

CURSO DE DIREITO

Daniel de Souza Borges

**SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E INDISPONIBILIDADE DO
INTERESSE PÚBLICO E SUA UTILIZAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:
UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO DEVER DE MOTIVAÇÃO SUBSTANCIAL**

Santa Cruz do Sul
2017

Daniel de Souza Borges

**SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E INDISPONIBILIDADE DO
INTERESSE PÚBLICO E SUA UTILIZAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:
UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO DEVER DE MOTIVAÇÃO SUBSTANCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof.^a Dra. Caroline Müller Bitencourt
Orientadora

Santa Cruz do Sul
2017

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, do acadêmico Daniel de Souza Borges, adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 23 de novembro de 2017.

Prof.^a Dra. Caroline Müller Bitencourt
Orientadora

Aos meus pais, Deni e Fernando, não apenas por terem me dado a vida, mas, principalmente, por terem me ensinado a vivê-la.

Comece-se por dizer que função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.

(MELLO, C. A. B. Curso de direito administrativo, 2012)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ter me dado forças para seguir adiante em todas as vezes nas quais a desesperança me atingiu.

Aos meus pais, pelos inúmeros esforços realizados a fim de auxiliar em minha criação e formação. Às minhas irmãs, por estarem sempre ao meu lado. A todos os demais familiares, por sempre terem me incentivado.

Aos professores e colegas do Curso de Direito pelos ensinamentos e amizade. Aos funcionários da Universidade de Santa Cruz do Sul, pelo ótimo tratamento. A todos os meus amigos, cujo apoio moral e espiritual foi imprescindível para que eu pudesse finalizar o presente trabalho e concluir a graduação.

Finalmente, agradeço à minha orientadora, professora Dra. Caroline Müller Bitencourt, por todas as vezes em que me norteou, indicando os caminhos a percorrer, e por toda a atenção, encorajamento e sabedoria transmitida no decorrer desta monografia.

RESUMO

O presente trabalho monográfico trata do tema “supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público e sua utilização na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: uma análise crítica à luz do dever de motivação substancial”. Pretende-se, à luz da literatura recente e relevante a propósito da situação em tela, analisar, discutir e apresentar os principais aspectos teóricos que envolvem a seguinte problemática: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, quando decidem fundamentando com base na supremacia do interesse público e na indisponibilidade do interesse público, têm realizado em conformidade com o dever de motivação substancial ou apenas têm empregado tais princípios sem justificar o porquê de sua incidência no caso concreto, atribuindo assim uma subjetividade ou mesmo discricionariedade tão combatida pela doutrina na utilização desses princípios? Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, pelo qual verifica-se a validade das hipóteses apresentadas através de um raciocínio lógico e crítico, bem como a pesquisa bibliográfica e exploratória, que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores do Direito que tratam do tema. Partindo-se do pressuposto de que à Administração Pública cabe a consecução do interesse público, visando promover o bem-estar de toda a coletividade, este é um assunto que se apresenta como fundamental, já que todos os cidadãos possuem o interesse de que o Estado cumpra com seus objetivos. No entanto, como destinatários de direitos, também possuem a preocupação de que estes sejam resguardados. É nessa discussão, envolvendo prerrogativas da Administração e interesses dos administrados, que as bases do Direito Administrativo se situam. Desse modo, objetiva-se discutir, por meio de um estudo jurisprudencial, se o uso arbitrário dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, como conceitos jurídicos indeterminados, pode trazer uma pseudolegitimidade para a Administração Pública, ao auferir práticas violadoras de direitos e garantias dos administrados. Para que seja possível atingir o objetivo, o trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro capítulo (item 2) trata das transformações do Direito Administrativo, analisadas em três tópicos: o novo Direito Administrativo (2.1); os princípios constitucionais orientadores do Direito Administrativo (2.2); e o agir público pautado pela motivação dos atos administrativos (2.3). O segundo (item 3), aborda as reflexões a respeito dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público à luz de uma Administração democrática, subdividindo-se em dois tópicos: o tratamento histórico-conceitual destes princípios (3.1) e as dimensões da supremacia e indisponibilidade do interesse público (3.2). Já o terceiro e último capítulo (item 4) discorre acerca do tratamento dos princípios na jurisprudência do STF e do STJ, por meio de pesquisa realizada nos sites destes Tribunais, analisando-se os resultados em dois tópicos: a tratativa dos princípios no STF (4.1) e a tratativa dos princípios no STJ (4.2). Ao final, conclui-se pela importância da noção de interesse público numa perspectiva democrática e pela necessidade de motivação consistente ao empregar tais princípios nas decisões, inclusive judiciais, como forma de evitar arbitrariedades e abusos.

