REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PUBLICA

ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 05 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/JUN 2020
ISSN 2595-5667

Rio de Janeiro,
2020.

Revista de Direito da Administração Pública

Law Journal of Public Administration

Conselho Editorial Internacional:

Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACh), Valdivia, Chile.
Sra. Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turqia

Conselho Editorial Nacional:

Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasílialia, UNB, Brasil.
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do SUl, Mato Grosso do Sul., Brasil
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piripiri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de SÃ£o Paulo, USP, Brasil.
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goías, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de SÃ£o Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Avaliadores:

Sr. Ciro Di Benatti Galvão, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sr. Eduardo Fortunato Bim, Universidade de São Paulo, USP, Brasil, Brasil
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piripiri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, RJ, Brasil.
Sra. Maria Maria Martins Silva Stancati, Universidade Estácio de Sá, UNESA, RJ, Brasil.
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo de Carvalho, Pontifícia Universidade Católica de Goiás.
Sr. Rodrigo Gava, Empresa de Pesquisa Energética, EPE, Brasil., Brasil
Sr Silvio Teixeira da Costa Filho, Pontificia Universidade Catolica, PUC-MG, Brasil., Brasil
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

Editor-Chefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

Editores:

Sra. Camila Pontes da Silva, Universidade Federal Fluminense, UFF, Niterói, RJ, Brasil.
Sr. Eric Santos de Andrade, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Srta. Gabriela Rabelo Vasconcelos, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Jonathan Mariano, Pontifícia Universidade Católica, PUCRJ, Rio de Janeiro, Brasil.
Sra. Natalia Costa Polastri Lima, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.

Diagramação e Layout:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil.

SUMÁRIO

Apresentação 006
Emerson Affonso da Costa Moura

Considerações iniciais sobre a Lei Geral das Agências Reguladoras 007
Alexandre Santos de Aragão

Sobre a possibilidade de enquadramento no conceito legal de deficiência visual quando houver possibilidade de que haja reversibilidade ou correção da suposta necessidade especial 028
Fabio Carvalho Verzola

A execução orçamentária municipal: um estudo da secretaria de educação de santa maria – RS 071
Thiago Mello da Silva, Cristiane Krüger, Cristiano Sausen Soares e Lizana Ilha da Silva

Governança: variedades conceituais 075
Dany Shin Park

Redefinição do ato discricionário 112
Daniel Marques de Carvalho e Edinilson Donisete Machado

Políticas públicas de promoção de igualdade racial no Município de Caçapava do Sul/RS: análise da situação socioeconômica da população negra do município (2000-2010) 136
Zeni Xavier Siqueira dos Santos

Crítica à interferência entre os poderes à luz da teoria de luhmann e a nova lei de abuso de autoridade 000
Abel Dionizio Azeredo e Carlos Eduardo Soares Vaz

As participações governamentais nas industrias petrolíferas e de gás natural no direito comparado e seu impacto para o desenvolvimento econômico 000
Armenio Alberto Rodrigues da Roda

The force of ideals. Creation of liberal states, political constitutions and democratic transformation .....
A força dos ideais. Criação de estados liberais, constituições políticas e transformação democrática 000
Horacio Capel

REDEFINIÇÃO DO ATO DISCRICIONÁRIO

REDEFINING THE DISCRETIONARY ACT

DANIEL MARQUES DE CAMARGO
Doutor e Mestre pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Ribeirão Preto. Professor da Especialização em Direito Processual Civil do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC), em Londrina-PR, da Especialização em Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário de Araraquara (UNIARA), em Araraquara-SP e da Graduação em Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO), em Ourinhos-SP.

EDINILSON DONISETE MACHADO
Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Atualmente é professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM e da Universidade Estadual Norte do Paraná

RESUMO: Por meio do método hipotético-dedutivo, o artigo aborda a discricionariedade do ato administrativo, a partir da revisitação da matéria lastreada na crítica à supremacia do interesse público. Ademais, o artigo visa demonstrar que o ato administrativo sujeita-se à controlabilidade jurisdicional, como meio de preservar, além da legalidade, a juridicidade dos atos, sem prejuízo da manutenção e respeito à independência dos Poderes da República. Por certo, não significa dizer que a intervenção e decidibilidade jurisdicional devam se sobrepor por absoluto à discricionariedade administrativa (conveniência e oportunidade do Administrador Público), mas é justamente essa intervenção que poderá, nesse aspecto, fortalecer a democracia.

Palavras-chave: Discricionariedade do ato administrativo; Controlabilidade jurisdicional; Crítica à supremacia do interesse público.

ABSTRACT: This paper approaches the discretion of the administrative act through the hypothetical-deductive method by revisiting the matter based on the criticism to the supremacy of the public interest. Furthermore, the text aims to demonstrate the subjugation of the administrative act to the judicial controllability as a mean of preserving not only the legality, but also the act's juridicity, without undermining the subsistence and respect to the Republic's Branches of Power. Indeed, it does not mean to state that judicial intervention and its judgement must overlap the administrative discretion (opportunity and convenience analysis), it's precisely this intervention that can strengthen democracy, though.

Keywords: Judicial controllability; Criticism to the supremacy of the public interest; Discretion of the administrative act.

I. INTRODUÇÃO

Em ordenamento jurídico de base originária da tradição da *civil law*, como o brasileiro, sempre imperou a ideia de que o ato de administrar está ligado à aplicação objetiva e literal do texto da lei positivada. A divisão dos atos em vinculados e discricionários serviu a dar os contornos no grau de liberdade do administrador público.

Diante dessa conjectura, e com raiz no método hipotético-dedutivo, o presente artigo se subdivide em cinco capítulos para tratar da redefinição do ato discricionário. Dessa forma, no primeiro capítulo aborda-se exatamente a delimitação e a justificativa tradicionais da existência de atos vinculados e atos discricionários, sendo que relativamente aos primeiros a lei prevê todas as peculiaridades e possibilidades à Administração Pública, mas nos segundos existe maior margem de liberdade ao administrador, pautado em critérios de conveniência e oportunidade.

Ainda em tal capítulo, são apresentadas as justificativas jurídicas e práticas à discricionariedade administrativa, sendo certa a imprescindibilidade de alguma abertura ao administrador, com o escopo de implementação do interesse público.

No segundo capítulo, ainda com espeque nos delineamentos tradicionais relativamente ao ato discricionário, são desenvolvidos aspectos referentes ao âmbito de aplicação, elementos do ato administrativo e limites impostos, consignando-se que não obstante a essencialidade de certa abertura à prática dos atos administrativos discricionários, a conveniência e a oportunidade sempre deverão guardar sintonia com o efetivo e otimizado interesse público, até porque quando assim não ocorrer, será possível (quiçá desejável) a controlabilidade jurisdicional.

