

**A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: Análise do conteúdo jurídico de interesse público, presunção de veracidade e discricionariedade**

Tiago Nunes da Silva<sup>1</sup>

Luiz Carlos Figueira de Melo<sup>2</sup>

**Resumo:** Hodiernamente, face ao Estado Democrático de Direito, não há como conciliar no ordenamento jurídico brasileiro um princípio que, já se preestabeleça que a melhor solução no caso concreto consubstancia-se na vitória do interesse público, o que de plano, seria ostentar o mesmo caráter normativo de um paradigma autoritário o qual não se coaduna com Estado Democrático. O princípio em estudo, sempre fora tido como postulado para à atuação da Administração Pública. Assim, demonstrar-se-á a necessidade da reconstrução do princípio e dos seus atributos permeados de subjetividade, para que não ocorra o enfraquecimento da estrutura do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Interesse Público. Presunção de veracidade. Discricionariedade Administrativa.

**Summary:** in our times, against the democratic rule of law, there is no way to reconcile the Brazilian legal system a principle that already preestabeleça that the best solution in this case is embodied in the victory of the public interest, which plan would bear the same normative character of an authoritarian paradigm which is not consistent with democratic rule. The principle study, had always been postulated for the performance of public administration. Thus, the need for reconstruction of the principle and its attributes permeated with subjectivity-will prove, not to the weakening of the structure of the democratic rule of law occurs.

**Keyword:** Public Interest. Presumption of truthfulness. Administrative discretion

---

<sup>1</sup> Advogado. Pós-graduado em Direito Público.

<sup>2</sup> Professor da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Doutor pela UFMG.

## **INTRODUÇÃO**

O Estado para perseguir suas finalidades, sempre se estribou no então princípio da supremacia do interesse público, princípio este que sempre foi tema de calorosas discussões e polêmicas, por dele, derivar constante abuso de poder pela forma desenfreada de agir.

O problemático princípio da supremacia do interesse público se aloja em um edifício construído por inúmeros institutos jurídicos. Dentre eles, conforme dito, a proposta deste trabalho, é a análise de três institutos tidos como alicerce fundamental para a manutenção da supremacia do interesse público. São eles: (interesse público; presunção de veracidade e discricionariedade).

Acerca de sua prevalência sobre o interesse privado, as dúvidas se proliferaram no que concerne ao seu modo imperativo de agir, chegando a ser chamado pela doutrina clássica de “princípio supremo”.

Lado outro, é importante registrar que o direito moderno vincula-se às fontes de integração social, visando desrespeitar o mínimo dos interesses (público *versus* particular), valorando ambos os interesses.

A supremacia do interesse público não pode ser entendida como postulado normativo revestido de total imperatividade, tendo como esteio institutos que expressam conceitos vagos ensejando assim total insegurança para a sociedade.

O estudo que se desenvolverá a seguir pretende trazer contribuições valiosas para a ciência do Direito Público e, em especial, a melhor forma para a aplicação com justo equilíbrio do princípio da supremacia do interesse público de forma mais Democrática.

### **1. A CRISE DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

A temática da supremacia do interesse público teve sua discussão reavivada na literatura jurídica nacional em trabalhos recentes, tendo como principal objetivo

relativizar a concepção ultrapassada e autoritária de que a supremacia do interesse público deve ser tida como "base fundamental" do Direito Administrativo.

A doutrina clássica de Direito Administrativo sempre afirmou que o princípio da supremacia do interesse público encontra-se na posição de um princípio geral "supremo", possibilitando imposições pela Administração Pública de condutas vantajosas em relação aos particulares em razão das muitas prevalências que resguardam os diversos atos ora considerados nocivos.

A ideia que se tem do princípio da supremacia do interesse público é, apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p.60), um dos mais ferrenhos defensores do princípio em questão.

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

Na tecitura dessas noções, veja-se que o princípio em comento é tido como fundamento para dar sustento aos atos da Administração Pública, a qual se estriba pela então supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público, que se encontram assentados em um elevadíssimo grau de prevalência.

Não é difícil perceber que tal princípio sempre fora empregado com o escopo de justificar uma vasta gama de prerrogativas associadas à Administração Pública, a qual defende ser necessário atuar de tal modo para tutelar os interesses da coletividade, mas o faz mediante atos de imperatividade, ensejando desequilíbrio que sempre tem pendido em favor do Estado.

O debate teórico acerca do princípio da supremacia do interesse público está pautado por inúmeras indagações. Dentre estas, a doutrina tem buscado esclarecer o fundamento da posição privilegiada da Administração Pública nas relações com os particulares. O paradigma culminado pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado relembra os moldes de um governo autoritário, revestido de um poder desenfreado "para manter o controle dos seus súditos".

## A supremacia do interesse público

Imperioso ressaltar que o modo pelo qual a Administração Pública desenvolve suas ações, justificando ser necessário se utilizar de tal forma para atender ao interesse público, relembra os atos de um Estado ditatorial, em que os atos não eram fundados direito, mas sim na sua própria vontade ou de quem o representa, o que lastimavelmente parece não ser diferente nos dias atuais.