Palavras-chave: direito administrativo; princípios; supremacia; indisponibilidade; interesse público.

ABSTRACT

The present monographic work deals with the theme "supremacy of the public interest and unavailability of the public interest and its use in the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice: a critical analysis in light of the duty of substantial motivation." It is intended, in the light of the recent and relevant literature on the situation in view, to analyze, discuss and present the main theoretical aspects that involve the following problematic: the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, when they decide based on the supremacy of the public interest and the unavailability of the public interest, have performed this in accordance with the duty of substantial motivation or have only used such principles without justifying the reason for their incidence in the concrete case, thus attributing a subjectivity or even discretionarity so fought by the doctrine in the use of these principles? For this, the hypothetical-deductive method is used, by which the validity of the hypotheses presented is verified through logical and critical reasoning, as well as the bibliographic and exploratory research, which consists, basically, in reading, writing and comparing the theories of the main authors of the Law that deal with the subject. Based on the assumption that the Public Administration is in charge of achieving the public interest, in order to promote the well-being of the whole community, this is a fundamental subject, since all citizens have the interest that the State fulfill its objectives. However, as recipients of rights, they also have the concern that these rights are safeguarded. It is in this discussion, involving the prerogatives of the Administration and the interests of the administered, that the bases of Administrative Law are situated. In this way, the objective is to discuss, through a jurisprudential study, if the arbitrary use of the principles of supremacy and unavailability of the public interest, as indeterminate juridical concepts, can bring a pseudolegitimacy for the Public Administration, when obtaining violating practices of rights and guarantees of the administered. In order to achieve the objective, the work is divided into three chapters. The first chapter (item 2) deals with the transformations of Administrative Law, analyzed in three topics: the new Administrative Law (2.1); the constitutional guiding principles of Administrative Law (2.2); and public action based on the motivation of administrative acts (2.3). The second one (item 3) deals with the reflections on the principles of supremacy and unavailability of the public interest in the light of a democratic administration, subdividing into two topics: the historical-conceptual treatment of these principles (3.1) and the dimensions of supremacy and unavailability of the public interest (3.2). The third and last chapter (item 4) talks about the treatment of these principles in the jurisprudence of the STF and STJ, through a survey conducted on the websites of these Courts, analyzing the results on two topics: the treatment of the principles in the STF (4.1) and the treatment of the principles in the STJ (4.2). At the end, it concludes by the importance of the notion of public interest in a democratic perspective and by the need for a consistent motivation to use such principles in decisions, including judicial ones, as a way to avoid arbitrariness and abuses.

Keywords: administrative law; principles; supremacy; unavailability; public interest.

SUMÁRIO

| | | |
|--------------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 2 | AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO: A PREOCUPAÇÃO COM A QUALIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DO AGIR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... | 12 |
| 2.1 | O novo Direito Administrativo..... | 12 |
| 2.2 | Os princípios constitucionais orientadores do Direito Administrativo.... | 20 |
| 2.2.1 | Princípio da legalidade..... | 23 |
| 2.2.2 | Princípio da impessoalidade..... | 24 |
| 2.2.3 | Princípio da moralidade..... | 25 |
| 2.2.4 | Princípio da publicidade..... | 26 |
| 2.2.5 | Princípio da eficiência..... | 27 |
| 2.3 | O agir público pautado pela motivação dos atos administrativos: uma superação da mera motivação formal..... | 29 |
| 3 | A SUPREMACIA E A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO À LUZ DE UMA ADMINISTRAÇÃO DEMOCRÁTICA: A SUPERAÇÃO DE UM TERMO INDETERMINADO | 38 |
| 3.1 | O tratamento histórico-conceitual da supremacia e indisponibilidade do interesse público..... | 38 |
| 3.2 | Dimensões da supremacia e indisponibilidade do interesse público..... | 46 |
| 3.2.1 | A supremacia e indisponibilidade do interesse público em oposição a uma Administração Pública autoritária..... | 46 |
| 3.2.2 | As correlações da supremacia do interesse público a partir da legitimidade e da legalidade..... | 51 |
| 3.2.3 | A supremacia e indisponibilidade do interesse público no conflito entre o público e o privado..... | 54 |
| 4 | O TRATAMENTO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A ÓTICA DE UM AUTORITARISMO E ARBITRARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OU DE UMA VINCULAÇÃO A UM DEVER DE AGIR CONSTITUCIONAL...58 | 58 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 4.1 | A tratativa da supremacia e da indisponibilidade do interesse público no STF..... | 58 |
| 4.2 | A tratativa da supremacia e da indisponibilidade do interesse público no STJ..... | 66 |
| 5 | CONCLUSÃO..... | 75 |
| | REFERÊNCIAS | 79 |