O terceiro capítulo aprofunda questões e situações justificadoras da sindicabilidade judicial, especialmente naquilo que toca ao planejamento ou às políticas públicas (prestações sociais), com destaque à diferenciação entre decisões de cunho político e de viés administrativo, à necessária independência e equilíbrio entre as funções políticas, também obedecida a atuação de modo protetivo aos bens jusfundamentais, respeitadas as escolhas, ponderações e estimativas razoáveis da Administração Pública.

Para que haja proposições dotadas de lógica e juridicidade, exploram-se as questões atinentes à maior ou menor margem de intervenção e decidibilidade jurisdicional, em sintonia com a análise de capacidades institucionais, ao sistema de direitos fundamentais, ao grau de vinculação, ao teor de politicidade da matéria, à intensidade do controle, gestão e participação popular, a fim de instituir procedimentalização mínima à controlabilidade dos atos administrativos.

O quarto capítulo apresenta crítica ao princípio do interesse público, que tem servido a fins escusos, subjetividades deletérias e condutas nada consentâneas com a constitucionalidade, a juridicidade e os interesses da coletividade. E parte à possível necessidade de maior democratização (talvez até um tanto de vinculação) no que respeita à

discricionariedade (conveniência e oportunidade), retroalimentada que deve ser pela ideia de juridicidade, e não somente de legalidade.

No quinto capítulo, a fim de mostrar concretude e aprofundamento da análise conceitual da discricionariedade, são apresentadas situações objeto de análise, interpretação e decisão pelos órgãos jurisdicionais, tudo com o escopo de ilustrar intercorrências e aplicações acerca da discricionariedade do ato administrativo, em especial aquelas emanadas do Superior Tribunal de Justiça - STJ, mas também do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR.

II. ATO VINCULADO E ATO DISCRICIONÁRIO: DELIMITAÇÃO E JUSTIFICATIVA

Administrar classicamente sempre foi considerada atividade de aplicação da lei de ofício. Se antes o administrador podia fazer tudo que não era proibido, passou-se à ideia de que a Administração Pública estava vinculada positivamente à lei. Com o Estado Democrático de Direito, passa a viger, por sua vez, a ideia de juridicidade.

Dirigido ao escopo de revitalizar e redefinir o ato discricionário no direito administrativo, imperioso revisitar a tradicional e ortodoxa classificação dos atos administrativos com lastro no critério do grau de liberdade, que os divide em atos vinculados e atos discricionários (muito embora tal dicotomia pareça constituir um paradigma em vias de superação, ao menos de flexibilização).

Quanto ao ato vinculado, como a lei estabelece previamente todos os aspectos da conduta, não há margem de liberdade à Administração. Já no que respeita ao ato discricionário, objeto de tratativa específica no presente trabalho, a Administração dispõe de margem de liberdade para decidir, na situação concreta, qual o melhor encaminhamento para se consolidar o interesse público.

Em sintonia com as lições básicas e didáticas de Alexandre Mazza:

> Os atos discricionários são caracterizados pela existência de um juízo de conveniência e oportunidade no motivo ou no objeto, conhecido como mérito. Por isso, podem tanto ser anulados na hipótese de vício de legalidade quanto revogados por razões de interesse público.
> Convém relembrar que os atos discricionários estão sujeitos a amplo controle de legalidade perante o Judiciário. Ao juiz é proibido somente revisar o mérito do ato discricionário.
> Por fim, deve-se observar que o ato discricionário não se confunde com o ato arbitrário. Arbitrário é o ato praticado fora dos padrões da legalidade, exorbitando os

> limites de competência definidos pela lei. O ato discricionário, por sua vez, é exercido dentro dos limites da legalidade (2011, p. 203).

O ato discricionário, em síntese, pode ser colocado em prática com certa margem de liberdade, a exemplo de um decreto expropriatório, de uma permissão ou de uma autorização; pode ser objeto de anulação e de revogação; pode (e deve) ser objeto de controle judicial, tradicionalmente exceto quanto ao mérito; e jamais pode(ria) confundir-se com arbitrariedade.

Ainda com lastro nos clássicos delineamentos do direito administrativo, extrai-se que nas hipóteses de ato vinculado os poderes que a Administração exerce são regrados, balizados, verdadeiros reféns do sistema jurídico vigente.

Mesmo diante do ato discricionário, não obstante possa a Administração atuar com espeque na oportunidade e conveniência, ou com base em parâmetros de justiça ou equidade, tudo com o objetivo de escolher dentre duas ou mais soluções, todas elas válidas e dotadas de juridicidade, o poder não é totalmente livre, especialmente pelo fato de que quanto à competência, à forma e à finalidade, a lei persevera impondo limitações.

Há uma justificativa jurídica e outra prática para a existência da discricionariedade, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Sob o ponto de vista jurídico, utiliza-se a teoria da formação do Direito por degraus, de Kelsen: considerando-se os vários graus pelos quais se expressa o Direito, a cada ato acrescenta-se um elemento novo não previsto no anterior; esse acréscimo se faz com o uso da discricionariedade; esta existe para tornar possível esse acréscimo.
> Se formos considerar a situação vigente no direito brasileiro, constataremos que, a partir da norma de grau superior – a Constituição -, outras vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até chegar-se ao ato final de aplicação ao caso concreto. Em cada um desses degraus, acrescenta-se um elemento inovador, sem o qual a norma superior não teria condições de ser aplicada.
> Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar, isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilização de atuação, com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis (2015, p. 255–256).

Incontroverso, por conseguinte, que o polêmico e aberto tema da discricionariedade deita raízes, em sua ontologia e nascedouro, na especificação jurídica da expressão do direito e da atividade administrativa, bem assim no fato de que, no aspecto prático, da práxis e da facticidade, não é dado ao legislador prever todas as hipóteses e mecanismos de intervenção da Administração, que necessita de determinada abertura à concretização do interesse público.

III. DISCRICIONARIEDADE: ÂMBITO DE APLICAÇÃO, ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO E LIMITES

A discricionariedade pode consubstanciar-se no momento da prática do ato, permitindo-se à Administração concluir qual o espaço e o limite temporal mais adequado para que se atinja determinado fim.

A discricionariedade pode ser aferida também entre um atuar positivo (agir, fazer) ou negativo (não fazer) pela Administração.

No que diz respeito aos elementos do ato administrativo, referentemente ao sujeito, o ato tem sempre a característica da vinculação, porque não é dada a prática àquele que não detém competência.