Assentadas tais premissas, vale ressaltar que após a mudança de um Estado não mais controlador, e sim prestador, vislumbra-se um modelo estatal que novamente sacrifica o interesse privado em detrimento do que “se diz ser interesse público”, não valorando princípios de suma relevância, como o princípio da igualdade, tido como base do Estado Democrático de Direito.

É forçoso admitir que o grande problema que se vislumbra após séculos é o fato de um Estado Democrático de Direito atuar nos moldes de um Estado ditatorial. O que se percebe pelos atos da Administração Pública é tão somente a mitigação de conquistas importantíssimas para a sociedade, a exemplo da conquista dos direitos fundamentais inseridos na Magna Carta de 1988.

Nesse sentido, não há como conciliar no ordenamento jurídico brasileiro, um princípio que, de plano, já se preestabeleça que a melhor solução no caso concreto consubstancia-se na “vitória” do interesse público, sacrificando em todo tempo o interesse privado. Nesse prisma, é o entendimento de Gustavo Binbenjy (2008, p.95):

Na esteira da incompatibilidade conceitual, cumpre ressaltar que o "princípio da supremacia do interesse público" também não encontra respaldo normativo, por três razões tratadas pelo autor: primeira, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; segunda, por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo "princípio"; e terceira, por demonstrar-se incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional.

A despeito da legalidade do princípio da supremacia do interesse público, os conceitos esposados pela doutrina e pela jurisprudência versam sobre dois aspectos: para a sua própria sobrevivência e para a manutenção da ordem social a fim de manter esta sempre estável.

Segundo Fábio Medina Osório (2000, p.84), "evidentemente que a superioridade do interesse público sobre o privado não pode ser deduzida de princípios

exclusivamente morais ou políticos, pois carece de uma recondução à normatividade própria da Constituição Federal".

Dessa forma, não é difícil constatar porque a ideia de uma prioridade absoluta do coletivo sobre o individual (do público sobre o privado) é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Ademais, não se pode olvidar que o princípio da supremacia do interesse público tem sido aplicado de forma desvincilhada do princípio da proporcionalidade.

Nas demandas em que a Administração Pública é parte não se tem buscado atender a ponderação entre o interesse público e o interesse privado, de forma a valorar ambos os interesses. No entanto, ao tentar justificar sua forma de atuação estribada somente na supremacia do interesse público, o Estado não é convincente, pois o que se percebe nos casos concretos é a existência de elevado grau de vantajosidade e/ou prevalência em favor da Administração Pública, agindo em desconformidade com o que apregoa o princípio da proporcionalidade.

Outro ponto a destacar é que em algumas situações a supremacia do interesse público afronta outros princípios da Carta Democrática de 1988, até mesmo aqueles expressos no rol dos direitos fundamentais, tais como o contraditório e a ampla defesa, face à enorme dificuldade existente em se produzir provas em demandas das quais a Administração Pública seja parte.

Logo, o que se percebe é que, em relação à Administração Pública, os princípios constitucionais e processuais acima mencionados existem somente no plano formal da lei e nos ensinamentos das faculdades de Direito, ensejando uma crise formal da lei.

Como bem lembra Alexandre Santos de Aragão (2012, p.83):

Não existe norma geral constitucional ou legal de prevalência do interesse público. O que ocorre é que, muitas vezes, a própria Constituição ou as leis previamente ponderam os interesses envolvidos dando preponderância ao interesse público (por exemplo, nas desapropriações e nas requisições administrativas). Nessas hipóteses, foi a lei ou a Constituição que preestabeleceram a preponderância do interesse público sobre o interesse do particular,

## A supremacia do interesse público

preponderância que não pode ser *a priori* estendida automaticamente a circunstância para as quais não houve esta "pré-ponderação" constitucional ou legal.

Independentemente do que seja o conceito do princípio da supremacia do interesse público, não é aceitável afirmar que nos casos concretos este sempre prevalecerá sobre o interesse privado. Ora, um princípio que se presta a afirmar que o interesse público sempre prevalecerá sobre o interesse privado fere letalmente o Estado Democrático de Direito, representando nítido regresso ao autoritarismo, em que há uma nova roupagem de legalidade com curvas de ousadia.

Portanto, resta frisar que, em um Estado Constitucional, o ideal é que a ordem jurídica não aplique o princípio da supremacia de forma desenfreada, se estribando em critérios subjetivos, com ampla discricionariedade do agente que desempenha a função estatal, pois dessa forma disseminará arbitrariedades tamanhas que nem sempre são estampadas.

## 2. CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

A literatura do Direito Administrativo tem evoluído constantemente com o passar dos anos. Além das monografias concebidas nos cursos de pós-graduação, têm sido publicadas obras de grande relevo acerca da disciplina, tentando romper os paradigmas culminados pelo interesse público.