1 INTRODUÇÃO

É recorrente, na doutrina administrativista, a menção aos princípios basilares que norteiam a atuação da Administração Pública no ordenamento jurídico pátrio, quais sejam: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público. A utilização desses conceitos jurídicos para fundamentar os atos administrativos também se mostra comum na prática, dada a importância que o interesse público assume no âmbito do Direito Administrativo.

Por outro lado, sob a ótica da Constituição Federal de 1988, tem-se vários bens jurídicos cuja proteção é assegurada aos indivíduos, seja nas relações com outros particulares, seja nas relações com o próprio Estado. São nessas relações com o Estado que se verifica a incidência destes princípios, por meio dos quais se protege um interesse geral da coletividade – o interesse público –, quando em conflito com interesses privados. Deparando-se com essas hipóteses no caso concreto, ao operador jurídico torna-se imperioso refletir se a utilização da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, em determinadas situações, é feita de forma equivocada, por meio de atos arbitrários mascarados numa suposta proteção ao interesse público. Caso isso ocorra, estar-se-á violando a própria essência do conceito de interesse público, o qual representa a própria vontade dos indivíduos na satisfação do bem comum para todos.

Isto posto, apresenta-se o seguinte problema: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, quando decidem fundamentando com base na supremacia do interesse público e na indisponibilidade do interesse público, têm realizado em conformidade com o dever de motivação substancial ou apenas têm empregado tais princípios sem justificar o porquê de sua incidência no caso concreto, atribuindo assim uma subjetividade ou mesmo discricionariedade tão combatida pela doutrina na utilização desses princípios?

Portanto, o objetivo principal do estudo consiste em discutir, através de um estudo da jurisprudência, se o uso arbitrário dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público como categorias de conceitos jurídicos indeterminados pode servir para macular e trazer uma pseudolegitimidade para a Administração Pública, ao auferir práticas violadoras de direitos e garantias dos administrados. Especificamente, pretende-se: descrever o dever de motivação dos atos administrativos, especialmente no que se refere a motivação substancial à luz do novo direito administrativo; examinar os princípios da supremacia do interesse

público e da indisponibilidade do interesse público; e analisar criticamente a utilização destes princípios como forma de pseudolegitimar a prática de atos violadores de direitos fundamentais, a partir de uma análise da jurisprudência.

Justifica-se a pertinência das reflexões pelo fato de que os administrados nutrem a expectativa de que seus direitos serão atendidos e protegidos, mas, ao mesmo tempo, possuem o interesse de que haja uma harmonia no meio em que estão inseridos. Nesse contexto, cabe analisar até que ponto os atos da Administração continuam sendo legítimos ao empregar as prerrogativas que lhe são conferidas, sem que restem caracterizadas arbitrariedades, haja vista a suposta indeterminação de tais conceitos. Ademais, contribuindo para situações práticas, a presente análise pode possibilitar que sejam identificadas formas de adequação e preservação dos interesses públicos e privados, quando em choque.

O método de pesquisa adotado na elaboração do trabalho é o hipotético-dedutivo, pelo qual verifica-se a validade das hipóteses aqui apresentadas através de um raciocínio lógico e crítico. Quanto ao tipo de pesquisa, empregou-se a pesquisa bibliográfica e exploratória, permitindo obter uma visão geral dos diferentes entendimentos e opiniões relacionados ao tema.

Dessa forma, o estudo está dividido em três capítulos. No primeiro, serão apresentadas as transformações do Direito Administrativo, com a sua evolução histórica através dos modelos de Estado adotados em cada período. Comentar-se-á a respeito dos princípios constitucionais orientadores deste ramo jurídico, consagrados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Por fim, será analisado o dever de motivação dos atos administrativos, numa perspectiva substancial, não apenas formal. No segundo capítulo, serão trazidas reflexões a respeito dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público à luz de uma Administração democrática. A abordagem é realizada, num primeiro momento, por meio do tratamento histórico-conceitual desses princípios, e, após, segmentando-se o assunto em diferentes dimensões pelas quais se pode compreendê-los.

