 339).

Como já dito, é na incidência deste último subprincípio, que ocorre a ponderação de interesses. Para Humberto Ávila (2009, p. 145), trata-se de um postulado inespecífico, com a finalidade de atribuir pesos a elementos que se ligam, mas sem uma referência a critérios materiais que norteiem este sopesamento. Ainda ressalta, com especial atenção, a necessidade de estabelecer critérios para a ponderação, pois esta sem uma estrutura ou critérios materiais, é método de pouca serventia à aplicação do direito.

Mas afinal, como ocorre a ponderação de interesses? Em três passos: a) primeiro deve-se auferir o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio; b) em seguida, comprovar a importância de realizar o princípio colidente; e c) por fim, demonstrar que o cumprimento do princípio em sentido contrário é tão relevante a ponto de justificar a limitação sofrida pelo outro princípio (ALEXY, 2005, p. 339-340).

Segundo Wálber Araújo Carneiro (2011, p. 209):

Esse arranjo permite Alexy concluir que, de um lado, está um determinado princípio (Pi) que sofre uma intervenção (I) de determinado grau (IPi); do outro, encontra-se um segundo princípio (Pj) cuja importância (W) se contrapõe (WPj) na colisão. Esse conflito exige, dos dois lados, a verificação de circunstâncias concretas para a decisão do caso ©, ainda que explicitamente uma redundância na fórmula do peso (IPiC e WPjC). Alexy, visando à compatibilidade da lei de sopesamento com “um grau suficiente de discricionariedade”, e levando em consideração a sistematização daquilo que ocorre nas práticas cotidianas e argumentativas, concluirá que, entre intervenções leves (l) e sérias (s), haverá intervenções moderadas (m), o que poderia formar uma escala com tais categorias.

Sobre essa compatibilidade com um grau suficiente de discricionariedade, é necessário analisar o sistema em que se baseia a produção de escalas.

Como já foi exposto acima, as classificações ocorrem em três níveis, por meio dos termos leve, moderado e sério. Trata-se de um modelo triádico, e aquilo a que se atribui um desses níveis é o grau de não satisfação ou afetação de um princípio atrelado à importância da satisfação do outro.

Assim, as combinações, oriundas do sopesamento, revelam que em três situações um dos princípios (i) teria precedência quanto ao outro princípio (j); e, contrariamente, em outros três casos, este outro princípio (j) teria precedência em relação ao princípio colidente (i). Entretanto, haveria outros três casos em que se

configuraria um impasse. Este, por sua vez, corresponderia ao espaço discricionário estrutural presente no sopesamento (CARNEIRO, 2011, p. 209).

Neste diapasão, quanto maior for o grau de restrição a um princípio, mais imperiosa é a importância de realizar o outro princípio. Contudo, enquanto a intensidade da restrição deve ser representada por uma grandeza concreta, o grau de importância pode ser compreendido por uma grandeza abstrata. Por exemplo, a vida humana em abstrato tem um peso superior a liberdade geral de ser fazer ou não algo desejado. Sendo assim, a importância de proteger a vida em determinado caso pode ser definida, simultaneamente, baseada no peso abstrato da vida e na ameaça que esta sofre no caso. Devendo-se anotar que, os pesos abstratos apenas influem na decisão quando forem diversos, pois se forem iguais tudo dependerá dos pesos concretos. Deste modo, se os interesses colidentes forem de mesma hierarquia, como geralmente ocorre com os direitos fundamentais, então só restará como alternativa os pesos concretos atribuíveis (ALEXY, 2008, 593-601)

Mas tudo isso apenas explica a dependência do caso concreto para se chegar à decisão, entretanto, não responde a pergunta formulada sobre quais são as circunstâncias de que esta depende.

Como resposta, “os elementos do caso concreto essenciais para a decisão são a medida questionada e os efeitos que sua adoção e sua não-adoção têm nos princípios envolvidos” (ALEXY, 2008, 601).

A não-adoção está relacionada à análise de permissão ou proibição da medida pelos direitos fundamentais, e a proibição trata da constelação na qual a medida não é adotada.

Superado isso, impõe-se uma das questões mais importantes sobre o modelo ponderativo. Quando ocorre o impasse no sopesamento, surge uma discricionariedade estrutural para sopesar, pois o escalonamento veiculado pelo o modelo triádico não representa uma métrica de intensidade da intervenção, muito menos dos graus de importância de realização do princípio, através da atribuição de um número a cada grau. Ou seja, nem sempre o que existe é uma conta matemática precisa e invariável.

Deste modo, impende-se a lição de Wálber Araújo Carneiro (2011, p. 2010):

(...) ficou claro que o controle analítico apresentado não garante a eliminação de espaços para a discricionariedade, muito pelo contrário. Ainda que se possa falar em um fechamento racional daquilo que Kelsen identificou como uma moldura semântica aberta para a discricionariedade política, deve-se ressaltar a manutenção de um espaço discricionário.

Isto mostra a necessidade de explicitar dois aspectos da discricionariedade estrutural. O primeiro diz respeito ao impasse enquanto tal: i) se o motivo para a intervenção é tão forte quanto a razão contra ele, então a restrição não é desproporcional, ou ainda, ii) se os argumentos para a não- garantia de proteção são tão fortes quanto as razões para a proteção, então a não-proteção não é desproporcional. Já o segundo aspecto informa a equivalência dos impasses em diferentes graus da escala. Por conseguinte, a discricionariedade estrutural consiste na conjugação de duas idéias: a igualdade no impasse e entre os impasses, deixando, para Robert Alexy (2008, p. 608), claro o significado de discricionariedade estrutural no sopesamento.

Além disso, a discricionariedade estrutural consiste em três tipos de discricionariedade: para definir objetivos, para escolher meios e para sopesar. Já a discricionariedade epistemológica surge quando é incerta a compreensão daquilo que é obrigatório, vedado ou possível, em razão dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008).

Por fim, o doutrinador (ALEXY, 2008, p. 608) expõe que só os impasses decorrentes da estrutura normativa é que fundamentam a discricionariedade estrutural, pois os impasses oriundos da limitação cognitiva humana, podem no máximo, ser objeto da discricionariedade epistêmica, transferindo o problema da admissibilidade desta discricionariedade para os princípios formais.

Sucedo que, toda a preocupação de Alexy ao conceber um espaço de discricionariedade deve-se a importância que assume o Poder Legislativo na democracia deliberativa, pois cabe a este poder o ônus político da discricionariedade, através da representação política pelo voto direto e universal. (CARNEIRO, 2011, p. 210).

Entretanto, como fica a questão da legitimidade do Poder Executivo e Judiciário para se apropriar desses espaços de discricionariedade em suas decisões, quando estas recorrerem aos princípios como razões para a sua fundamentação, se a concepção de tais espaços foi pensada para a defesa dos direitos fundamentais num contexto

de democracia deliberativa, onde cabe ao legislador fazer as opções e ao administrador executá-las? E mais, esses espaços - objetivos, para escolher meios e para sopesar – favorecem o controle da decisão ou só alargam a subjetividade do aplicador do direito?

Antes de responder tais questionamentos, e objetivando atender ao problema suscitado neste trabalho, é necessário compreender a aplicação do sopesamento nas demandas administrativas envolvendo interesses públicos e privados.