Quanto à finalidade, se verificada em sentido amplo, parece existir certa margem de discricionariedade, por corresponder ao interesse público, que por vezes está conectado a noções amplas, genéricas, abstratas e que exigem densificação, a exemplo do bem comum, da ordem pública, da segurança, da saúde pública, do bem-estar, da moral ou dos bons costumes. Já no aspecto estrito, a finalidade há de ser vinculada, pois determinados fins específicos do ato administrativo não podem ficar ao alvedrio da Administração.

No que respeita à forma, como regra a lei antecedentemente delimita qual o modo ou mecanismo que a Administração deve adotar para a prática de determinado ato, por isso em geral será vinculado. No entanto, pode haver situações em que se permite margem discricionária, quando houver liberdade para mais de um caminho ou meio à prática formal do ato administrativo.

A discricionariedade costuma se verificar naquilo que se refere ao motivo e ao conteúdo do ato administrativo. Consoante ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o motivo será caracterizado pela discricionariedade quando:

> 1. a lei não o definir, deixando-o ao inteiro critério da Administração; é o que ocorre na exoneração *ex officio* do funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão (exoneração *ad nutum*); não há qualquer motivo previsto na lei para justificar a prática do ato;
> 2. a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa; é o que ocorre quando a lei manda punir o servidor que praticar "falta grave" ou "procedimento irregular", sem definir em que consistem; ou quando a lei prevê o tombamento de bem que tenha valor artístico ou cultural, também sem estabelecer critérios objetivos que permitam o enquadramento do bem nesses conceitos (2015, p. 258).

No que concerne ao objeto ou conteúdo do ato, embora possa ser vinculado, haverá hipóteses diversas em que preponderará a discricionariedade, em especial quando existirem várias possibilidades ou objetos para se atingir o mesmo fim, considerados todos dotados de juridicidade ou de legalidade. Pela explanação antecedente, parece possível concluir que não existe ato administrativo absoluta ou integralmente discricionário, até porque a oportunidade e a conveniência deverão sempre se destinar ao atingimento do interesse público.

Classicamente sempre se afirmou que o Estado-Juiz não pode examinar o mérito (conveniência e oportunidade) do ato administrativo, mas tanto doutrina quanto jurisprudência, fortalecidas pelas premissas consubstanciadas no período pós-Constituição Federal de 1988, têm questionado, relativizado ou reconstruído a insindicabilidade do mérito pelo Poder Judiciário, de modo que possam os órgãos jurisdicionais aferir e corrigir o ato administrativo que extrapole os limites da discricionariedade. A bem ver, não se deve mesmo controlar o mérito (oportunidade e conveniência), mas sim a juridicidade em sentido estrito do ato administrativo, em hipóteses de desvio de poder ou de má utilização dos conceitos legais indeterminados, por exemplo.

Ainda em Maria Sylvia Zanella Di Pietro, constata-se que:

> Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente (2015, p. 265).

É tendência, portanto, que se amolda àquilo que estampado na Súmula 473 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, a estabelecer que a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, até porque deles não se originam direitos; assim como pode também revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e com a ressalva, em todas as hipóteses de agressão à juridicidade, da apreciação judicial.

IV. DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, PRESTAÇÕES SOCIAIS E INTERVENÇÃO JURISDICIONAL

Em que medida se permite o controle jurisdicional do ato administrativo, especialmente naquilo que respeita a planejamento ou políticas públicas? A fim de responder a

tal questionamento, imperioso consignar que tal controle, como regra, deve guardar correlação com interesses difusos e coletivos, a envolver prestações sociais, direitos fundamentais, a exemplo de saúde, educação, assistência social, em situações expressamente previstas na Constituição e nas leis, de forma a minimizar a alegação de afetação às contas públicas e à reserva do possível, quando não se constata motivação justificável dos atos administrativos, nem harmonização com os princípios constitucionais que servem de vetores hermenêuticos a jungir os atos administrativos em geral. Outro exemplo a justificar intervenção do Poder Judiciário envolve a insuficiente ou deficiente atenção da Administração no que concerne a questões e deveres relacionados à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Acerca do assunto, Eduardo Appio exemplifica que:

> A negativa de revisão de um ato discricionário não representa negativa de jurisdição, mas sim, manifestação do Poder Judiciário no sentido de que o Administrador Público, quando da prática do ato, não ofendeu o ordenamento jurídico ao adotar uma opção legalmente prevista, dentro de uma margem de liberdade que lhe foi outorgada. Apenas que em relação aos *atos vinculados* o conteúdo já está previsto em lei, quando então o legislador possui as condições necessárias para eleger os critérios indispensáveis para a produção dos efeitos jurídicos desejados. Cabe, pois, ao Administrador Público tão-somente verificar a presença/ausência destes pressupostos de fato, não havendo avaliação propriamente dita. Já nos *atos discricionários*, a avaliação é deferida ao Administrador, o qual, além de verificar a presença dos requisitos de fato, terá de avaliar sua capacidade de subsunção ao texto da lei, fenômeno comum quando se aplicam leis com conceitos jurídicos indeterminados. Se o juiz tiver condições técnicas que proceder a uma avaliação, substituindo a avaliação feita pelo Administrador estaremos frente a um ato discricionário, porque exige um ato de avaliação por parte da Administração, mas ainda assim passível de revisão judicial (2008, p. 126).

É preciso cuidado com exageradas interpretações extensivas de normas programáticas, que não apresentam densidade normativa, e não estão ao alvedrio do particular para interpretá-las a seu bel-prazer, nem mesmo ao Poder Judiciário se transformar em individualizador e concretizador de comandos de ordem genérica, até porque é salutar preservar uma distinção entre as funções políticas estatais. Para além disso, também relevante diferenciar as decisões de cunho político, que não admitem intervenção dos órgãos jurisdicionais, salvo explícitas situações de antijuridicidade; e as de cunho administrativo, necessárias a instrumentalizar um projeto.

À própria Administração, por conseguinte, é dada e exigida uma atividade interpretativa e de escolha, naquilo que respeita à efetivação de direitos sociais, mais ainda quando se tratar de deveres genéricos, de normas programáticas e de organização das tarefas e condução dos negócios estatais (administrativos).

Tal assertiva não retira do Judiciário a possibilidade (quiçá o dever) de funcionar como desaguadouro e corretivo instrumento democrático de fiscalização do investimento dos recursos públicos, naquelas hipóteses de razoável violação de bens jusfundamentais, mas sem afetação ao sistema representativo, e sem extirpação da capacidade dos cidadãos de avaliação criteriosa e crítica dos governantes e de suas políticas públicas.