Já no terceiro capítulo, constará a pesquisa elaborada, por meio da análise das jurisprudências do STF, no período de cinco anos (de 14 de novembro de 2012 a 14 de novembro de 2017), e do STJ, no período de dois anos (de 14 de novembro de 2015 a 14 de novembro de 2017). Os períodos adotados servem para elucidar como se dá a utilização destes princípios pela jurisprudência, verificando como está sendo feita a sua tratativa pelos referidos Tribunais Superiores, nos últimos anos. Por fim, apresenta-se a conclusão do presente trabalho, com os resultados obtidos.

2 AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO: A PREOCUPAÇÃO COM A QUALIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DO AGIR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, para que se tenha uma compreensão adequada a respeito da razão de existência dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público no direito administrativo, este capítulo discorrerá acerca das origens deste ramo jurídico e de suas sucessivas modificações ocorridas através do tempo. A necessidade desta abordagem inicial está eminentemente relacionada com o fato de o Direito ser uma ciência que se modifica constantemente, variando conforme se organiza um povo em uma determinada época.

Tal como ocorre nos demais ramos jurídicos, os institutos que hoje norteiam a atividade da Administração Pública – e, conseqüentemente, a fundamentação de seus atos – nem sempre tiveram a mesma relevância ou sequer existiam na constância das organizações estatais anteriores. É por isso que, para que se possa fazer uma análise crítica dos institutos jurídicos que são objeto de estudo, torna-se imperioso observar como o passado influenciou para que se chegasse ao Direito Administrativo da atualidade.

2.1 O novo Direito Administrativo

O Direito Administrativo, de acordo com Di Pietro (2012), despontou como ramo autônomo por volta do final do século XVIII e início do século XIX. Isto, no entanto, não importa em dizer que, antes desse período, não houvesse normas administrativas, eis que, como enuncia a autora, com a própria existência do Estado, também há a existência de órgãos aos quais cabe o desempenho de funções administrativas. Gasparini (2007), ao encontro desse entendimento, comenta que, mesmo nas comunidades mais simples, não deixou de se fazer presente a administração pública, tanto como estrutura quanto como função, o que não significa que existia um conjunto de normas jurídicas administrativas diferente do que regulava as relações entre particulares.

Ocorre que essas normas anteriores estavam compreendidas no *jus civile* e eram esparsas, de maneira que, conforme continua Di Pietro (2012, p. 1), “não se tinha desse ramo do direito uma elaboração baseada em princípios informativos

próprios que lhe imprimissem autonomia”. Com relação à remota Antiguidade, Gasparini (2007) afirma que pouco se sabe, apesar de ser certo que, na Antiguidade oriental, havia a predominância do atributo teológico como justificativa para o poder supremo detido pelos chefes, sendo que suas ordens eram cumpridas de imediato – e, deste modo, já se apresentava o instituto da atribuição hierárquica. Na Antiguidade clássica, dando ênfase para Grécia e Roma, o mesmo autor expõe alguns exemplos de institutos que seriam contribuições para o Direito Administrativo, como os serviços administrativos das cidades gregas e os consequentes direitos e deveres previstos aos administrados em razão do uso desses serviços, a verificação dos dinheiros públicos em Atenas e a organização dos Municípios pelos romanos.

A Idade Média, por sua vez, segundo Di Pietro (2012), não foi um ambiente favorável ao progresso do Direito Administrativo, pois era o período das monarquias absolutas, nas quais o soberano era o detentor de todo o poder. Isso significava que

[...] a sua vontade era a lei, a que obedeciam todos os cidadãos, justificadamente chamados **servos** ou **vassallos** (aqueles que se submetem à vontade de outrem). Nesse período, do chamado Estado de Polícia, assinala Merkl (1980:93) que o direito público se esgota num único preceito jurídico, que estabelece um **direito ilimitado para administrar** [...]. O rei não podia ser submetido aos Tribunais, pois seus atos se colocavam acima de qualquer ordenamento jurídico. [...] Não havia Tribunais independentes, uma vez que, em uma primeira fase, o próprio rei decidia os conflitos entre particulares e, em fase posterior, as funções judicantes foram delegadas a um conselho, que ficava, no entanto, subordinado ao soberano. (DI PIETRO, 2012, p. 1-2, grifado no original).