De outra parte, vislumbra-se cada vez mais o Estado interferindo na vida dos cidadãos, o que urge em dizer que nem sempre essa interferência ocorre de forma correta e inspirada nos direitos fundamentais, mas não raro por meio de intervenções truculentas e prepotentes.

Acerca do Direito Administrativo, convém aduzir que este sempre fora construído sobre dois pilares básicos: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Assim, não é novidade que sua estrutura se assenta sobre esses dois pilares: de um lado, as chamadas prerrogativas e, de outro, as sujeições, que dão identidade ao conteúdo da atividade administrativa.

Mas, afinal, o que constitui exatamente o tão polêmico e invocado “interesse público”, cujo papel se mostra tão relevante? Alice Maria Gonzales Borges (2004, p.198) assim o define:

- 1.O interesse público é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores.
- 2.Esse interesse passa a ser público, quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, pelos menos, como um querer valorativo predominante da comunidade.

Conceituar o que realmente seja interesse público não é tarefa fácil. Veja-se que a doutrina clássica do Direito Administrativo, na figura de Bandeira de Mello (2003, p.50), já afirmava a dificuldade acerca do conceito de “interesse público”:

Ninguém duvida da importância da noção jurídica de interesse público. Se fosse necessário referir algo para encarecer-lhe o relevo, bastaria mencionar que, como acentuam os estudiosos, qualquer ato administrativo dele se desencontre será necessariamente inválido. Sem embargo, não se trata de uma noção tão simples que se imponha naturalmente, como algo de per si evidente que dispensaria qualquer esforço para gizá-lo os contornos abstratos. Convém, pois, expor aquilo que nos parece seja o interesse público propriamente dito. (Grifo nosso).

Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em categoria *contraposta a de interesse privado, individual*, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, *do próprio conjunto social*, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender o que é interesse público.

A partir do conceito exposto, depreende-se que ainda se encontra distante a possibilidade de se determinar com clareza e firmeza o que seja interesse público. Nesse ponto se aloja um problema sério, porquanto os atos da Administração Pública encontram-se amparados na tese que as doutrinas clássica e contemporânea defendem de que o interesse público é algo totalmente abstrato e subjetivo.

Ademais, o interesse público seria, então, o que a doutrina chama de “conceito indeterminado”? Para Eros Roberto Grau (1988, p.72):

São indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos - especialmente imprecisos, - razão pela qual necessitam

## A supremacia do interesse público

ser completados por quem os aplique. Neste sentido, talvez pudéssemos referi-los como conceitos carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade.

(...) os parâmetros para tal preenchimento - quando se trate de conceito aberto por imprecisão - devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, concepções, essas, que variam conforme a situação das forças sociais.

É próprio das leis que suprimem institutos jurídicos, ou que lhes mudam a substância, prescrever-lhes novo regime ou novos efeitos. Ora, é intuitivo crer que, por conta do grau de abstração, e pelo fato de ser indeterminado, o interesse público “deságua” ao alvedrio da Administração Pública para ser aplicado, surgindo uma emblemática que, ao que parece, está longe de ser dirimida.

Deveras, numerosos são os postulados que regem a atividade impositiva do Estado. Do ponto de vista legislativo, o que se vislumbra é a imprecisão no que tange a inúmeros conceitos abertos e plurissignificativos, como, por exemplo, as expressões “interesse público”, “utilidade pública”, “ordem pública” e “segurança nacional”.

É bem verdade que a missão de esclarecer estes conceitos absolutamente abertos recai para a doutrina. Isso enseja outro problema, pois faz com que o intérprete ou o aplicador da lei nem sempre encontrem o conceito adequado a ser aplicado no caso concreto, em virtude do elevadíssimo grau de conceitos jurídicos indeterminados existentes em nosso ordenamento.

Dois aspectos merecem ser destacados, pois é de grande relevo sublinha-lós. É de bom alvitre salientar que persiste a preocupação acerca da interpretação teórica de conceitos indeterminados tidos como postulados pela Administração Pública, pois dependendo da interpretação adotada se torna possível, ou não, conter atos pautados em excesso e abuso.

Fixados estes pontos, é fácil perceber que a natureza do interesse público alcança uma amplitude que não se consegue mensurar, o que logo resulta num descompasso entre atos praticados pela Administração Pública que atendem a interesses estranhos aos interesses realmente públicos, divorciando-se cada vez mais do efetivo atendimento à coletividade.

Nesse sentido, é a lição de Robertônio Pessoa (2000, p.88):

Em termos concretos, um interesse passa a ser público quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma coletividade determinada (bairro, distrito, região metropolitana, município, Estado, região, União), que o mesmo passa a ser identificado como interesse de toda comunidade, qualquer que seja sua dimensão.