4.2.2 Ponderação de interesses aplicada às questões administrativas envolvendo os conflitos de interesses públicos e privados

Na seara de conflitos entre interesses públicos e privados, face a ausência de controle da discricionariedade, mediante a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, e em razão da pluralidade de interesses que caracteriza a sociedade atual, surge como alternativa para a resolução de tais conflitos, o sopesamento de interesses.

Deste modo, para que ocorra a ponderação, é imperiosa a análise do caso concreto, pois é ele que fornecerá os contornos, o delineamento para as restrições cabíveis a um interesse em face do outro.

Neste sentido, conforme observa Humberto Ávila (2007, p. 189):

Ambos os interesses estão atrelados *in abstracto* e somente podem ser descritos como resultado de uma análise sistemática. Somente *in concreto* possuem eles conteúdo do objetivamente mínimo e assumem uma relação condicionada de prioridade. Não antes.

Em razão disso, os princípios que estabelecem a proteção do interesse público, de um lado, e do interesse privado, de outro, reclamam uma análise à luz do princípio da proporcionalidade, a fim de produzir um resultado perante o caso concreto.

Nesta senda, os eventuais juízos de prevalência devem reconduzir ao sistema constitucional, de nuances diversas, instituidor do núcleo basilar, concreto e real do exercício da função administrativa (BINENBOJM, 2008, p. 109).

A proporcionalidade em sentido estrito, decorrente do princípio da proporcionalidade, como já dito, é o espaço de ocorrência da ponderação de interesses, que exige uma

relação de proporção entre o meio adotado e a finalidade perseguida, e esta, em razão do cenário constitucional atual, bem como do sistema jurídico brasileiro, é a de tentar conciliar os interesses existentes, face a multiplicidade dos mesmos.

Inclusive o Supremo Tribunal Federal, mesmo antes do advento da Constituição Federal de 1988, já vem considerando a ideia de conciliação de interesses. Exemplo disso é a posição do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Gallotti, no recurso de mandado de Segurança n. 13.140, que trata da suspensão de obra pela autoridade administrativa, no qual reconheceu a relevância dos interesses de terceiros de boa-fé, exigindo uma ponderação que leve em consideração os diversos interesses envolvidos, principalmente, os interesses paralelos que devem ser tutelados por uma decisão uníssona:

Os parágrafos do citado artigo 305 (CPC), embora referentes à hipótese de demolição, claramente traduzem o espírito da lei, no sentido de conciliar o interesse público com os demais interesses em causa, ordenando que a construção não seja demolida, mesmo quando contraria as condições legais, se por outro meio se puder evitar o dano ao bem comum.

Ocorre que, nem sempre é possível conciliar os interesses envolvidos. Desta forma, assume importante relevo o conflito entre direitos fundamentais e os interesses públicos, uma vez que nem todo direito fundamental veicula um interesse dito público, mas por vezes um interesse individual. Surge como solução para tal embate, a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Nesse caso, segundo Daniel Sarmiento (2007, p. 103), é possível seguir o pensamento de Robert Alexy e falar de uma precedência *prima facie* dos direitos fundamentais. Isso significa dizer que, o peso inicial atribuído a tais direitos é superior no processo ponderativo, deixando para os interesses públicos um ônus argumentativo maior na hipótese de sobrepujar os últimos.

Assim, é possível o interesse público prevalecer sobre um direito fundamental. Contudo, é necessário um exame do caso concreto, baseado no princípio da proporcionalidade, com a demonstração de argumentos fortes que apontem a prevalência do interesse público em voga. Essa ideia veicula, tanto o legislador, quanto os aplicadores do direito – juízes e administradores. Ao legislador, pois se realizar uma ponderação abstrata que não considere os direitos fundamentais, pois o ato pode ser inconstitucional. Aos aplicadores do direito, quando estiverem diante de uma hipótese de ponderação em concreto (SARMENTO, 2007, p. 103-104)

Há ainda outros casos de atividades administrativas em que não se poderia estabelecer uma regra de prevalência do interesse público. O esclarecimento dos fatos na fiscalização de tributos, definição das medidas empregadas pela administração, a ponderação de interesses envolvidos pelo Executivo ou pelo Judiciário, a restrição da autonomia privada dos cidadãos ou contribuintes, a preservação do sigilo, etc. são casos em que não se pode ponderar em favor do interesse público, a despeito do interesse privado. Visto que, a ponderação deve, a *priori*, definir os bens jurídicos envolvidos, bem como, as respectivas normas aplicáveis, e segundo, deve ao máximo, buscar a preservação e proteção desses bens (ÁVILA, 2007, p. 215)

Ainda sobre o assunto, com o fito de evidenciar o espaço que vem ganhando o método ponderativo, no cenário jurisprudencial brasileiro, cabe destacar a decisão do Superior Tribunal de Justiça, veiculada no agravo regimental de medida cautelar, processo n. 200300228928, deferindo provimento à medida, que objetiva impedir os efeitos de ato da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ao esclarecer que a simples menção de argumentos como saúde pública não pode servir de fundamento para a imposição de condutas às empresas farmacêuticas. Veja-se:

ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO ATIVO A RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE MEDICAMENTOS COM FÓRMULAS INSCRITAS NA FARMACOPÉIA BRASILEIRA. PRODUTOS FITOTERÁPICOS. ISENÇÃO. LIMINAR DEFERIDA.

Não se pode atribuir conotação maniqueísta e discriminatória aos interesses comerciais da empresa requerente, tão-só porque confrontados, na espécie, com os sagrados princípios que dizem o direito à vida e à saúde da população brasileira, dos quais se coloca como guardiã a Agência requerida.

Por mais sensível que seja o tema, não pode o julgador partir do pressuposto de que são inconciliáveis os direitos e interesses debatidos na lide, sob pena de restar comprometida a realização da justiça.

Deste modo, verifica-se que o raciocínio ponderativo tem por finalidade validar os atos da Administração Pública, trazendo consigo uma postura comprometida com a realização dos princípios, e outros ditames constitucionais. Uma vez que, na lógica de separação de poderes, cabe à Administração executar as opções feitas pelo Legislativo. É, portanto, de sua rotina, a tomada de decisões com amplo espaço de discricionariedade (BINENBOJM, 2008, p. 106).

Mas isso não significa a completa liberdade do administrador para aplicar o direito. Em verdade, o administrador precisa fundamentar às suas escolhas, demonstrando os motivos que o levam a privilegiar um interesse em detrimento de outro.

Não é outro o entendimento partilhado por Gustavo Binjenbojm (2008, p. 106) ao informar que:

O agente público não é livre para decidir por um ou outro caminho. Chamado a realizar um interesse de índole difusa, para cuja implementação se depare, frontalmente, com um interesse particular juridicamente protegido, deve o administrador, à luz das circunstâncias peculiares ao caso concreto, bem como dos valores constitucionais concorrentes, alcançar solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses públicos em jogo. Como resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que se poderia chamar de melhor interesse público, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública.

O autor (BINENBOJM, 2008, p. 106) destaca que nesses casos a técnica da ponderação encontra aplicação recente nos países, orientados pelo sistema de *common law* ou de matriz europeia, como instrumento a serviço do controle da discricionariedade administrativa, bem como, da racionalização dos processos que determinam o interesse prevalente, através de juízos ponderativos guiados pela proporcionalidade.