No mesmo sentido são as colocações de Nohara (2012, p. 14), ao afirmar que “[...] não havia cidadãos ou administrados com deveres e direitos bem delimitados, mas apenas súditos, servos ou vassallos, submissos ao arbítrio (vontade) do monarca irresponsável”. Assim, conforme a autora, no período das monarquias absolutistas ou Estado de Polícia, havia uma administração legalmente incondicionada, de maneira que a gestão pública era realizada com base no arbítrio do rei. Consequentemente, “[...] a vontade do rei é a lei suprema, [...] e, ainda, na formulação anglo-saxã, *the king can do no wrong* (o rei não pode errar), expressão que indicava a impossibilidade de responsabilização do rei por seus atos” (NOHARA, 2012, p. 15, grifado no original).

Portanto, como ensina Meirelles (2010), o absolutismo predominante e a reunião de todos os poderes na pessoa do soberano eram obstáculos para o avanço de teorias que pretendessem admitir direitos aos súditos, em contrariedade às determinações do monarca, cuja vontade onipotente prevalecia.

Gasparini (2007) comenta que, com a Revolução Francesa, no ano de 1789, a derrubada da realeza ocasionou intensas mudanças sociais, políticas e econômicas na França, o que refletiu na ordem jurídica. Assim, segundo Nohara (2012), a contribuição da Revolução Francesa é observada, principalmente, em vista de ter sido fundado um Estado que se amparou na legalidade e justicialidade, o que resultou de uma mudança de mentalidade na época, visando a consagração de governos moderados e que respeitassem as leis, notadamente as Constituições escritas.

Com efeito, passa-se do Estado de Polícia ou absolutista para o **Estado de Direito**. Consagra-se o princípio da tripartição do Poder. Surgem as funções legislativa, executiva e judiciária em razão da doutrina sistematizada por Montesquieu e formula-se o princípio da submissão do Executivo à lei. O arbítrio cede lugar à legalidade. Projetam-se os princípios revolucionários, decorrentes do Iluminismo, para os outros países, notadamente os da Europa. (GASPARINI, 2007, p. 39, grifado no original).

Ademais, Nohara (2012) menciona que essa contribuição para o surgimento do Direito Administrativo ocorreu num contexto em que as ideologias liberais preponderavam, influenciando para que, desde o princípio do Estado de Direito, este novo ramo jurídico fosse considerado um importante meio de restrição do arbítrio estatal. A doutrinadora assevera que, quando do início da formação do Estado de Direito, houve uma grande influência do Iluminismo e do jusnaturalismo, cuja vertente racionalista trouxe as ideias iluministas para o campo do Direito, ao associar à razão humana a faculdade de distinguir o justo e o injusto. Dessa forma, a doutrina jusnaturalista influenciou no surgimento do Direito Administrativo, seja pelo entendimento difundido pela vertente de contratualistas como Rousseau, no sentido de que o Estado deveria se submeter à lei, seja pela ideia de separação de funções estatais, defendida por Montesquieu.

Para Mello (2012, p. 48), “[...] as bases ideológicas do Direito Administrativo são as que resultam das fontes inspiradoras do Estado de Direito, e neste se estampa a confluência de duas vertentes de pensamento: a de Rousseau e a de Montesquieu”. Quanto ao pensamento do primeiro, Mello (2012) assevera que repousa na ideia de igualdade entre todos os homens e de soberania popular, ou seja, Rousseau parte da noção de que todos são iguais e nascem livres, tornando-se necessário que cada um ceda parte de sua liberdade para que haja um Poder que comande e torne possível a vida em sociedade. Por sua vez, com o pensamento do segundo há a afirmação da

teoria de tripartição do Poder, tendo em mente que aquele que o detém tende ao abuso e, portanto, conclui-se que o Poder encontra limites no próprio Poder.

Logo, como forma de conclusão dessa análise, Mello (2012, p. 49) afirma que “[...] o Estado de Direito é exatamente um modelo de organização social que absorve para o mundo das normas [...] uma concepção política e a traduz em preceitos concebidos expressamente para a montagem de um esquema de controle do Poder”.