Hoje, em um Estado Democrático de Direito, o conceito de “interesse público” não pode mais suscitar dúvidas quanto ao seu conteúdo e aplicabilidade, visto que se encontra entrelaçado aos direitos fundamentais. É imperioso notar que, havendo dúvidas, esse ônus deve recair ao Poder Judiciário, que tem enfrentado tormentoso trabalho com o escopo de conter os atos descompassados da Administração Pública, que, ao que parece, estão longe de se pautar nos mandamentos dos direitos fundamentais.

As considerações expostas realçam a importância e a necessidade inexorável de se fixar o conteúdo do que realmente seja interesse público. Decididamente, é insustentável defender a tese de que o interesse da Administração Pública sempre há de prevalecer. Ora, essa tese não pode servir de justificativa para que a Administração sustente atos autoritários e abusivos. Sustentar essa tese seria mitigar os preceitos mandamentais dos direitos fundamentais.

Feitos estes esclarecimentos, pode-se perceber que muitas vezes os atos ora praticados pela Administração Pública derivam de diversas prerrogativas por conta da abstração e indeterminabilidade do conceito de “interesse público”, pelo qual se deveria estabelecer a justa medida de prevalência, fato este que, obviamente, tem causado imenso desconforto e insegurança para os administrados.

### **3. AS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: a presunção de veracidade**

Dentre as prerrogativas inerentes à Administração Pública, a proposta deste tópico é o estudo da presunção de veracidade.

A temática dos meios utilizados pela Administração Pública para a realização dos seus fins há de ser sobrepensada. A essencialidade das prerrogativas em prol do

## A supremacia do interesse público

interesse público parece um tanto quanto utópica, visando a fins contrários do que realmente seja interesse público.

O regime jurídico-administrativo atribui à Administração Pública prerrogativas que não são vislumbradas nas relações entre particulares, tais como a dilação de prazos processuais, a não produção dos efeitos da revelia, o duplo grau de jurisdição, a impenhorabilidade de bens, o pagamento em forma de precatórios, o poder de expropriar, a presunção de veracidade, dentre outras.

Vê-se, assim, que a Administração Pública ostenta uma gama de prerrogativas e poderes que se dizem inerentes à boa administração para o desempenho das atribuições que lhe são conferidas. Acerca das prerrogativas da Administração Pública, Di Pietro (2010, p.64) assim define:

Isso significa que a Administração Pública possui prerrogativas ou privilégios, desconhecidos na esfera do direito privado, tais como a autoexecutoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia. Goza, ainda, de determinados privilégios como a imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos (grifos do original).

A doutrina tem se manifestado no sentido de que o poder é indispensável à atuação da Administração Pública e à defesa e promoção do interesse público. Lado outro, importa ressaltar que a utilização desse poder tido como “essencial à Administração Pública” deve ser desenvolvido da forma mais legal, proporcional e moral possível no que tange aos objetivos perseguidos pelo Poder Público.

Em relação ao poder, tido como indispensável à Administração Pública, Robertônio Pessoa (2000, p.90) aduz que:

Poder aqui significa uma autoridade, uma força jurídica especial capaz de impor comportamentos aos administrados e seus servidores, quer dizer, servidores do aparato administrativo do Estado. Tais poderes têm, contudo, uma caráter instrumental, ou seja, não são fins em si mesmo, não são adornos com os quais a ordem jurídica quis embelezar a Administração Pública, pelo contrário, encontram-se indissolavelmente vinculados à realização dos encargos atribuídos à Administração Pública, para o propósito de realizar tais misterdes.

Do panorama traçado, veja-se que destas prerrogativas a Administração Pública detém um “edifício” de vantagens em relação ao particular, sendo importante destacar que estão delineadas em critérios que possibilitam diversas interpretações, ensejando, assim, uma “avalanche” de inseguranças jurídicas em relação ao administrado.

Neste passo, cumpre registrar que não se contempla na legislação federal sequer um dispositivo que abarque a presunção de veracidade dos atos administrativos. É de grande relevo observar a duplicidade de atuação da Administração Pública.

É sabido, que o Poder Público deve sempre atuar com vistas ao princípio da legalidade a fim de conter o exercício arbitrário do poder estatal. No entanto, em relação à atuação do Poder Público, nem sempre tem sido pautada pela legalidade, o que tem ensejado determinadas prerrogativas que carecem de dispositivo normativo. Ora, essa duplicidade de atuação parece um tanto quanto contraditória.

De plano, pedimos vênua. Di Pietro (2010, p.198) apresenta um rol exaustivo e a nosso ver incompatível com os ditames do Estado Democrático de Direito, de modo a justificar a validade da presunção de veracidade:

1. o procedimento e as formalidades que precedem a sua edição, os quais constituem garantia de observância da lei;
2. o fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que a autoridade que pratica o ato o faz com o consentimento de todos;
3. a necessidade de assegurar a celeridade no cumprimento dos atos administrativos, já que eles têm por fim atender ao interesse público, sempre predominante sobre o particular;
4. o controle a que se sujeita o ato, quer pela própria Administração, quer pelo demais Poderes do Estado, sempre com a finalidade de garantir a legalidade;
5. a sujeição da Administração ao princípio da legalidade, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados de conformidade a lei, já que cabe ao poder público a sua tutela.