Como exemplo, a despeito de a regra geral ser a expropriação dos bens (públicos e privados) pelo Poder Público, há circunstâncias peculiares que ensejam a ponderação dessa regra com outros princípios constitucionais. Assim, no caso de existir um bem de família, considerado impenhorável por lei, que se pretenda desapropriar, para alcançar uma finalidade pública, deve-se atentar também para as normas constitucionais de proteção à família. Deste modo, cabe ao gestor realizar juízo de ponderação que considere as circunstâncias: i) fáticas - eventual existência de outros imóveis que atendam a finalidade pública e não sejam bens de família); ii) e jurídicas – o conflito aparente do poder expropriatório do Estado e o seu dever de proteção à família. Para que, na hipótese de insistir a Administração em desapropriar o bem, possa o proprietário acionar o Judiciário, a fim de refazer o juízo de ponderação, caso verifique o equívoco do mesmo (BINENBOJM, 2008, p. 111).

Paulo Ricardo Schier (2007, p. 235-236) também suscita a ponderação de interesses como solução possível aos conflitos entre interesses públicos e privados. O autor aponta quatro situações envolvendo os interesses públicos e privados. Na primeira, os interesses se harmonizam, inexistindo conflito, pois a realização de um interesse implica na concretização do outro. Na segunda, o próprio constituinte estabelece o

interesse prevalente. No terceiro caso, existe a colisão entre direitos fundamentais e interesses públicos, na qual o constituinte autoriza a restrição dos primeiros, através de ponderação infraconstitucional, mas sempre observando o princípio da proporcionalidade e o núcleo basilar dos direitos fundamentais. Por fim, na quarta situação, aparece o campo de incidência da ponderação de interesses, que só ocorrerá quando não se configurar nenhuma das hipóteses anteriores. Conseqüentemente, o juiz em face do caso concreto decidirá, examinando os elementos normativos integrantes de cada preceito em conflito, e assim, determinará o interesse prevalente.

Deste ponto de vista, a ponderação seria veículo subsidiário, cabível apenas à resolução de conflitos entre interesses públicos e privados, quando a situação destoar daquelas cuja solução já foi eleita pela Constituição ou norma infraconstitucional para o conflito de interesses.

Em situações desse tipo, no sentido de demonstrar o caminho realizado pelo administrador, na aplicação do princípio da proporcionalidade, até chegar à ponderação de interesses propriamente, e tomar a sua decisão, quando nem o constituinte e nem o legislador previamente realizaram a ponderação, tome-se um exemplo.

No conflito entre o direito do empresário à propriedade privada e à livre iniciativa e o direito da coletividade de usufruir de um meio ambiente equilibrado, qual decisão deve o administrador tomar?

Primeiro, é necessário determinar uma medida que atenda o fim constitucional ou infraconstitucional. Neste sentido, a proporcionalidade exige, como primeira análise, que a medida traduza um meio adequado/idôneo para o alcance desse fim. O princípio do meio ambiente equilibrado impõe que se adotem medidas tendentes à sua concretização. Assim, cogita o administrador público, as seguintes medidas: i) interdição da fábrica; ii) seja determinada a instalação de filtros nas chaminés da fábrica; ou ainda iii) seja determinada a implantação de novas máquinas importadas, cuja emissão de gases na atmosfera é inferior às utilizadas pela fábrica. Todas essas alternativas revelam-se aptas a promoção do fim. Contudo, implicam na restrição de outro princípio fundamental e constitucionalmente protegido: a livre iniciativa. (BINENBOJM, 2008, p. 121)

Parte-se então para uma segunda análise, qual seja, o exame da necessidade. Segundo esta, dentre as medidas igualmente adequadas à promoção do meio ambiente hígido, deve o gestor optar pela alternativa menos danosa aos direitos do empresário – à liberdade de iniciativa. Deste ponto de vista, tem-se que a instalação de filtros nas chaminés, é de todas as soluções, a menos onerosa ao particular (BINENBOJM, 2008, p. 122).

Por último, caberia ao administrador examinar se a medida resiste ao crivo da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, se resiste a uma ponderação de interesses. Portanto, argumentativamente, o gestor deve expressar se o grau de realização da finalidade perseguida justifica o grau de limitação imposto ao princípio colidente. Essa argumentação costuma lidar com análises qualitativas ou axiológicas entre os bens jurídicos envolvidos. Por consequência, deve ser demonstrado que nível de redução da fumaça na atmosfera é capaz de justificar uma despesa específica a ser suportada pelo empresário (BINENBOJM, 2008, p. 122).

Sendo assim, demonstrada a aplicação do sopesamento às questões administrativas envolvendo conflitos entre interesses públicos e privados, é finalmente, possível averiguar se em verdade tal modelo controla ou alarga a discricionariedade administrativa.

4.2.3 Crítica ao modelo ponderativo

Analisar a viabilidade e consistência de um modelo é tarefa diretamente ligada à identificação de possíveis críticas, bem como, se em face das mesmas, o modelo resiste, cumprindo a finalidade proposta.

Sobre o modelo em voga, é possível definir bem mais que uma única e simples crítica. Entretanto, inobstante a sua existência, o ponto central, para o qual se voltam às atenções deste trabalho, será o excesso de discricionariedade ostentado pelo

sopesamento na aplicação do direito, especialmente na seara de conflitos entre interesses públicos e privados.²⁴

Como já dito, a concepção de espaços discricionários por Robert Alexy (2008) em sua teoria foi baseada na importância conferida ao Legislativo no modelo democrático representativo. Contudo, a utilização desses espaços pelo Judiciário carecia de legitimidade. Então, era preciso conferir legitimidade ao uso da discricionariedade por um poder que, embora não desfrutasse do mecanismo de representatividade na eleição de seus membros, lançava mão de tais espaços em suas decisões. Para tanto, o doutrinador apresenta a técnica da ponderação de interesses associada ao emprego de sua teoria da argumentação, objetivando conferir legitimidade à decisão judicial.

Em outras palavras, toda a teoria alexyana foi baseada pensando em conferir legitimidade à decisão emanada pelo Judiciário. Advém, justamente, dessa premissa, a primeira crítica ao uso da ponderação de interesses pelo Administrador Público na resolução dos conflitos envolvendo interesses públicos e privados. O modelo ponderativo e a discricionariedade inerente à sua aplicação foram concebidos para uso do poder Judiciário e não da Administração Pública.

Isso parece muito claro, quando Lenio Streck (2009, p. 329) considera equivocada a aproximação entre discricionariedade judicial, tratada por ele como discricionariedade para interpretar, esta sim presente no modelo alexyano, e a discricionariedade conferida ao gestor público, sempre vinculada à legalidade:

[...] no âmbito judicial, o termo discricionariedade se refere a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento. No caso do administrador tem-se por referência a prática de um ato autorizado pela lei e que por este mesmo motivo, mantém-se adstrito ao princípio da legalidade. Ou seja, o ato discricionário no âmbito da administração somente será tido como legítimo se de acordo com a estrutura de legalidade vigente (aliás, o contexto atual do direito administrativo aponta para uma circunstância no interior da qual o próprio conceito de ato discricionário vem perdendo terreno, mormente em países que possuem em sua estrutura judiciária um Tribunal especificamente Administrativo.