No pensamento de Meirelles (2010, p. 51), “o impulso decisivo para a formação do Direito Administrativo foi dado pela teoria da separação dos Poderes desenvolvida por Montesquieu [...] e acolhida universalmente pelos Estados de Direito”. Este autor ensina que,

na França, após a Revolução (1789), a tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciais veio ensejar a especialização das atividades do governo e dar independência aos órgãos incumbidos de realizá-las. Daí surgiu a necessidade de julgamento dos atos da Administração ativa, o que inicialmente ficou a cargo dos Parlamentos, mas posteriormente reconheceu-se a conveniência de se desligar as atribuições políticas das judiciais. Num estágio subsequente foram criados, a par dos Tribunais judiciais, os tribunais administrativos. Surgiu, assim, a Justiça Administrativa, e, como corolário lógico, se foi estruturando um Direito específico da Administração e dos administrados para as suas relações recíprocas. Era o advento do Direito Administrativo. (MEIRELLES, 2010, p. 52).

Segundo Mello (2012), o nascimento do Direito Administrativo ocorre com o Estado de Direito, pois o agir da Administração passa a ser regulado pelo Direito, o qual regulamenta as relações entre aquela e os administrados. O Direito Administrativo, ainda na visão deste autor, não se trata de um Direito criado para submeter os direitos ou interesses dos cidadãos aos do Estado, mas sim surge como maneira de controlar a conduta deste, fazendo com que sejam fielmente seguidas as disposições legais. Esta é uma forma de proteger o cidadão contra os excessos daqueles que estão no exercício do Poder estatal, razão pela qual este doutrinador afirma se tratar de um Direito que defende, sobretudo, o cidadão.

Há que se ressaltar, contudo, que o Direito Administrativo também surge como forma de conter o próprio indivíduo. Isso porque,

no Absolutismo, com a soberania exercida exclusivamente pelo monarca, prevalecia a vontade do Rei, que o autorizava excepcionar ou dispensar a qualquer tempo o comando de uma lei, ou mesmo avocar a seu bel-prazer um processo para julgá-lo ao seu talante, sem qualquer garantia de segurança jurídica ou previsibilidade. (GABARDO; HACHEM, 2010, p. 166).

Com o Estado de Direito, o abandono do fundamento divino para o poder em favor da razão humana, bem como a adoção da ideia de que todo o poder emana do povo, fizeram com que se entendesse que um indivíduo não poderia governar segundo a sua vontade, tolhendo direitos dos cidadãos. Isto é, “[...] a soberania não pode ser atribuída a nenhum indivíduo ou estamento específico; ela emana do povo entendido como um corpo homogêneo, que deve exercê-la com exclusividade” (GABARDO; HACHEM, 2010, p. 166).

Logo, a contenção do individualismo e do arbítrio individual é outro aspecto do surgimento do Direito Administrativo. Nesse sentido, como bem destacam Gabardo, Hachem (2010, p. 192-193),

após a Revolução Francesa, essa noção [de interesse público] começa a se desenvolver, no sentido de opor-se aos interesses personalistas dos governantes, devendo prevalecer a vontade geral no exercício das atividades públicas. Era uma forma de afastar a gestão da função administrativa do arbítrio do Rei, tornando-se o interesse público um “argumento suscetível de propiciar a adesão de todos e, por isso mesmo, fundamentar o poder do Estado”.

Partindo-se dessas ideias, deve-se atentar também que, conforme comenta Di Pietro (2012, p. 3, grifado no original), “o **conteúdo do Direito Administrativo** varia no tempo e no espaço, conforme o tipo de Estado adotado”. Assim, num primeiro momento, como ensina Nohara (2012), predominou a ideia de que o Estado deveria abster-se de intervir nas relações privadas, já que era visto como uma ameaça à liberdade individual, impondo-se a ele que se limitasse a agir em prol da garantia dos direitos individuais. Na permanência do Estado Liberal, “predominou a abordagem do Direito Administrativo no sentido da contenção das potestades públicas, limitando-as em função dos direitos dos administrados, já não mais vistos como meros súditos” (NOHARA, 2012, p. 28). Ocorre que essa postura abstencionista, característica do Estado Liberal, acabou por gerar uma severa desigualdade social, pois o Estado não agia para conter os abusos daqueles que detinham maior poder econômico.