Com efeito, não raras vezes se observa a Administração Pública adotando meios de ação que afrontam direitos e garantias individuais, como já dito, e pior, sem que apresente motivações plausíveis, estribadas em fatos que realmente justifiquem tais agressões.

## A supremacia do interesse público

Ora, não há justificativas suficientes capazes de esclarecer o alto e descompassado grau de agressão dos atos administrativos executórios, sendo que tal medida não pode ser manifestada pelo sentimento leonino do Estado ou de quem o representa, simplesmente pelo bel prazer da presunção de veracidade .

É forçoso reconhecer que a linha de argumentação aqui defendida constitui-se em desconstruir o tão famigerado dogma da presunção de veracidade dos atos administrativos, que tanto tem ensejado o cometimento de duras arbitrariedades, deixando os administrados completamente vulneráveis aos caprichos e aos interesses escusos do agente público.

Feitos esses esclarecimentos, a grande questão consigna-se em se definir sobre quem recai o ônus da prova em relação ao atributo da presunção de veracidade do ato administrativo executório, que impõe ao administrado uma obrigação a ser cumprida que, na maioria das vezes, é de caráter pecuniário. No que concerne ao ônus da prova da presunção de veracidade dos atos administrativos, Carvalho Filho (2009, p.212-213) entende que:

Entretanto, o ônus atribuído ao interessado de provar suas alegações não exime a Administração do dever de providenciar a comprovação de outros fatos que, de algum modo, contravenham aos que o interessado alegou, ou até mesmo que os confirmem. No processo administrativo é aplicável o princípio da oficialidade, segundo o qual a Administração deve perseguir a vontade real, e não meramente a vontade formal.

Em muitos casos o modelo de distribuição do ônus da prova é contrário ao entendimento de Carvalho Filho, isto pelo fato de tal modelo reverter ao administrado a necessidade de produção de prova negativa, o que majora, e muito, a dificuldade do administrado de atender tal reversão colocando-o em um “labirinto sem saída”.

A título de exemplo, para maior esclarecimento da problemática do ônus da prova, imagine-se que um administrado recebe uma notificação de trânsito por estar dirigindo sem o cinto de segurança. Após o recebimento dessa notificação, lhe é dado um prazo para apresentar defesa. Aceita a defesa, ocorre a extinção da multa pecuniária.

Do exemplo acima surgem alguns questionamentos: que condição terá o administrado de produzir provas para sua defesa de um fato que lhe foi imputado por um agente de trânsito ocorrido há 30 (trinta) dias e que, sequer, o administrado tomou

conhecimento na hora da autuação? Poderia o administrado fazer voltar o tempo e a hora em que cometeu tal ato contrário ao Código de Trânsito Brasileiro? O obvio não carece de resposta!

Cumpra, pois, registrar que o insucesso do administrado em não conseguir produzir provas para atestar a sua inocência não exime a Administração da devida obrigação de provar suas alegações, pois, no caso concreto, veja-se que o princípio do devido processo legal de nada expurgou sua garantia em prol do administrado, prevalecendo o autoritarismo do Poder Público.

Nessa altura não é mais aceitável, em pleno regime de Estado Democrático, que a Administração se valha tão somente da confiança atribuída ao agente estatal para imputar ao administrado a obrigação de atender a um comando imperativo. Outro ponto relevante é o momento em que a veracidade de determinado fato afirmado pelo agente público se vê contestada pelo administrado, surgindo então uma questão: quais as provas serão produzidas? E mais, que critérios de julgamento serão utilizados na ausência delas?

Enfim, importa ressaltar que, mormente, é preciso garantir não apenas o controle da legalidade dos atos administrativos imperativos, mas, antes disso, mecanismos que conseqüentemente evitem o cometimento de tais ilegalidades.

#### **4. DISCRICIONÁRIEDADE: dever de demonstrar o motivo e motivação para conter o abuso de poder**

Cumpra observar, preliminarmente, que todos os atos e poderes da Administração Pública estão delimitados pelo princípio da legalidade, o qual desempenha um equilíbrio fundamental do interesse público *versus* interesse particular.

O mencionado princípio da legalidade, tem como principal escopo coibir abusos e arbitrariedades das muitas prerrogativas que emanam do Poder Público, prerrogativas estas que tem fortificado a posição privilegiada da supremacia do interesse público sobre o particular.

## A supremacia do interesse público

Em face do que se apontou, por questão didática convém registrar que existem atividades desenvolvidas pela Administração Pública que são tidas como vinculadas, ou seja, aquelas em que a lei não abre opções, estabelecendo de plano os caminhos a serem trilhados pela Administração Pública, mesmo no caso de interesses opostos.