Desta forma, se a própria ideia de discricionariedade administrativa já é questionável na atualidade, imagine o transporte, para a Administração Pública, de um modelo

²⁴ Ressalte-se, outras críticas aparecerão no decorrer do texto. Entretanto, apenas na medida em que se ligam ao excesso de discricionariedade e com o fito de demonstrar tal exagero e suas repercussões.

que não foi pensado para seu uso, tratando essencialmente da discricionariedade judicial? Parece ainda mais inadequado.

Contudo, não se pode tomar como verdade absoluta a distinção entre discricionariedade judicial e administrativa. Neste sentido, vem à baila os ensinamentos de Antonio Castanheira Neves (1995), ao aproximar as duas modalidades e dizer que ambas traduzem um problema metodológico de aplicação do direito. Tratamento este mais coerente à lógica atual de interpretação e aplicação do direito como atividades interligadas e indissociáveis, de maneira tal que interpretar é aplicar o direito, e sendo assim, tanto juízes quanto administradores são interpretes/aplicadores do direito e, portanto, padecem do mesmo problema.

Logo, se partilham do mesmo problema, parece também inadequado se aventar a aplicação de um modelo, que ao invés de resolver ou minorar a questão, potencializa a discricionariedade, como adiante será exposto.

Segundo Wálber Carneiro (2011, p. 221), Robert Alexy formula uma teoria do direito baseada em um modelo triádico, integrado por princípios, regras e argumentos. O modelo presente na sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (ALEXY, 2008), entabulado por princípios e regras, é ineficiente na resolução do problema da discricionariedade, pois no momento em que o Judiciário se apresenta como aplicador do direito, o espaço discricionário aparece como problema ao regime democrático, motivo pelo qual o sistema de princípios e regras exige a aplicação conjunta de uma teoria da argumentação, a fim de legitimar a decisão.

Com efeito, se a aplicação da ponderação de interesses reclama também uma teoria da argumentação, então, para Robert Alexy (2011) parece estar na argumentação a solução para o problema da discricionariedade.

De acordo com Jürgen Habermas (2003), por quem Robert Alexy (2011) é altamente influenciado, a lógica argumentativa vislumbra a separação funcional entre quem faz a lei, quem aplica e quem executa, como resultado da “distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos” (HABERMAS, 2003, p. 239) e a subordinação dos respectivos meios de comunicação. Por conseguinte, apenas o legislador detém poder irrestrito de se apropriar de argumentos tanto normativos, quanto pragmáticos. Em contrapartida, o juiz não pode lançar mão, arbitrariamente, dos argumentos que estão nas normas legais, pois só

podem ser invocados no contexto de um discurso jurídico de aplicação baseado em decisões substanciais e numa visão coerente do sistema de direito como um todo. Já o Executivo, por seu turno, não exerce papel criativo. Ele não cria e nem recria argumentos normativos. As normas aplicáveis associam a busca dos fins coletivos às premissas estabelecidas, com a finalidade de limitar o exercício da competência administrativa ao espaço pragmático.

Dito isto, resta à administração um campo restrito/mínimo e por vezes até ausente de discricionariedade no exercício da sua função.

Espaço esse que Robert Alexy considera impossível eliminar, em função das variáveis – regras do discurso, seu cumprimento, participantes, e duração do discurso – que conduzem a uma incerteza quanto à resposta para um dado caso. Não obstante, informa ser possível uma expressiva contenção da irracionalidade do discurso (CARNEIRO, 2011, p. 221)²⁵.

Neste sentido, a ponderação de interesses surge como procedimento, através do qual se objetiva legitimar a decisão judicial. Entretanto, é por meio do próprio procedimento que se faz o controle da decisão, e não a partir do conteúdo alcançado. Isso justamente, porque não é possível estabelecer uma segurança a cerca do conteúdo transmitido (STRECK, 2009, p; 244-245).

Ora, nisso há uma flagrante inconsistência. Um modelo que se propõe a legitimar mais de uma resposta correta, desde que siga o procedimento, em verdade não está preocupado com o conteúdo da decisão, com o direito tutelado ou infringido, mas sim com a estrutura da decisão. Só seria possível conceber a preocupação com o seguimento das fórmulas alexyanas, se invariavelmente, elas conduzissem a uma única resposta correta para o caso. O que não se opera.

Inclusive, sobre o caráter indeterminado da resposta, característico do modelo alexyano, Jürgen Habermas (2003, p. 288) aponta que as condições procedimentais para realizar argumentações, de um modo geral, são inespecíficas no processo

²⁵ “[...] a complexidade das regras do discurso permite que ponderações determinadas pelas características dos participantes levem a diferentes caminhos, ainda que todos eles estejam sob o crivo da racionalidade procedimental. As regras do discurso, especialmente aquelas que estão relacionadas à situação ideal de fala, não garantem o seu próprio cumprimento, sendo apenas um parâmetro para que seja analisado o grau de racionalidade do discurso. Os participantes que integram o discurso podem ignorar tanto aspectos normativos, quanto aspectos empíricos, bem como valorar diferentemente a escolha dos caminhos e, com isso, conduzir um procedimento a diferentes resultados igualmente racionais – válidos, portanto” (CARNEIRO, 2011, p. 221-222).

seletivo de alcance da única decisão correta. Robert Alexy considera o discurso jurídico como parte integrante do discurso prático-moral, por isso complementa as regras gerais com regras especiais. Assim, o direito integra a moral.

Salienta ainda, que Robert Alexy considera a racionalidade da decisão ligada à racionalidade da lei, mas que sua teoria não atende a esse pressuposto, pois juízos de validade são codificados de forma binária, inadmitindo um mais ou menos. Assim, a validade dos juízos morais não pode ser equiparada a validade dos juízos jurídicos. Portanto, o equilíbrio entre moral e direito defendido pelo teórico tem o mal quisto efeito colateral de relativizar a correção da decisão judicial, tornando-a questionável enquanto tal. Eis que, uma decisão jurídica para um caso concreto apenas está correta, quando se introduz em um sistema jurídico coeso, um sistema que pressupõe a validade de suas normas, e por isso, permite somente uma solução correta para o caso particular (HABERMAS, 2003, p. 289-290).

Nesta linha, impende-se o entendimento de Walbér Carneiro (2011, p. 222) quando critica a teoria alexyana, dizendo:

Uma teoria que pretende concretizar direitos fundamentais e que, para tanto, quer se sustentar em um ambiente de tensão entre democracia deliberativa e as regras contramajoritárias da Constituição não pode admitir que um mesmo caso prático possa, por exemplo, ser resolvido por duas decisões diametralmente opostas, sendo ambas racionais e corretas à luz da teoria.

Ou seja, à luz da Constituição Federal de 1988, não se poderia aventar a hipótese de, para um mesmo caso prevalecer, ora o interesse público, ora o interesse privado, baseado na concepção daquele que melhor assumiu o ônus argumentativo, ou ainda, em favor daquele que militam os argumentos mais fortes. Um ordenamento que aposta na preservação constitucional de um núcleo duro, intitulado cláusulas pétreas, como forma de tutelar/concretizar os direitos fundamentais, não pode considerar a ponderação de interesses uma solução útil a tais questões.