De acordo com Gustavo Binembojm:

> Há tempos que não mais se discute a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, repousando a discussão nos limites (intensidade) e parâmetros (critérios) que devem presidir esse controle. De fato, sendo a margem de discricionariedade um poder jurídico, passou-se a entender que o controle jurisdicional é sempre possível, ainda quanto a atos ditos discricionários, sendo a questão antes de intensidade e critérios da sindicação (2014, p. 213).

Parece recomendável autocontenção jurisdicional (*judicial self-restraint*) em hipóteses nas quais prevalece uma zona nebulosa ou de penumbra, porque diante de conceitos jurídicos indeterminados, ideias que embora devam apresentar juridicidade, deve relativamente a tais indeterminações preponderar o respeito às proporcionais e razoáveis escolhas, ponderações e estimativas da Administração.

Atualmente se percebe a inviabilidade ou inconveniência de pressuposições objetivas, ou molduras caracterizadas pela completude pretederminada, dos atos administrativos que podem passar pelo controle do Estado-Juiz, de modo geral respeitada a legitimidade democrática da função política executiva. Acerca do tema, essencial a visualização e *análise de capacidades institucionais,* como instrumento contrafático que indicará os limites funcionais da atuação dos órgãos administrativos, legislativos e judiciais (BINEMBOJM, 2014, p. 241).

Há atos administrativos lastreados (vinculados) em regras, sejam elas constitucionais, legais ou regulamentares, a permitir, por conseguinte, maior margem de intervenção e decidibilidade jurisdicional quando desrespeitadas as indigitadas premissas.

Com grau menor de vinculação e, portanto, com menor possibilidade de controle pelos órgãos jurisdicionais, situam-se os atos caracterizados por conceitos jurídicos indeterminados, que apresentam um maior grau de generalidade, abstração e vagueza, a exigir um juízo ou valoração muito segura do Poder Judiciário, que possa justificar a sua intervenção, correção de rumos ou o afastamento das escolhas expressamente incorretas pela Administração.

Também de relevo destacar que quanto maior o grau de *politicidade* da matéria objeto de apreciação, tanto menor deve ser a sindicabilidade do Estado-Juiz; seguindo a mesma lógica de raciocínio, quanto maior for a participação popular e democrática no processo de deliberação

que conduziu à determinada decisão ou encaminhamento, também menos intensa deve ser a possibilidade de controlabilidade pelos órgãos jurisdicionais.

Mais uma vez com Gustavo Binembojm, a tentativa de procedimentalização e parâmetros permissivos de intervenção:

> Assim, a ordem de prioridades seria a seguinte:
> 1º) o juiz deverá dar preferência à proteção do sistema de direitos fundamentais, como uma das expressões da sua posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro (controle mais severo);
> 2º) o juiz deverá dar preferência ao grau de objetividade do relato normativo (controle tanto mais brando quanto menor o grau de objetividade e vice-versa) aplicável ao caso;
> 3º) o juiz deverá dar preferência tanto à legitimidade da investidura da autoridade, em relação às matérias políticas (controle mais brando), como à especialização técnico-funcional da autoridade, em relação às matérias que demandem *expertise* e experiência (controle mais brando), conforme o caso;
> 4º) o juiz deverá considerar, ainda, o grau de efetiva participação social no processo de tomada da decisão, como fator a ensejar um controle mais brando (2014, p. 255-256).

Ainda, é possível assinalar que apenas situações excepcionais devem permitir ao Estado-Juiz romper as fronteiras da discrição administrativa, especialmente em um País de intensidade excessiva de judicialização (em virtude da má gestão, do desrespeito a direitos, da falta de planejamento e de uma precária participação popular), até porque o mundo jurídico não tem todas as respostas para as necessidades sociais atuais.

V. REVISITAÇÃO E CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Parece oportuno reconstruir ou desconstruir, primeiramente, o princípio do interesse público, que tem servido a um baixo grau de juridicidade do planejamento público, a um *jus imperii* de conveniência e não necessariamente condizente aos fins de eficiência, de matriz constitucional, que se exige da Administração, e ainda a políticas públicas deficitárias e insuficientes, a autoritarismos (redutores do dissenso), nenhum deles harmônicos com os interesses da coletividade.

Até porque, uma sobreposição objetiva e absoluta do princípio do interesse público envolveria uma interpretação e aplicação jurídica inerente às regras (e não aos princípios), pelo que há de se respeitar uma devida proporcionalidade (e constitucionalidade) para tal ponderação e (des)construção.

Da análise crítica e histórica de Eder Marques de Azevedo, depreende-se que:

> A Administração Pública atuava aleatoriamente, pautada no desplanejamento, postura permitida pela existência de alto nível de discricionariedade e facilitada pela falta de compromisso perante os direitos fundamentais (SARTURI, 2013, p. 1).
> Mas esse argumento de autoridade foi firmado debaixo de forte influência da noção de supremacia do interesse público, princípio consagrado pela Coroa Portuguesa em sua chegada ao Brasil, e que até hoje é arrastado como um sacrossanto pilar axiológico da dogmática da qual se mumifica o arcaico *Estado Administrativo*. Portanto, tem seu fundamento no totalitarismo presente na tradição monárquica e em regimes ditatoriais, o que aparenta estranheza a par da legitimidade democrática aspirada na contemporaneidade (2018, p. 63).

É fato que a Administração, em diversas circunstâncias, utilizou-se (e se utiliza, ainda) de tal princípio para condutas que não encontram respaldo no ordenamento jurídico, a perpetrar subjetivismos nocivos, solipsismos e abusos os mais variados, a tornar imprescindível a desconstrução da referida principiologia com base nos seus moldes tradicionais.

E o mesmo autor Eder Marques de Azevedo, em adequação ao momento atual do indigitado instrumental do direito administrativo, assinala e atualiza que:

> No Brasil, a rigidez desse princípio também serviu de fundamento jurídico para práticas arbitrárias insistidas nos longos tempos de ditadura, embora essa mentalidade ainda resista em pleno Estado Democrático de Direito, fascinando parte da doutrina, em mais um indicativo de que o Direito Administrativo resiste a sérias distorções. Nessa linha, Carvalho Filho é um exemplo de quem defende que "[...] a existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio" (2014, p. 28). Eis, novamente, a retrógrada perspectiva do Estado Administrativo (2018, p. 63–64).