Contrariamente ao paradigma de uma atuação vinculada, persiste com personalidade duvidosa à atuação discricionária. É óbvio que tal discricionariedade deriva da omissão do legislador, que propositalmente deixou de tratar determinados assuntos com o intuito de favorecer e ampliar a liberdade de decisão da Administração Pública, baseada em critérios plurissubjetivos, tais como conveniência e oportunidade, o que não leva a outro entendimento, senão o favorecimento à Administração Pública naquilo que lhe convém.

Na era do direito administrativo, os conceitos e justificativas esposados pela doutrina sobre o tema “discricionariedade da Administração Pública” têm proporcionado vasta coletânea de obras. Nada a estranhar, nessa ótica, que não causaria espanto encontrar teses defendendo que o Estado Constitucional encontra-se isento de demonstrar legítimas e convincentes razões de fato e de direito de seus atos praticados, por conta da discricionariedade, no momento em que a lei nada dispuser.

Sobre o tema da discricionariedade administrativa, Di Pietro (2012, p.62), assim a define:

Pode-se, portanto, definir a discricionariedade administrativa como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.

Ora, desta forma não é o caso de tratar que as decisões da Administração Pública devem ser tidas como estáticas quando envolver interesses opostos, mas ao decidir com fulcro em critérios de “conveniência e oportunidade” é clarividente que no caso concreto quase sempre haverá desequilíbrio. De tal arte, seria uma utopia acreditar na boa-fé e equidade da Administração Pública quando esta se vale de critérios permeados de enorme abstração.

Com efeito, impreterivelmente torna-se relevante entender que é imperativo à Administração Pública a missão de bem controlar os seus atos e cotejá-los à totalidade do sistema constitucional, este composto de princípios e regras que norteiam com Revista Direito e realidade, v.3, n.1, p.148-168 /2014

clareza as relações jurídico-administrativas. É mister advertir que a vinculação do administrador não pode, em hipótese alguma, limitar-se inteira e exclusivamente em critérios de conceitos indeterminados como conveniência e oportunidade.

Sob tal ângulo, a discricionariedade do administrador deve harmonizar com os princípios constitucionais como: proporcionalidade, razoabilidade e moralidade, os quais representam valores essenciais à concretização do Estado Democrático. No mesmo sentido é o entendimento de Armando Costa (2004, p.113):

O princípio da razoabilidade - juntamente com a doutrina francesa da proibição dos excessos e dos desvios de finalidade dos atos da administração - constitui, sem sombra de dúvida, o maior empecilho para evitar as intoleráveis distorções que o poder público, sob o pálio da discricionariedade, comete contra os cidadãos.

Assim, a ofensa ao princípio da razoabilidade pode decorrer da falta de fundamentos de fato ou de direito para justificar a prática e a manutenção do ato impugnado. Há dois critérios que devem ser amplamente observados em relação às decisões da Administração Pública no âmbito da discricionariedade: o motivo e a motivação.

Nesse passo Di Pietro (2010, p.193) assim define:

Motivo, conforme analisado, é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo.  
Motivação é um discurso destinado a justificar o ato motivado. É a exposição dos fatos e do direito que serviram de fundamento para a prática do ato.

É ineludível que o princípio da motivação tem imensa importância no controle dos atos discricionários, servindo de garantia constitucional. Com propriedade, é válida, hodiernamente, a advertência no sentido de que na decisão administrativa, quer seja vinculada, ou discricionária, obrigatoriamente devem estar presentes os motivos que ensejaram tal decisão, salvo quando a Constituição admitir a falta de motivação.

Colhe-se, por oportuno, a lição de Juarez Freitas (2007, p.22-23):

De sorte que não se aceita a figura da decisão administrativa completamente insindicável, uma vez que a motivação há de indicar, de modo suficiente, os fundamentos da juridicidade da escolha realizada. Nesse panorama, o controlador, não esquecendo de ver "a trave no próprio olho", precisa fazer as vezes de "administrador negativo".

## A supremacia do interesse público

Sem exceção, o controlador do "demérito" alcança até a incoerência da conduta administrativa, à luz dos princípios. E ponto nodal: não se aceita qualquer motivação, pois se exige uma justificação congruente, salvo se tratar de atos de mero expediente, autodecifráveis e naqueles casos em que a Constituição admite a falta de motivação (exemplo: nomeação para cargos em comissão). Todos, porém, devem ser, no mínimo, motiváveis, é dizer, passíveis de aprovação no teste da racionalidade intersubjetiva, coibida toda arbitrariedade, inclusive a do controlador.

Persiste certa desordem de conceito no que diz respeito à discricionariedade, a qual tem sido causa e efeito de decisões arbitrárias da Administração Pública devido à omissão no que tange a justificação dos atos praticados. Assim, vale ressaltar que a discricionariedade não deve ser tida como uma ordem de pagamento a ser preenchida ao bel prazer da Administração Pública.