Esta situação inevitavelmente conduz às seguintes perguntas: quem decide o interesse prevalente no caso? Quem argumenta em favor/contra os interesses em jogo? Quem elege o interesse em rota de colisão? Responde Lenio Streck (2009, 245): o sujeito²⁶.

²⁶ Em suas palavras Lenio Streck (2009, p.244) diz “quem decide, quem valora, ao fim e ao cabo, é o sujeito (que não é o sujeito da intersubjetividade, porque este não está na pauta da teoria da

Deste modo, o problema da subjetividade do intérprete, um problema geral da teoria do direito, assume ainda mais força na ponderação de interesses, quando se concebe espaços discricionários onde o aplicador do direito, seja ele o Administrador Público ou o Juiz, detém o papel de protagonista no processo decisório.

A concepção de uma solução que permite ao sujeito realizar inúmeras escolhas, ignorando tanto aspectos normativos quanto empíricos, não parece controlar a discricionariedade. Ao contrário, tem em si o condão de alargar a discricionariedade.

Esclarece Wálber Carneiro (2011, 233) que, conferindo aos participantes uma função decisiva no resultado do discurso, Robert Alexy aparta-se de um paradigma que une a todos. Por conseguinte, “a manutenção da ideia de correção de duas ou mais decisões diametralmente opostas sobre um mesmo caso concreto [...] é o cavalo de tróia que Alexy oferta ao sistema jurídico”. (CARNEIRO, 2011, p. 233).

No âmbito da Administração Pública, a visão alexyana se coaduna com a clássica ideia de que o agir discricionário é uma faculdade de escolher entre indiferentes jurídicos, um espaço de liberdade onde ao gestor seria possível optar dentre uma pluralidade de soluções igualmente válidas. Trata-se de uma opção autônoma dentre várias soluções juridicamente admissíveis, que só enaltece a liberdade administrativa para tomar decisões, vindo na contramão da concepção atual e cada vez mais forte de vinculação da administração pública ao ordenamento jurídico – não só à lei, mas aos princípios e principalmente à Constituição. Por essa perspectiva, a discricionariedade no sopesamento configura mais um veículo condutor do Administrador Público à arbitrariedade, do que um mecanismo de controle do agir discricionário.

Deste ponto, a ponderação de interesses não parece trazer algo de novo em relação ao que já se tinha como concepção da discricionariedade administrativa. A novidade da proposta teórica, em verdade, é o emprego conjunto da técnica ponderativa e teoria da argumentação. Conseqüentemente, seria aceita a solução que melhor argumentasse, o que como já foi exposto, conduz o processo a um terreno propício à subjetividade do aplicador do direito. Eis que, a escolha dos argumentos empregados e o peso conferido aos mesmos traduziriam as valorações do sujeito, ou seja, a carga valorativa que cada indivíduo traz consigo, e não os valores e

argumentação jurídica exatamente pela cisão feita entre subsunção e ponderação e entre casos fáceis e casos difíceis; o sujeito é, pois, o do esquema sujeito-objeto).”

interesses eleitos pelo ordenamento jurídico, primordialmente, a Constituição Federal de 1988.

Ademais, conforme esclarece Lenio Streck (2009, p.249), são raros os intérpretes de Robert Alexy que obedecem as fases descritas na chamada lei de colisão. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, usualmente faz referências à expressão ponderação, entretanto, é difícil apontar um acórdão que realmente tenha percorrido os caminhos traçados pelo modelo ponderativo. Aparecem freqüentes menções à princípios constitucionais colidentes, mas dificilmente, são encontrados votos, cujas fases da ponderação, defendida por Robert Alexy, tenham sido mencionadas.²⁷

Isso ocorre, pois ao apostar na redução da complexidade do sistema jurídico, pela descrição analítica de suas estruturas com fórmulas matemáticas, Robert Alexy inflaciona a complexidade do seu sistema, levando a existência vários caminhos possíveis, bem como, aos diferentes resultados oriundos de sua persecução (CARNEIRO, 2011, p. 233).

Neste diapasão, a aplicação do sopesamento na delicada zona de conflito entre interesses públicos e privados se faz ainda mais problemática, pois os próprios termos interesse público e interesse privado não dispõem de tratamento uniforme, seja na seara administrativa, seja no âmbito judicial. A dependência do caso concreto para se chegar a um conceito útil e aplicável do que seriam os interesses em voga, bem como a sua respectiva solução atrelada à aplicação da lei de colisão, se mostra verdadeiro terreno propício a extensão da discricionariedade administrativa.

A ponderação de interesses assume claramente a concepção de espaços discricionários como característica da sua aplicação, transportando a defesa dos

²⁷ Lenio Streck (2009, p. 251) traz como exemplo da relação conexa entre ponderação e discricionariedade, o julgamento da Questão de Ordem formulada no Inquérito n. 2.424 – RJ, pelo Supremo Tribunal Federal. Por maioria dos votos, decidiu-se que as provas produzidas através de interceptações telefônicas provenientes do âmbito criminal, poderiam servir de prova emprestada em processo administrativo disciplinar de natureza civil, com fundamento de que na hipótese em tela, haveria de um lado o direito a intimidade e o princípio da privacidade, e de outro, em rota de colisão, o princípio da supremacia do interesse público. A partir da ponderação dos interesses em voga, a decisão determinou que as provas realizadas no âmbito penal e processual penal podem ser usadas em processo de caráter civil, embora o art. 5º da Constituição Federal, no inciso XII, restrinja as possibilidades de violação do sigilo telefônico à esfera penal/processual penal. Assim, o que se vislumbra é o uso da ponderação como forma de legitimar uma decisão pragmática, e não como um método, através do qual se resolve, efetivamente e qualitativamente, as questões da vida postas em face do direito.

interesses em rota de colisão para a argumentação. Agora, imagine tal modelo aplicado quando a noção do interesse em questão depende da análise do próprio gestor a cerca da situação fática? A proposta confere ainda mais importância à figura do Administrador, e embora este exame possa ser feito à luz da Constituição, é evidente a complexidade do processo, e a dependência crucial do intérprete para tanto.

Sobre o tema é importante destacar a observação que faz Andreas Krell ao tratar do caráter ambivalente do interesse público. Eis que, o emprego do mesmo serve tanto para criar uma maior liberdade da Administração, quanto serve para aumentar o controle judicial sobre suas decisões. Eis que, os interesses públicos, definidos pela lei, desempenham intensa força normativa para o interior do espaço discricionário, e concomitantemente, o Direito age com seu poder cogente sobre tais interesses públicos, ressaltando a ligação fundante e estruturante que há entre interesse público e Direito. Ou seja, há uma relação de reciprocidade, em que o interesse público influencia no ordenamento jurídico, e este, por sua vez, influencia no aludido interesse (KRELL, 2013, p. 148).

Desta forma, o interesse público funcionaria tanto como abertura para o sistema, ao permitir o uso de espaços discricionários pela Administração, quanto como meio de fechamento do sistema, ao permitir um elevado controle judicial das decisões administrativas.

Sendo assim, irrompe a busca por uma solução que ao invés de alargar a discricionariedade, concentrando o processo na figura do sujeito, priorize a importância das opções entabuladas na Constituição, em todo o seu conjunto de regras e princípios, aliás, da produção normativa do sistema jurídico como um todo.