Pode-se concluir que, por vezes, a tão utilizada baliza do princípio da supremacia do interesse público é absolutamente simbólica, desatenta à inevitável constitucionalização do direito administrativo, e em muitas situações tendo serventia ao desatendimento de interesses sociais, ao pseudoargumento da indisponibilidade de recursos. Mais que isso, tal principiologia persevera nocivamente reduzida a mero discurso de autoridade, na defesa de interesses escusos (e não exatamente públicos ou coletivos), ou ainda de serventia a apaniguados dos governantes e deles próprios, ou para o lamentável atendimento aos interesses particulares exclusivamente de grandes conglomerados empresariais.

E tudo isso mostra a necessidade de uma ressignificação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, em relativização à denominada potestade administrativa e à verticalidade de tal relação, a fim de se buscar um Estado e uma Administração mais plurais, acessíveis, participativos e, por conseguinte, mais democráticos e dialógicos, a respeitar (mais que uma pressuposta supremacia) verdadeiramente a proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e ponderação entre interesses

reciprocamente relacionados (metas individuais e escopos coletivos), desde que não se crie nem recaia em um limbo de incerteza jurídica e política, que pode ser denominado como o mundo do "tudo depende".

Em arremate à crítica de tal pseudoprincípio, e a inaugurar a tratativa do cerne do trabalho, qual seja a discricionariedade, Eder Marques de Azevedo explica e exemplifica:

> Tem servido como pano de fundo que ampara dispositivos legais, como as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, presente na Lei nº 8.666/1993, as desapropriações, como na previsão do Decreto-Lei nº 3.365/1941, dentre outras situações em que se chocam os interesses. Por isso, feitas as observações sobre a questão da supremacia do interesse público sobre o privado, o máximo que se pode concluir é que se trata de um conjunto de regras de prevalência de algum interesse. No caso, não necessariamente público, no sentido primário que ele deveria assumir, mas de acordo com o interesse econômico do próprio Estado.
> Reconhecido o impasse da supremacia, outra relevante influência normativa à cristalização do então *Estado Administrativo* na saga do constitucionalismo brasileiro foi a Constituição de 1891. Embora tenha introduzido o presidencialismo e o federalismo em nosso ordenamento jurídico, concentrando nas mãos do Presidente da República grande centralismo de poder resultante de um pensamento retrógrado de Estado Unitário, soube assegurar a superioridade do *Estado Administrativo*. Preservou o monocratismo decisório amparado pela tradição em torno da concepção de estatismo, assim dizendo, supremacia do interesse público sobre o privado, e a noção de *discricionariedade* herdada da ampla visão de exercício de função política e, como bem ressalta Barcelos (2014), atrelada ao empoeirado paradigma da consciência (2018, p. 70).

É necessária maior democratização (quiçá vinculação) no que concerne à discricionariedade (conveniência e oportunidade), substituindo-se o "eu" do administrador público (será isso possível, em *terrae brasilis*?), também por uma mais intensa e profícua visão e práxis de alteridade, do que se pode extrair ensinamentos inclusive de Emmanuel Lévinas.

Na visão do filósofo da Lituânia, a filosofia ocidental foi, na maioria das vezes, uma Ontologia: uma redução do "Outro ao Mesmo" (MACHADO, 2013, p. 89). Para Lévinas, é essencial levar o Outro realmente a sério, com responsabilidade, transparência e proximidade. Significa não agir com indiferença à "fome" do Outro, a se consubstanciar uma espécie de consciência moral, sendo que a responsabilidade e o acolhimento do Outro não redundam (nem podem redundar) em uma forma de satisfação do Eu. A responsabilidade não é um mecanismo de satisfação ou gozo do sujeito, a envolver uma relação desinteressada (PIMENTA, 2010, p. 75).

Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, em obra referencial sobre a possível influência de Emmanuel Lévinas para o direito, explica:

> Egoísta, absoluto, imediatista, materialista: era exatamente assim que Lévinas enxergava o homem contemporâneo e, assim, absolutamente incapaz de superar a subjetividade do *ser em si mesmo*. Todos esses atributos poderiam ser condensados em um único signo: o individualismo que propicia, inevitavelmente, a ruptura consigo próprio e, por conseguinte, com os valores mais importantes e até mesmo com Deus. A proposta de Lévinas parece radical, mas não é complexa: o homem contemporâneo somente conseguirá superar a *totalidade do ser em si mesmo* se tiver a grandeza de se abrir à exterioridade, movimentando-se, depondo-se em relação ao *Outro,* rumo ao infinito. Mas não se trata de uma relação do *Eu* que enxergue o *Outro* como *Eu*, já que isso não concerne ao *Outro* – mas ao *Mesmo*.
>
> (...) O *Eu* e o *Outro* não se revelam os *Mesmos*. A partir do momento em que o *Eu* transcender as suas limitações materialistas e individualistas e movimentar-se fundado na alteridade, ele não somente terá alcançado efetivamente o *Outro*, mas, sobretudo, compreenderá e enxergará no *Outro* a si próprio (2016, p. 43–44).

Não exatamente em fuga, mas em complemento aos conceitos tradicionais, clássicos e ortodoxos do ato discricionário, é possível reintroduzir a ideia de que a discricionariedade resulta de uma deliberada abertura a envolver um dispositivo legal ou conceito jurídico, autorizando-se à Administração a opção por aquilo que julgar mais conveniente e oportuno.

É imperioso retroalimentar a discricionariedade com a ideia não só de legalidade, mas de juridicidade, bem assim ao fato de que políticas públicas e sua eficiência têm sido obnubiladas pela falta de fiscalização, assim também pela ausência de critérios mais objetivos em relação aos resultados das escolhas da Administração (com espeque na conveniência e oportunidade, e no suposto atendimento ao interesse público).

Em sintonia com as preci(o)sas premissas esculpidas por Gustavo Binenbojm:

> 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*. Isto é, um campo não de escolhas puramente subjetivas, mas de *fundamentação* dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei.
>
> A emergência da noção de *juridicidade* administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em *diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos (BINEMBOJM, 2014, p. 39).

Certamente que quanto maior a técnica, a complexidade ou a especificidade do assunto envolvido, não havendo bases objetivas e determinadas para uma intervenção jurisdicional, tanto menor deve ser a controlabilidade judicial, respeitando-se a expertise da Administração no que concerne ao tema ou atividade.

Consoante já consignado, por sua vez, tanto maior será a possibilidade de controle jurisdicional quanto menor for o respeito da Administração (por vezes com a escusa da discricionariedade) pelos direitos fundamentais, em especial em situações desproporcionais ou irrazoáveis, sempre na busca de preservação, consolidação e fortalecimento do Estado Democrático de Direito e dos vetores hermenêuticos dotados de constitucionalidade.