Desse modo, ainda em conformidade com o que assinala Nohara (2012, p. 29), “na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, exige-se do Estado a adoção de medidas de intervenção na ordem econômica e social que surtiram vários efeitos no Direito Administrativo”. Com efeito, em relação ao poder de polícia, a autora comenta que foi estendido a setores diversos, fortalecendo-se sua incidência, por

exemplo, na economia, na educação, na saúde e, até mesmo, no exercício das profissões.

Além disso, a própria ideia de serviço público, desenvolvida no decorrer do século XIX, promoveu uma mudança na postura do Estado, ao exigir deste um comportamento mais ativo e prestacional aos administrados (NOHARA, 2012). “Por outro lado, esse novo Estado prestador de serviços trouxe consigo a prerrogativa de limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo, pondo em perigo a própria liberdade”. (DI PIETRO, 2001, p. 34). Outrossim, é possível afirmar que “o rol de atividades assumidas pelo Estado como serviço público cresceu de tal modo que, ao abranger atividades de natureza social e econômica, antes reservadas aos particulares, levou a uma *crise na noção de serviço público*” (DI PIETRO, 2001, p. 34, grifado no original).

Como decorrência desse novo modo de atuação estatal, surge um Poder Executivo reforçado, com grande reflexo no campo do Direito Administrativo, sendo que as prerrogativas públicas tinham maior incidência sobre os direitos individuais (DI PIETRO, 2001). Consequentemente, o grande problema do Estado Social e que levou a inúmeras críticas a este modelo foi, segundo Nohara (2012), a manifestação de práticas antidemocráticas, ocorridas em sistemas autoritários, por meio das quais um Estado agigantado adotava uma série de imposições. Como bem ensina a autora, a ideia de Estado Máximo, conjugada com o cenário de extremismos ideológicos, favoreceu o crescimento do totalitarismo, mostrando sua pior face com os eventos da Segunda Guerra Mundial.

Isso trouxe à tona uma necessidade de revisão de diversos padrões, inclusive da própria legalidade, visto que, baseando-se na proteção conferida pela lei, foi permitido ao Estado causar extermínios em massa (NOHARA, 2012). Após as más experiências do Estado Máximo, ainda em consonância com as reflexões de Nohara (2012), buscou-se, então, uma maneira de resgatar a dimensão valorativa das criações jurídicas, tendo em mente que as normas norteadoras do Estado de Direito devem estar a serviço da humanidade. Dessa forma, na segunda metade do século XX, defende-se a criação de um Estado Democrático de Direito, visando a manutenção dos objetivos sociais do modelo de Estado anterior e, concomitantemente, a garantia de princípios democráticos sob uma ótica pós-positivista. A autora também faz menção à defesa da dignidade da pessoa humana,

positivada nas Constituições, e ao resgate da relevância dos princípios constitucionais como sendo reflexos desses anseios democráticos.

Cabe, além disso, refletir a respeito da evolução do Direito Administrativo sob a ótica dos governos e Constituições brasileiras anteriores. Conforme Di Pietro (2012), o nascimento deste ramo jurídico no país, assim como na Europa, não ocorreu no momento em que o regime predominante era a monarquia absoluta. No Brasil-colônia, “[...] ao tempo das capitanias, os respectivos donatários detinham em mãos poderes absolutos que lhes eram outorgados pelo monarca português e que abrangiam, sem qualquer controle, a administração, a legislação e a distribuição da justiça” (DI PIETRO, 2012, p. 20). Tempos mais tarde, com o Império, a partir da Constituição de 1824, há a instituição de um quarto poder, além do Legislativo, Judiciário e Executivo: o chamado Poder Moderador.

Nesse momento histórico, salienta Di Pietro (2012, p. 20, grifado no original), já se organizava uma Administração Pública, a qual, no entanto, era “[...] **regida praticamente pelo direito privado**, que o Conselho de Estado se limitava a aplicar”. Com a transição para o regime republicano, pela Constituição de 1891, elimina-se o Poder Moderador, bem como a jurisdição administrativa que era atribuída ao Conselho de Estado. Desse modo, a Administração Pública passa a se distanciar dos padrões aplicados ao direito privado. Contudo, ainda estava pouco desenvolvido o ramo do Direito Administrativo, cujas categorias jurídicas eram incertas, devido à influência do sistema da *common law* no regime jurídico que se inaugurava.