4.3 ALTERNATIVAS CRÍTICAS À PONDERAÇÃO DE INTERESSES E O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NOS CONFLITOS ENTRE INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS

Para além do que sugere a ponderação de interesses diretamente ligada à teoria da argumentação alexyana, existem outras alternativas, formuladas, a partir de críticas

ao método, que propõem soluções ao problema da discricionariedade na aplicação do direito.

Essas alternativas serão expostas, juntamente com suas peculiaridades mais importantes, examinando a sua possível aplicação nas questões administrativas envolvendo interesses públicos e privados, com especial atenção para o problema da discricionariedade do gestor.

Diante da importância assumida pelo doutrinador no cenário internacional, principalmente no direito alemão, tal como Robert Alexy (2008; 2011), apresenta-se Jürgen Habermas (2003), ferrenho crítico da ponderação de interesses, e que sugere para a aplicação do direito um modelo procedimental baseado na teoria discursiva.

A teoria do direito habermasiana baseia-se na racionalidade comunicativa, através da produção normativa, que confere legitimidade por meio da legalidade, e segundo o princípio democrático, que diferencia a moral do direito. Entretanto, o princípio moral assume importância, pois no processo argumentativo, o consenso apenas é válido, se atende ao referido princípio. Assim, é o princípio do discurso que assumindo no direito a forma de princípio democrático, ressalta a dependência entre direito e ética discursiva (HABERMAS, 2003, p.145-146 e 191).

Robert Alexy (2011, p. 123) analisando a teoria habermasiana do discurso, indica que para se obter o consenso de um argumento é preciso um diálogo ilimitado de um nível para outro até se chegar a um consenso. Mas para isso, é necessário o atendimento às características formais do discurso, pois são as garantidoras da transição entre os níveis do discurso – discurso teórico, metafórico e prático.

A partir dessa ideia, Jürgen Habermas, aposta na validade procedimental para conferir legitimidade ao ordenamento jurídico. O princípio do discurso moral ordena os discursos práticos que validam as leis, e de outra mão o princípio democrático faz com que as pessoas participem efetivamente desses discursos. Explica Wálber Carneiro (2011, p. 194-195):

O princípio do discurso relativo à moral opera no plano interno, enquanto o jurídico opera no plano externo. Com esse modelo co-originário e complementar, Habermas busca um direito autônomo que promova a redução da tensão entre a faticidade da imposição do direito por parte do estado e a validade legitimadora do procedimento de produção do direito, formando um universo de discursos de fundamentação que servirá de parâmetro para ações futuras.

Assim, a importância do procedimento vai além da forma, pois preocupa-se com a legitimidade do mesmo, na medida em que a participação dos indivíduos é importante na sua formação.

A harmonia entre “vontade política de uma comunidade jurídica” (HABERMAS, 2003, p. 191) e entendimentos morais expressam um “diálogo entre sistema e mundo da vida” (CARNEIRO, 2011, p. 195), pois o procedimento asseguraria que o ordenamento jurídico não tornasse o espaço público seu refém, pacificando assim o convívio.

Ocorre que, estruturada a validade das normas, estas carecem de aplicação. Este espaço de aplicação deve observar o conteúdo das normas produzidas pelo discurso democrático. Mas aplicar as leis não é tarefa apenas do Judiciário. Nas palavras do próprio Jürgen Habermas (2003, p. 243) “A função de execução das leis é exercida pelo governador e pela administração, indiretamente também por Tribunais”.

Contudo, o teórico sabe da insuficiência das leis em prever todas as hipóteses de sua aplicação. Deste modo, é necessário um modelo aplicativo que reduza a tensão entre segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas (CARNEIRO, 2011, p. 195).

Neste diapasão, deve-se ressaltar a diferença para Jürgen Habermas (2003, p.338-339) entre o poder comunicativo que advém das opiniões da maioria, assentado no discurso deliberativo, do poder administrativo, função do Estado. O poder administrativo deve ser apenas utilizado no substrato de políticas e segundo os contornos traçados pelas leis que resultem de processos democráticos.

Disto, é possível inferir que no contexto da teoria discursiva exposta, a concepção de espaços que permitam ao administrador público tomar decisões com a liberdade de escolher entre indiferentes jurídicos, principalmente, nos conflitos entre interesses públicos e privados, é no mínimo questionável. Assim, parece no mínimo arriscado sugerir que o teórico admita a possibilidade de espaços discricionários na aplicação do direito pela administração pública. Ainda mais, quando destaca a importância da Jurisdição Constitucional frente às ameaças das “burocracias autonomizadas” (HABERMAS, 2003, p. 341) e a “influência do poder social privado” (HABERMAS, 2003, p. 341).

Deste modo, mais correto parece admitir o controle da atividade administrativa pelo Judiciário, que através de procedimentos, baseados na teoria do discurso, buscaria analisar se o gestor, em verdade, agiu da maneira correta, diante da situação que lhe foi proposta, e não propriamente, a aplicação de um método pelo Administrador Público.

Na sequência, pela expressividade que assume, na doutrina brasileira, como crítico severo à ponderação de interesses, Lenio Streck (2008; 2009) defende o uso da hermenêutica filosófica no processo de interpretação/aplicação do direito.

Primeiramente, o autor deixa clara a vinculação de sua teoria à Constituição Federal de 1988 e as regras trazidas pela mesma para sua modificação. Segundo, a fim de que não fosse subjugado pelos outros poderes, o Judiciário adquire uma autonomia que funciona como uma espécie de imunidade contra os artifícios das demais esferas de poder. Entretanto, se houve a diminuição do espaço de poder da vontade comum e o aumento do espaço jurisdicional, a autonomia do direito apenas pode ser mantida, pelo controle do que configura a mudança do foco de tensão da legislação para a jurisdição: a decisão judicial. Por conseguinte, impõe-se a questão da discricionariedade na interpretação, âmago da teoria do direito (STRECK, 2009, p. 327-331).

Em seguida, trata da crise que sofre a hermenêutica jurídica e sua relação com a teoria do conhecimento e a fundamentação da decisão judicial, ressaltando o descompasso do direito em relação às transformações na filosofia.

O direito como integrante de uma intersubjetividade racional, associado à importância das condições históricas nas quais ocorre o processo de compreensão, bem como o giro hermenêutico proposto por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, foram fundamentais para uma nova perspectiva sobre a hermenêutica Jurídica. Nesse contexto, a hermenêutica filosófica abre um novo caminho para a percepção do direito, rechaçando a divisão entre casos fáceis e casos difíceis, e trazendo a ideia de que o princípio atua no sistema como cláusula de fechamento e não de abertura. Trata-se da superação do positivismo jurídico e do direito não apenas como sistema de regras (STRECK, p.333-335).

Por essa perspectiva, a discricionariedade conduziria a arbitrariedade, e por isso não é bem vista. Além disso, como já visto, Lenio Streck (2009, p. 329) distingue a

discricionariedade judicial da discricionariedade administrativa, esclarecendo que só a primeira estabelece um processo criativo, no qual o juiz cria uma solução para o caso, pois a administração, estando vinculada à legalidade, não poderia inovar na ordem jurídica. Portanto, toda a sua teoria é voltada para a questão da discricionariedade no âmbito judicial e não administrativo.