O princípio da motivação tem imensa importância no que tange ao controle dos atos e decisões do Judiciário, do Executivo e do Legislativo. A motivação é a garantia constitucional de que os atos administrativos em geral e, conseqüentemente, os atos administrativos de aplicação disciplinar, devem ter seus motivos explicitados pelo agente público.

É oportuno que se expresse aqui a importância do motivo e motivação das decisões tomadas pela Administração Pública no âmbito da discricionariedade. O que importa considerar, a esta altura, é que o motivo e a motivação devem ser tidos como escudo, como instrumentos de defesa de cada cidadão, no sentido de proteger os administrados de decisões calcadas por critérios subjetivos.

Outro ponto de realce, no que concerne à relevância da motivação dos atos praticados com base na discricionariedade administrativa, está na constatação de que o agente público tem o compromisso indeclinável de encontrar uma solução ponderada, fazendo com que esta decisão se torne pública. Noutras palavras, no momento em que o agente público opta por uma solução sem lastro e sem amparo de regra válida, essa decisão passa a ser tida como excessiva e abusiva, não devendo, pois, prevalecer.

Advirta-se, desde já, que quando um agente público usa de suas atribuições para atingir objetivo diverso daqueles dispostos em lei, vislumbra-se, então, o "desvio de poder". Nesse sentido, não são raras as vezes em que o administrador faz transparecer como exigência do interesse público, mas na verdade chega a decisões que,

muitas vezes, se amoldam em suas convicções ideológicas, e até mesmo em seus interesses pessoais.

Frisa-se, ainda, que no momento em que se constata o desvirtuamento do ato praticado pelo agente público, tal ato já estará “vestido” com uma roupagem imoral, qualificando-se, assim, o excesso de poder ou o desvio de poder, ou seja, trazendo à tona o aspecto de conduta abusiva do Estado ou de quem o representa. Em relação ao excesso e o desvio de poder, é pertinente o ensinamento do saudoso professor Hely Lopes Meirelles (1999, p.79):

O excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, assim, a sua competência legal, e com isso invalida o ato, porquanto ninguém pode agir em nome da Administração fora dos limites legais.

O desvio de poder, por outro lado, é a violação dissimulada da lei pelo agente administrativo, que, embora nos limites de suas atribuições, usa de seu poder para fins ou por motivos diversos daqueles em virtude dos quais o poder lhe foi conferido.

Veja-se que, em relação ao excesso de poder, o conceito está intimamente ligado à competência do agente público para atuar em nome da Administração. No caso concreto, uma vez constatado que o agente exorbitou sua competência, ou seja, o seu limite de atuação, o ato deve ser considerado inválido.

Mas a questão tormentosa encontra-se alojada no desvio de poder do agente público. Enfatiza-se a real necessidade de se analisar minuciosamente a problemática do desvio de poder. O Estado manifesta sua vontade por meio da figura do agente, que dotado de competência deve agir com vistas a certo fim de interesse geral. Desse modo, quando a autoridade administrativa emite atos com fins diversos dos pretendidos em lei ocorre o desvio de poder.

No entanto, em relação ao particular, na maior parte das vezes em que ocorre o desvio de poder há uma ocultação da verdadeira intenção do agente. Nesse sentido, não é difícil vislumbrar os casos em que há favoritismo, perseguição, ou apenas o proveito pessoal por parte do administrador.

## A supremacia do interesse público

Ainda sobre o desvio de poder, não é de hoje que a doutrina aponta a problemática dos atos eivados de vícios praticados pela Administração Pública sob o fundamento da discricionariedade, e esta, de forma autoritária, tem atuado contrariamente aos preceitos mandamentais que emanam do Estado Democrático de Direito.

Demasiadas razões existem, portanto, para que a atuação discricionária da Administração Pública seja repensada. Hoje, no que refere à discricionariedade da Administração Pública, é imperioso destacar que em termos de legislação o assunto é extremamente pobre, tendo como esteio unicamente o então interesse público, repleto de subjetividade.

O poder discricionário padece de fundamentação jurídica com maior precisão, de forma a proporcionar maior segurança jurídica aos cidadãos, pois os atos administrativos em geral são praticados sem a observância de maiores formalidades e por vontade de um único agente público que, descompassado, acredita ser um “semideus” gerado pela “mãe supremacia do interesse público”.

Ademais, acresce frisar que tal poder discricionário, que emana do Poder Público, não pode mais suscitar dúvidas tais como o favorecimento à Administração Pública e nem à interesses particulares, pois deve-se observar os princípios da impessoalidade e da moralidade, princípios estes tidos como essenciais à boa administração.

Parece claro que a discricionariedade, quando usada servindo de estribo para decisões divorciadas da proporcionalidade, razoabilidade, motivação e moralidade, valorando exclusivamente a *conveniência e oportunidade*, traz resquícios do antigo modelo de governo, com julgamentos pautados no subjetivismo dos governantes a fim de beneficiar determinadas classes políticas e econômicas.