O controle, redução ou estreitamento do ato administrativo (ainda que discricionário) pelo Estado-Juiz poderá gerar como consequência a limitação ou redução das opções disponíveis ao administrador, dentro da moldura da juridicidade, ou ainda a limitação total da discricionariedade (redução a zero) quando remanescer somente uma escolha harmonizada com a juridicidade.

De suma relevância, ainda, que haja aferição, pela Administração, das consequências práticas, concretas, reais e efetivas pela tomada de uma determinada decisão. Não à toa houve forte polêmica em torno da previsão em tal sentido, constante no Projeto de Lei nº 7.448/2017, transformado na Lei nº 13.655/2018, a estabelecer critérios para a aplicação do direito pelos agentes públicos, com destaque aos efeitos práticos gerados por uma decisão.

O artigo 23 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, fruto na Lei em comento, (re)constrói a ideia de que a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre texto de conteúdo indeterminado ou aberto, impondo novo dever ou condicionamento de direito, deverá prever regime de transição, quando indispensável para que o cumprimento da nova imposição ocorra de modo eficiente, proporcional e equânime, sem prejuízo aos interesses gerais.

O escopo maior é evitar ou minimizar barganhas políticas e inconvenientes alocações de recursos, além de insuficientes e deficientes políticas públicas e positivação ou concretização de prestações sociais, práticas sustentadas com lastro no exercício de uma função essencialmente política, mas que deve ser reinserida como atividade governamental, também sobre a qual deve haver maior participação, oxigenação, pluralidade pública e, portanto, maior expressão democrática.

VI. UMA ANÁLISE CONCEITUAL DA DISCRICIONARIEDADE À LUZ DE PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Em matéria de Direito Constitucional e Internacional Público, o Superior Tribunal de Justiça - STJ reforçou as noções conceituais clássicas trabalhadas neste texto, ao afirmar que,

embora a expulsão de estrangeiro refugiado constitua ato discricionário da Administração Pública, é impreterível a observância da estrita finalidade, requisitos formais e a conclusão de processo administrativo em que seja declarada a perda da condição de refugiado. Em outras palavras, retoma-se que a margem de liberdade do administrador está condicionada ao cumprimento de mandamentos normativos de ordem pública, pelo que se repisa a existência de rigorosos limites à discricionariedade. Observe-se o informativo de jurisprudência nº 0571 (período de 15 a 27 de outubro de 2015):

> DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL PÚBLICO. CONDIÇÃO PARA EXPULSÃO DE REFUGIADO. A expulsão de estrangeiro que ostente a condição de refugiado não pode ocorrer sem a regular perda dessa condição. Inicialmente, cumpre ressaltar que a expulsão é ato discricionário de prerrogativa do Poder Executivo, constitucionalmente responsável pela política externa do país e pela adoção de atos que gerem reflexos às relações internacionais do Brasil com outros países. Não obstante, o reconhecimento da discricionariedade do ato de expulsão não corresponde à afirmação de que tal ato seria insuscetível de apreciação e revisão pelo Poder Judiciário, mas apenas quer significar que, ao analisar o ato, não poderá o Estado-Juiz substituir-se à atuação da chefia do Executivo na avaliação da conveniência, necessidade, oportunidade e utilidade da expulsão, devendo limitar-se à análise do cumprimento formal dos requisitos e à inexistência de óbices à expulsão. Nesse contexto, salienta-se que tanto a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados (art. 32) quanto a Lei 9.474/1997 (art. 36) preveem que o refugiado que esteja regularmente registrado não será expulso do território nacional, salvo por motivos de segurança nacional ou de ordem pública. De fato, não cabe ao Judiciário a avaliação acerca da pertinência da caracterização da condenação do refugiado como motivo de segurança nacional ou ordem pública suficiente para justificar a expulsão. Entretanto, o conjunto de normas que tratam da matéria impõem alguns cuidados adicionais ao Executivo. O primeiro é o relativo à impossibilidade de que o refugiado seja devolvido ao local onde sua vida, liberdade ou dignidade correm riscos. Essa limitação não é só uma decorrência da referida Convenção (art. 33) e da Lei 9.474/1997 (art. 37), mas também dos mais importantes valores tutelados pela nossa Constituição, que elege a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e dispõe que, em suas relações internacionais, o Brasil deverá se reger pela "prevalência dos direitos humanos" (art. 4º, II). Outro fator a ser considerado como limitação imanente à atuação do Executivo em matéria de expulsão de refugiados é a garantia do devido processo legal, que constitui direito fundamental assegurado pelo art. 5º, LV, da CF e também encontra previsão expressa na Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados (art. 32). A Lei 9.474/1997, em seu art. 39, III, prevê que "implicará perda da condição de refugiado: [...] o exercício de atividades contrárias à segurança nacional ou à ordem pública". Tem-se, assim, que deve ser reconhecido como limitação imanente ao poder discricionário conferido ao Executivo para expulsar refugiado por motivos de segurança nacional ou ordem pública a conclusão de processo administrativo em que seja declarada a perda da condição de refugiado (HC 333.902-DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 14/10/2015, DJe 22/10/2015).

No que se refere à temática do controle judicial de atos administrativos discricionários, interessante notar as razões do julgamento de mandado de segurança cujo objeto fora invalidar ato de remoção de agente público. Nessa perspectiva, a jurisprudência dá conta de que a revisão feita pelo Poder Judiciário deve se ater à forma, a fim de constatar eventual ilegalidade, sem,

contudo, julgar o mérito do ato impugnado, haja vista que a apreciação feita no caso concreto compete à autoridade pública. É o que se extrai do informativo de jurisprudência nº 0328 (período de 20 a 24 de agosto de 2007):

> MS. SERVIDOR. ATO. REDISTRIBUIÇÃO. A recorrente insurge-se contra o ato do Ministro da Defesa que a removeu, de ofício, do extinto Departamento de Aviação Civil - DAC para o Comando Aéreo Regional III. Alega que preenche todos os requisitos legais para ser redistribuída à Anac, especialmente porque todos os servidores optantes que ocupavam o cargo de agente administrativo ou de técnico de assuntos educacionais e integravam o Comando da Aeronáutica foram, com a extinção do Departamento de Aviação Civil, redistribuídos para o quadro da Anac. Mas a Seção denegou a ordem em mandado de segurança ao entendimento de que o ato de redistribuição de servidor público é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço, levando em conta a conveniência e a oportunidade da transferência do servidor para as novas atividades. O controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, eximindo-se o Judiciário de adentrar a análise de mérito do ato impugnado. Precedente citado: REsp 187.904-SC, DJ 4/6/2001 (MS 12.629-DF, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 22/8/2007).