Em razão disso, falar de um método aplicável à Administração Pública para o controle da discricionariedade seria negar as ressalvas formuladas pelo próprio Lenio Streck (2009, p. 329), quanto ao direcionamento do seu trabalho. Porém, é nítida a desconfiança do autor em relação à discricionariedade administrativa. Principalmente, quando evidencia o questionamento atual no direito administrativo sobre o conceito de ato discricionário, e a redução de sua esfera em países onde existe um Tribunal Administrativo, na composição judiciária.

Com efeito, pode-se aventar com base na referida teoria, cujo marco é a Constituição, se o administrador no ambiente de interesses públicos e privados conflitantes, toma qualquer decisão que contrarie ou fuja das opções entabuladas na Carta Magna, seria passível de controle pelo Judiciário. O magistrado, então, deve analisar o caso particular através da hermenêutica filosófica - visão paradigmática do caso.

Por fim, destaca-se Wálber Carneiro (2011), como ferrenho crítico da teoria alexyana, pela representatividade que possui no cenário baiano. A proposta formulada pelo teórico consiste no uso da hermenêutica jurídica heterorreflexiva na aplicação do direito.

Wálber Carneiro (2011, p. 229), ao desconstruir a história da filosofia jurídica, põe em dúvida a estrutura basilar do direito contemporâneo, alia ao método fenomenológico uma “epistemologia heterorreflexiva” que o autor considera possível de encorajar o fenômeno jurídico, por completo, diferenciando, e ao mesmo tempo, relacionando o direito com a moral.

Na medida em que repensa a teoria os fundamentos do discurso, numa investigação ontológica do direito, transforma a hermenêutica em uma alternativa sem um caráter decisionista e mais expansiva, pois reflete as condições de possibilidade, produção e aplicação do direito, ao mesmo tempo.

Assim, a hermenêutica assume uma proposta de origem simultânea entre direito e moral, cabendo a proposta heterorreflexiva, a diferenciação sistêmica de ambos, através de uma filtragem jurídica da moral. A hermenêutica heterorreflexiva parte de um modelo problemático – diferentemente de Robert Alexy que parte de uma visão sistemática e conceitual – unindo aplicação e interpretação do direito, bem como, de uma análise temática da compreensão, ligada de modo circular a uma reflexão histórica (CARNEIRO, 2011, p. 232).

Portanto, essa hermenêutica propõe um exame da estrutura, do que ela representa, atentando para a exigência de critérios reflexivos na interpretação do direito. O texto não é o objeto da reflexão, mas sim a conduta do caso particular, ou ainda, o problema. Os limites do caso não são objetivos, mas sim hermenêuticos, pois pressupõem um fato absorvido como jurídico. Disso decorre um movimento dialético entre sistema e problema, de abertura e fechamento, cujo diálogo permite ao intérprete o alcance de projetos cada vez mais atuais e mais seletivos quanto ao sentido do ente (CARNEIRO, 2011).

Vale assim ressaltar, que também na hermenêutica heterorreflexiva está presente a ideia (NEVES, 1995) de que interpretar é aplicar o direito, inadmitindo a cisão entre processo de interpretação e aplicação da lei.

Por tais razões, é possível falar em respostas corretas. Mas com isso não se admite a existência de respostas diametralmente opostas, muito menos, que o cumprimento dos parâmetros irá assegurar a correção das respostas. “Afirmar que há uma resposta correta é, antes de tudo, dizer que, não obstante a ambigüidade das entificações que tentam delimitar o sistema, há uma dimensão moral-prática acessível a partir da imersão lingüística e que deve servir de referencial para legitimar as decisões” (CARNEIRO, 2011, p. 292).

De acordo com a hermenêutica heterorreflexiva, a resposta correta é uma metáfora – o juiz Hermes – referencial de orientação e que também permite a tomada de decisões por aqueles que são julgados, abre o direito para uma comunidade de intérpretes e ao mesmo tempo fecha o sistema quando se concebe um referencial (CARNEIRO, 2011, p. 273-280).

Essa ideia coaduna-se ao pluralismo da sociedade atual e com a multiplicidade de interesses, rechaçando a divisão estanque entre interesses públicos e privados.

Sendo assim, na ocorrência de tais conflitos, e levando-se em consideração a relação entre o interesse público e o privado, ainda que indireta, infere-se da teoria explicitada que também deve o Administrador Público tomar para si a resposta correta como metáfora no momento de decidir. Tal referencial impediria a existência de decisões pretensamente válidas, mas substancialmente contrárias. O que pode não eliminar o problema da discricionariedade no exercício da função administrativa, mas já reduz em muito o seu problema, quando exclui a possibilidade de decisões contraditórias.

CONCLUSÃO

O presente trabalho científico teve por objetivo analisar o controle da discricionariedade administrativa, na resolução dos conflitos entre interesses públicos e privados.

Ao examinar o problema da discricionariedade administrativa, percebeu-se a concepção do poder discricionário como um processo composto por fases, indicativas das alterações perpassadas pelo mencionado poder até chegar a dicção contemporânea de modalidade de aplicação do direito. O âmbito de atuação do poder discricionário, entendido por alguns como a normatividade, e por outros como a esfera de aplicação do direito, revela uma questão de fundo mais profunda: cisão entre interpretação e aplicação do direito, bem como, a estruturação de um modelo de aplicação, eminentemente, subsuntivo. Disto, surgiu a necessidade de investigar a natureza do problema, o que evidenciou uma ausência de uniformidade no tratamento do mesmo pela doutrina, resvalando como se verá adiante, em um dissenso quanto à solução do problema.

O invocado modelo subsuntivo mostra-se ineficiente para a resolução de todas as questões de direito. Vide-se aquelas carecedoras de uma análise mais aprofundada do aplicador, como é o caso do conflito de interesses público e privado. Notadamente, pelo caráter impreciso, assumido pelas expressões, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Assim, a discricionariedade como modalidade de aplicação do direito, seria meio através do qual, o gestor, face a impossibilidade de subsumir o fato a norma, atua com pretensa liberdade, supostamente legitimada pelo ordenamento, para escolher entre indiferentes jurídicos.

Contudo, o dever de vinculação ao ordenamento jurídico em todo o seu conjunto, especialmente à Constituição Federal de 1988 é cada vez mais defendido pela doutrina administrativa, justamente, com o fito de evitar o abuso do poder pelo Administrador Público.

Nesse contexto apresenta-se a visão clássica de intangibilidade do mérito administrativo. Ideia que apenas concebe o controle da função administrativa, nos moldes da teoria do abuso de poder, que firma tão somente um controle de legalidade do ato.

Mas hoje caminha-se para uma ideia de controle do mérito do ato administrativo. Seja como mecanismo apto a expressar as razões que levaram o gestor a uma determinada decisão, seja como forma de conferir ao Judiciário elementos que permitam o controle da função administrativa.

Deste ponto de vista, assume especial relevo os limites no exercício do poder discricionário, e os vícios decorrentes da sua violação, que com exceção de hipóteses de manifesto abuso de poder, apenas poderão ser observadas na motivação do ato administrativo.

Nesse cenário, apresenta-se a controvérsia entre interesses públicos e privados, e já de início, revela-se a fragilidade da dicotomia público versus privado. Em uma sociedade onde os interesses são plurais, revelando que tanto a esfera pública, quanto a esfera privada são importantes na estruturação do indivíduo enquanto pessoa, é difícil separar rigidamente interesses públicos de interesses privados, desconsiderando a relação de dependência entre os mesmos.