Cumprе assinalar que num país onde há descasos com a coisa pública e em que a imoralidade do administrador coaduna com as trocas de benesses, prática que ainda impera nos vários escalões da Administração Pública, é inaceitável afirmar que a Administração Pública encontra-se isenta de fundamentar suas decisões em razões de fato e de direito. Destarte, não é razoável afirmar que as decisões administrativas devem

ter como justificativa critérios como “conveniência e oportunidade”, o que logo seria desmoralizar e indignificar a segurança jurídica.

Do exposto, resta evidente que toda decisão emanada de um administrador público que seja desproporcional, desarrazoada, e sem motivação, deve ser anulada devido à não observância da adequação entre os meios empregados e o fim almejado pela Administração Pública.

## CONCLUSÃO

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado sempre fora visto como mandamento, ou seja, tido como exigência para o convívio natural da vida em sociedade, se estribando na premissa de que, afastada a supremacia, o Estado estaria totalmente desprovido da capacidade de zelar pelo bem-estar comum, especialmente no que tange ao poder de polícia.

Conforme fora demonstrado, o princípio da supremacia do interesse público lastimavelmente vem se perpetuando através de atos desrespeitosos, por conta do interesse público, impondo restrições arbitrárias e abusivas por parte da Administração Pública e seus agentes, que nem sempre visa atender o interesse público.

Convém, acentuar caso ocorra conflito entre o interesse público *versus* particular, é de suma relevância consignar que ambos os interesses são igualmente amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro. É importante salientar que, concordar com a prevalência do interesse “que se diz ser público a todo e qualquer tempo” seria dizer que não há no Direito respaldo e tutela para o interesse privado quando este se deparar com o interesse público.

Note-se bem: não se nega a relevância do princípio da supremacia do interesse público enquanto instrumento essencial para alcançar interesses essenciais à toda a sociedade, que devem ser tutelados pelo próprio Estado, já que este fora instituído como administrador da coisa pública e representante do povo.

O que se está a afirmar é que o interesse público deve ser aplicado com a máxima cautela e prudência, e crucialmente sob o mandamento da proporcionalidade,

## A supremacia do interesse público

pois não raras vezes o interesse público se depara com interesses individuais e até mesmo coletivos.

Em relação ao primeiro instituto proposto, é importante frisar que o interesse público deve ser aplicado com a máxima cautela, pois não raras vezes em que nos deparamos com a atividade estatal beneficiando determinadas classes políticas para atingir interesses particulares sob o manto falso de interesse público.

A despeito do segundo instituto, ou seja, a presunção, importa ressaltar que, mormente, é preciso garantir não apenas o controle da legalidade dos atos administrativos imperativos, mas, antes disso, mecanismos que consequentemente evitem o cometimento de tais ilegalidades. À Administração Pública, cumpre sempre atuar com reservas de que lhe cabe precipuamente a demonstração dos fatos que ensejaram sua atuação, isto porque os seus agentes devem atentar-se a adotar o melhor procedimento possível para registrá-los em homenagem ao princípio da publicidade.

O terceiro e último instituto proposto, a então discricionariedade, esta se faz essencial à atividade administrativa, para a manutenção da boa atuação pública, por conta da constante evolução dos problemas tidos como naturais da sociedade, vez que, seria humanamente impossível o Legislador tratar de assuntos que ainda não denota insegurança jurídica.

No entanto, o que se percebe é a omissão do agente, no sentido de explicitar o motivo e a motivação do ato discricionário o qual o fez agir de tal modo. Não havendo estes dois requisitos, o ato deve ser considerado nulo. Pois tal omissão, impossibilita até mesmo a garantia fundamental de exercer o direito de defesa.

Enfim, o fato é que com o advento do Estado Democrático de Direito, a vantajosidade que outrora fora concedida à Administração Pública, e que ainda permanece em relação ao particular, já não pode mais ser vista e aceita de forma absoluta, servindo de escudo em relação às “vontades do Estado” que nem sempre ocorre da forma mais democrática visando o interesse público.

Diante do exposto, ressoa evidente que no Estado Democrático de Direito nem tudo é possível, e nem tudo deve ser aceitável em nome do interesse público, até porque, se tudo fosse possível, obviamente que os maiores de todos os interesses públicos,

aqueles inculpidos no rol dos direitos e garantias individuais, estariam em situação de risco.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, Alice Maria Gonzales. **Temas do Direito Administrativo Atual (Estudos e Pareceres)**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2008.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Processo administrativo federal: comentários à Lei nº 9.784 de 29/01/1999**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSTA, José Armando da. **Direito Administrativo Disciplinar**. Editora Brasília, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro. **In Revista de Direito Administrativo** n. 220, abril/junho. 2000.

PESSOA, Robertônio. **Curso de Direito Administrativo**. Brasília: Consulex, 2000.

ROBERTO GRAU, Eros. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. Revista dos Tribunais, 1988.

A supremacia do interesse público

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.