Não se pode dizer, por outro lado, que a aludida apreciação é sinônimo de autorização para juízo de conveniência política ou pessoal, isto é, não se reveste de subjetividade, porquanto prevalece indiscutivelmente o interesse público.

Explica-se que a moralidade administrativa correlacionada com o princípio de acesso ao Judiciário traduz-se na obrigatoriedade da motivação do ato administrativo, apenas excepcionalmente prescindível por determinação da própria lei ou pela incompatibilidade com a natureza do ato, permitindo-se concluir que o agente no exercício da Administração Pública deve necessariamente justificar a existência de um razoável e justo motivo fundante, sob pena de torná-lo inválido ou, no mínimo, invalidável (MEIRELLES, 2007, p. 154).

Com base nisso, ainda com referência em precedentes do Superior Tribunal de Justiça - STJ, reiterou-se que a valoração da discricionariedade está sujeita aos princípios da motivação dos atos administrativos. Nessa toada é o precedente que julgou infundado o motivo denegatório de ingresso de candidato na carreira estadual da magistratura, conforme o informativo de jurisprudência nº 0077 (Período de 30 de outubro a 10 de novembro de 2000):

> CONCURSO PÚBLICO. JUIZ. VIDA PREGRESSA. A análise da conduta pessoal e social do candidato é ato discricionário e não vinculado, porém, delimitada a existência e feita a valoração, está sujeita aos princípios da motivação dos atos administrativos (impessoalidade, licitude e publicidade), não podendo revestir-se de subjetividade. Certificado pela OAB que não há procedimento disciplinar contra o candidato, é nulo, por falta de motivação, o ato que lhe obstara o ingresso na carreira de Juiz estadual baseado, real e exclusivamente, nesse fundamento (STJ. RMS n. 11.336-PE, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 7/11/2000).

Em consonância com as razões firmadas nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em referência, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP alicerçou recentemente as considerações teóricas esposadas:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ANULATÓRIA – ATOS ADMINISTRATIVOS – MOVIMENTAÇÃO DE SERVIDOR POR CONVENIÊNCIA DO SERVIÇO PÚBLICO – POLICIAL MILITAR - TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA – Pretensão inicial do autor-agravante, na qualidade de servidor militar, voltada à desconstituição de ato administrativo que culminou na sua movimentação por conveniência do serviço público – decisão agravada que revogou a tutela de urgência antecipada outrora deferida, restabelecendo os efeitos do ato administrativo impugnado, por considerar que a autoridade competente teria revelado, no curso do processo, motivo válido para a movimentação do servidor (conveniência do interesse público) – desacerto – elementos de informação coligidos aos autos que indicam a ilegalidade na postura adotada pela autoridade administrativa – descompasso entre a realidade fática e o pressuposto de fato invocado pela autoridade como motivo do ato administrativo – exposição dos motivos (motivação) que se justifica como forma de permitir o controle da discricionariedade do ato da Administração – embora o ato administrativo tenha se apegado à "ineficiência" do servidor para com a atividade por ele desempenhada, o procedimento de avaliação pelo qual foi submetido indica que sua atuação tem se dado de forma satisfatória – aparente "falso" motivo que sugere a sustação dos efeitos da movimentação do servidor – a indeterminação do conceito jurídico de que se valeu a autoridade administrativa ("conveniência do serviço público") não a autoriza a editar atos arbitrários, camuflados de discricionariedade - inteligência do art. 300, do CPC/2015 – prova inequívoca da verossimilhança do direito deduzido na peça vestibular (fumus boni iuris) associada ao risco de demora inerente ao provimento jurisdicional (periculum in mora) – decisão reformada. Recurso do agravante provido (TJSP. Agravo de Instrumento n. 2089531-73.2017.8.26.0000. Relator: Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Ilhabela - Vara Única; Data do Julgamento: 05/06/2017; Data de Registro: 08/06/2017).

Com lastro nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho, o Relator Paulo Barcellos Gatti, cujo entendimento fora acompanhado pelos demais desembargadores no julgamento do retrocitado agravo de instrumento, reforçou a relevância da devida e válida motivação dos atos discricionários nos seguintes dizeres:

> Aqui floresce o campo para a teoria dos motivos determinantes, originalmente desenvolvida no Direito francês. É a partir da externalização dos motivos (motivação) que se permite ao jurisdicionado averiguar a compatibilidade entre o motivo do ato da Administração e a situação de fato que gerou a manifestação da vontade (TJSP. Agravo de Instrumento n. 2089531-73.2017.8.26.0000. Relator: Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Ilhabela - Vara Única; Data do Julgamento: 05/06/2017; Data de Registro: 08/06/2017).

Nesse sentido, definiu-se, ainda em sede de cognição sumária, a incompatibilidade do referido ato com a realidade fática, pelo que seu desarrazoado motivo determinante configurou arbitrariedade, suscetível, portanto, de anulação pelo Poder Judiciário.

Em linha de raciocínio semelhante posicionou-se o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR, oportunidade em que invalidou ato administrativo do PROCON, responsável por sancionar a Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda., em vista de sua fundamentação não guardar correspondência com os fatos:

> APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA APLICADA PELO PROCON. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. MOTIVOS DETERMINANTES. DECISÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS QUE CORRESPONDEM AO CASO CONCRETO. ATUAÇÃO ARBITRÁRIA E EXCESSIVA DO ÓRGÃO PROTETIVO. INEXIGIBILIDADE DA MULTA APLICADA. A decisão administrativa apresentada pelo PROCON não apresenta motivação suficiente para a aplicação da sanção. Limita-se a indicar às regras consumeristas sem fazer qualquer correspondência com o caso concreto, o que revela uma conduta excessivamente arbitrária. RECURSO PROVIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA (TJPR. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 1735835-7. Região Metropolitana de Maringá - Foro Central de Maringá. Rel.: Nilson Mizuta – Unânime, J. 31.10.2017).

Os argumentos soerguidos pelo Relator Nilson Mizuta demonstram haver significativa coerência entre os preceitos doutrinários da discricionariedade e sua aplicação prática:

> Note-se que não é admissível simples referência à lei aplicável na espécie sem sopesar os fatos que sugerem a aplicação da sanção. Ou seja, a falta de correspondência com os fatos concretos equivale a uma decisão desprovida de fundamentação. Com efeito, de acordo com a Teoria dos Motivos Determinantes, a motivação do ato administrativo deve guardar compatibilidade com a situação de fato que gera a manifestação de vontade do Administrador (TJPR. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 1735835-7. Região Metropolitana de Maringá - Foro Central de Maringá. Rel.: Nilson Mizuta – Unânime, J. 31.10.2017).