Desta forma, o clássico princípio de supremacia do interesse público, embora ainda possua grandes adeptos na doutrina brasileira, já tem a sua validade e existência questionadas, por parte da doutrina, assim como, tem a sua noção revista por uma posição intermediária, que ainda acredita na existência e força do princípio, mas sob um prisma diferente. Para esta corrente, o interesse público está presente no cumprimento satisfatório da função estatal, ainda que em relação a apenas um cidadão.

Toda essa relação delicada entre interesse público e interesse privado, as vezes conflituosa, e por vezes convergente, representaria um processo de publicização do privado e privatização do público, em que ora interesse público, ora interesse privado obtiveram maior expressividade, influenciando nas mudanças perpassadas na atuação do Estado e suas repercussões. O que evidentemente gerou mais perguntas do que respostas.

Assim, paradigmas como a supremacia do interesse público e a intangibilidade do mérito administrativo são postos em cheque. Deste modo, impende a necessidade de buscar respostas que permitam compreender essa ligação entre público e privado, bem como, o papel do Administrador Público nesse processo, tendo em vista a segurança jurídica na resolução do conflito em destaque. Enfim, se é possível

estabelecer um controle da discricionariedade administrativa na tomada de decisão que encerra o conflito de interesses, visando o combate/impedimento de arbitrariedades pelo gestor.

Primeiro, verificou-se que o princípio de supremacia do interesse público, como possível solução ao conflito, não raro, é utilizado como forma de legitimar qualquer das escolhas administrativas. As supostas fundamentações que invocam o princípio, em verdade, não traduzem uma conformação do mesmo ao caso concreto. Em virtude disso, a aplicação do axioma privilegia o agir discricionário, ao invés de restringi-lo ou conferir algum limite, funcionando como uma abertura para a arbitrariedade. Em outras palavras, o que se percebe é um recurso utilizado para decisões arbitrárias, com a finalidade de projetar uma máscara de legitimidade, pela simples menção ao referido princípio, sem qualquer motivação do ato. Ao final, o gestor resta blindado frente ao controle, graças à aparente fundamentação do ato, e verdadeira ausência de elementos que permitam o controle.

Surge então como alternativa, que permitiria o controle da discricionariedade administrativa, conferindo legitimidade à decisão, a ponderação de interesses. Ocorre que, toda a teoria alexyana foi pensada como mecanismo para conferir legitimidade à decisão judicial e não à decisão administrativa.

Além disso, o procedimento em que se estrutura a ponderação de interesses não garante o conteúdo da decisão. A possibilidade de se chegar a decisões diametralmente opostas, porém igualmente válidas, por seguirem o procedimento, ignora, pois, a importância do conteúdo, enaltecendo a estrutura, ao invés de se atentar para a sua real importância: obter uma decisão cujo conteúdo esteja em sintonia com o ordenamento, primordialmente, com a Constituição – com destaque para os direitos fundamentais, e os interesses públicos e privados imanentes em suas normas.

Ressalta-se ainda, o excesso de discricionariedade presente no sopesamento. Na teoria alexyana, os espaços discricionários são os permissivos dessa indeterminação quanto ao conteúdo da decisão, pois concentra na figura do sujeito, qual seja, o gestor, a escolha do princípio colidente, dos meios e valorações. Ou seja, o enfoque não está nas opções entabuladas pela Constituição, mas sim nas opções que o Administrador Público faz, valorando e conferindo pesos, de acordo com a sua carga axiológica.

A situação de indeterminação, e o conseqüente excesso de discricionariedade, parece ser ainda pior, quando a teoria alexyana estabelece o emprego da ponderação de interesses associada a teoria da argumentação. É nesta seara que a liberdade para decidir do gestor é ainda maior, pois o importante é a força do argumento e não as suas implicações na decisão/mundo da vida. Em suma, o importante não é a decisão estar certa ou errada, mas se ela possui argumentos fortes, o suficiente para ser aceita.

Neste diapasão, é que surgem as novas alternativas críticas à ponderação de interesses: a teoria discursiva procedimental habermasiana, a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica heterorreflexiva.

Assim como a teoria alexyana, elas também foram pensadas tomando por base a decisão judicial, e não a decisão administrativa, tornando no mínimo perigoso o seu transporte para a administração pública como caminhos a serem trilhados pelo gestor. Entretanto, de sua base teórica, bem como, das críticas estabelecidas em desfavor do sopesamento, foi possível no mínimo, aventar a possibilidade de um controle judicial do ato administrativo, cuja decisão judicial controladora deve ser pautada na proposta teórica formulada por cada uma das correntes suscitadas.

Por fim, cumpre reiterar que o objetivo do presente trabalho não foi o de esgotar as propostas teóricas tidas como alternativas à lei de colisão, mas principalmente, analisar as falhas de tal modelo, com especial destaque para o problema da discricionariedade administrativa na tomada de decisões envolvendo o conflito de interesses públicos e privados, e em que medida as alternativas críticas propõem um novo olhar sobre o problema.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. Trad. Luís Afonso Heck. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: v.779, set.2000, p. 11-46.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. Trad. Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 334-344.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 171-215.

BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. vii-xviii (prefácio).

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 117- 169.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: Para uma teoria geral da política. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF, 11 mar. 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 17 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso do Mandado de Segurança n.13.140**. Relator: Luiz Gallotti. DJ 16 dez. 1964. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14463198/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-13140-gb>> Acesso em: 22 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.72747** – Proc. 1995/0042832-6. Quinta Turma. Relator: Edson Vidigal. Brasília, DJ 09 nov. 1998. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumeto.jsp?num_registro=199500428326&dt_publicacao=09-11-1998&cod_tipo_documento=>> Acesso em: 25 out. 2013.

_____. _____. **Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 6146** – Proc. 2003/0022892-8. Segunda Turma. Relator: João Otávio de Noronha. Brasília, DJ 29 set. 2003. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300228928&dt_publicacao=29/09/2003> Acesso em: 22 nov. 2013.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico. In: GARCIA, Emerson (org.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 3-42.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A Discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (org.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 43-77.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinicius. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FROTA, Hidemberg Alvez da. O princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Positivo Comparado: Expressão do Interesse Geral da Sociedade e da Soberania Popular. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: v.239, jan./mar.2005, p. 45-65.

GARCIA, Emmerson. O Direito Comunitário e o Controle do Poder Discricionário pela Justiça Administrativa. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 205-287.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e O Direito Pressuposto**. 7.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 15. ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

KRELL, Andreas. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados**: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2.ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEADUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. *In*: CARLOS, Ari Sundfeld (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 99–39.

NEGREIROS, Teresa. A Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.343-381.

NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta**: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1995.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe Uma Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro?. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 220, abr./jun. 2000, p. 69-107.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 26. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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 da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.23-116.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Fundamentais. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 217-242.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e Objetividade na Interpretação Constitucional. *In*: BARBIERI, Catarina Helena Cortada; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (org.). **Direito e Interpretação**: racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 363-380.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 237, jul./set. 2004, p. 317-326.

_____. **Discricionariedade Administrativa**: Ação de Improbidade e Controle Princioplógico. 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. A Princiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa. *In*: GARCIA, Emerson (org.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 91- 160.