E nessa linha sobreveio sua conclusão:

> Dessa forma, a motivação do ato administrativo deve, necessariamente, possuir relação com o caso concreto analisado, sob pena de inviabilizar-se até mesmo o controle jurisdicional sobre a sua legalidade. Por derradeiro, ainda que a fundamentação já exposta seja suficiente para reconhecer a inexigibilidade da multa, a penalidade aplicada extrapola os limites da razoabilidade e proporcionalidade, que permitiria inclusive sua redução (TJPR. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 1735835-7. Região Metropolitana de Maringá - Foro Central de Maringá. Rel.: Nilson Mizuta – Unânime, J. 31.10.2017).

Em consonância com as razões jurisprudenciais, à luz de todos os necessários limites impostos ao administrador público — notadamente na conjuntura brasileira —, o jurista Gustavo Binenbojm defende que, a partir da ascensão do conceito de juridicidade administrativa, não há que se falar em real dicotomia entre atos discricionários e vinculados, porquanto sempre haverá naqueles determinado grau de vinculação, cujos reflexos demonstrar-

se-ão ora mais flexíveis, ora mais rígidos, de modo a consagrar a atividade administrativa em constante e inafastável observância aos princípios sedimentados na Constituição Federal (2014, p. 208).

Por fim, tese congênere já havia sido alinhada por Eros Grau, quando Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF, oportunidade em que defendeu, no julgamento do RMS n. 24.699-9, ocorrido em 30/11/2004, a nítida distinção dos conceitos de interpretação do direito e de discricionariedade, enunciando que essa decorre de expresso mandamento da norma à autoridade administrativa, e não de situações em que os termos do dispositivo legal demonstram-se demasiadamente genéricos, a conferir abertura para diversos entendimentos.

Em suma, os elementos práticos da atividade judicante trazidos neste texto, em correlação com os pressupostos doutrinários, permitem uma reflexão acerca do conceito de ato administrativo discricionário, quiçá a se estabelecer um elemento completivo firmado sob a perspectiva de precedentes originados nos Tribunais brasileiros.

Destarte, os fundamentos jurisprudenciais permitem revisitar o conceito de ato discricionário, reformulando-se os seus limites no direito brasileiro, considerando-o um mandamento à administração, com o escopo de que se impulsione determinada atividade (ou inação) da autoridade, sendo que, embora haja certa margem de conveniência e oportunidade (discricionariedade), não pode se desligar o texto jurídico, tudo com o fito de evitar arbitrariedades, subjetividades ou juízos de (des)valor do "eu" administrativo, o que inclusive permite a invalidação do ato administrativo.

Impende, ainda, não se olvidar que todo ato administrativo está vinculado aos princípios esculpidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), assim também naqueles expostos na Lei nº 9.784/1999, com proeminência aos princípios da razoabilidade, segurança jurídica, interesse público, finalidade e motivação, a constituírem as vigas mestras à prática dos atos administrativos em geral.

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante tenham valor didático e organizacional, os clássicos conceitos do ato administrativo vinculado e do ato administrativo discricionário não mais revelam suficiência à solução das questões administrativas e judiciais, até porque também imprescindível reconstruir e revitalizar a ideia de supremacia do interesse público.

A sindicabilidade do ato administrativo discricionário não pode nem deve se dar a qualquer custo ou sem critérios. Algumas diretivas servem de vetores hermenêuticos e de limites à intervenção ou controlabilidade jurisdicional, pois em hipóteses abertas, de conceito indeterminados, será necessário respeito às escolhas, ponderações e estimativas feitas pela Administração Pública (sempre tendo como lastro o real e otimizado interesse público).

Quando em jogo estiverem o respeito a bens jusfundamentais, em especial aqueles de matriz constitucional, o Estado-Juiz poderá exercer controle sobre as situações gravosas e ofensivas ao sistema de direitos fundamentais.

Quanto maior o grau de objetividade da composição normativa em jogo, por sua vez, menor deve ser a possibilidade de intervenção jurisdicional no ato discricionário. Também não se pode descurar do respeito ao grau de legitimidade da autoridade, no que se refere a matérias políticas (hipótese a merecer controle mais brando, menos incisivo), assim também no que concerne à especialização ou expertise técnica e funcional da autoridade, situações que merecem autocontenção, da mesma forma que a participação popular e democrática na decisão tomada, igualmente, não pode dar ensanchas a exageros intervencionistas pelo Estado-Juiz.

Finalmente, a mera proposição lastreada no princípio da supremacia do interesse merece ser vista criticamente, pois indigitada principiologia tem servido, no Brasil e em outros Estados periféricos, lamentavelmente, a um baixíssimo grau de juridicidade no planejamento público, a políticas públicas deficitárias, a desvios, transgressões e ofensas à constitucionalidade e à legalidade, a subjetivismos e nepotismos, práticas bem distantes e desarmônicas com as premissas relativas aos interesses sociais e coletivos de relevo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; CAMARGO, Daniel Marques de. *A (re)construção da boa-fé e cooperação processuais no CPC/2015:* intersecções sobre alteridade em Emmanuel Lévinas. In: Revista Brasileira de Direito. V. 14. 2, 2018.

APPIO, Eduardo. *Discricionariedade política do poder judiciário*. Curitiba: Juruá, 2008.

AZEVEDO, Eder Marques de. *O estado administrativo em crise:* aspectos jurídicos do planejamento no direito administrativo econômico. Belo Horizonte: D´Plácido, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo:* direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 333.902-DF*. Relator: Min. Humberto Martins. Data do julgamento: 14/10/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *MS 12.629-DF*. Relator: Min. Felix Fischer. Data do julgamento: 22/8/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS n. 11.336-PE*. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Data do julgamento: 7/11/2000.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível n. 1735835-7*. 5ª Câmara Cível. Relator: Nilson Mizuta. Data do Julgamento: 31.10.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Agravo de Instrumento n. 2089531-73.2017.8.26.0000*. 4ª Câmara de Direito Público. Relator: Paulo Barcellos Gatti; Data do Julgamento: 05/06/2017.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *A teoria da alteridade jurídica:* em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas. São Paulo: Perspectiva, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACHADO, Rubens. *O infinito entre nós*: verdade e justiça segundo Lévinas. In: Ágora Filosófica, ano XIII, n. 2, Jul/Dez. 2013.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PIMENTA, Leonardo Goulart. *Justiça, alteridade e direitos humanos na teoria de Emmanuel Lévinas.* In: Revista USCS, ano XI, n. 19, Jul/Dez. 2010.