É somente a contar da Constituição de 1934 que este ramo jurídico passa por uma grande evolução. “Ao contrário da Constituição de 1891, de feição nitidamente liberal e individualista, a de 1934, que se seguiu ao movimento revolucionário de 1930, assume caráter socializante, marcado pela intervenção crescente na ordem social” (DI PIETRO, 2012, p. 21). Nohara (2012) comenta que, no Brasil, a mudança no papel do Estado, que deixa de ser “guarda-noturno” para efetivamente garantir a segurança e prestar serviços públicos, se dá com o fim da República Velha, ao iniciar-se o movimento de industrialização pelo país. Consequentemente, o Estado brasileiro se expande em termos de atuação nos campos social e econômico, ampliando-se significativamente a máquina estatal, inclusive com a instituição de novas pessoas jurídicas públicas (DI PIETRO, 2012).

Assim, neste momento, apresentavam-se no país as características do Estado Social de Direito, prestador de serviços e interventor, robustecendo o Poder Executivo.

Nas Constituições seguintes, o aparato estatal continuou se expandindo e, após o período de ditadura militar, a abertura política atingiu seu ápice com a Constituição de 1988, adotando-se expressamente no Brasil o Estado Democrático de Direito. Isto se deu como reflexo da afirmação deste modelo de Estado pela América Latina, coincidindo “[...] com a redemocratização e com o crescente questionamento da ilegitimidade de décadas de ditadura militar” (NOHARA, 2012, p. 23).

Portanto, nas palavras de Di Pietro (2012, p. 29, grifado no original),

com a Constituição de 1988, optou-se pelos princípios próprios do *Estado Democrático de Direito*. Duas ideias são inerentes a esse tipo de Estado: *uma concepção mais ampla do princípio da legalidade* e a ideia de *participação do cidadão* na gestão e no controle da Administração Pública.

Em suma, sob influência de uma perspectiva democrática, “[...] houve a revalorização da dimensão normativa dos princípios, considerados importantes parâmetros de limitação da atuação administrativa” (NOHARA, 2012, p. 31). Além do mais,

a inserção da dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa do Brasil repercutiu no Direito Administrativo com o reconhecimento de que o cidadão não deve ser visto como mero objeto da ação do Estado, mas como pessoa-sujeito a quem se deve assegurar o direito de participar de questões de seu interesse. (NOHARA, 2012, p. 32).

Di Pietro (2001) aponta um aspecto dualista do Direito Administrativo, representado pela necessidade de se conciliar o respeito aos direitos fundamentais, de um lado, com a intervenção na esfera privada, de outro, a fim de se evitar severas desigualdades sociais, ocasionadas pelo excesso de resguardo às liberdades dos indivíduos. A autora conclui pela existência de um “[...] papel *socializador* do direito administrativo, no sentido de que é por meio dele que se desenvolvem os princípios constitucionais consagradores dos direitos sociais e econômicos [...]” (DI PIETRO, 2001, p. 49, grifado no original). Também enuncia a democratização do Direito Administrativo, consubstanciada na participação popular, seja na tomada de decisões pela Administração Pública, seja no controle desta.

Destarte, por todos os aspectos que foram apresentados, pode-se concluir que “o reconhecimento formal de um novo Direito Administrativo que se submete à lei e não ao soberano ou ao Direito tradicional-costumeiro do medievo torna-o sem dúvida alguma um instrumento de libertação e não somente de dominação” (GABARDO; HACHEM, 2010, p. 159). Justen Filho (2005, p. 13), de forma sucinta, pontua que “o

percurso do direito administrativo retrata a lenta e inevitável transição do autoritarismo para a democracia”. Ele ainda defende não ser apenas a supremacia da Constituição, o princípio da legalidade e a universalidade de jurisdição que caracterizam o Estado Democrático de Direito, mas também a supremacia da soberania popular e a observação aos direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2005). Por conseguinte, “é inquestionável que toda liberdade atribuída ao agente estatal tem de ser exercitada de modo compatível com os **princípios jurídicos fundamentais**” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 13, grifo próprio).

No Brasil, essa transição do autoritarismo para a democratização fica mais evidente a partir da Constituição Federal de 1988, com a instituição de princípios no *caput* de seu artigo 37, os quais passam a nortear toda a atuação da Administração Pública. Estes princípios trazem novas diretrizes e sujeições no âmbito do Direito Administrativo, contribuindo para a ideia de boa Administração Pública. A exposição acerca desses princípios passa a ser realizada em tópico apartado, diante da sua relevância para o presente estudo.

2.2 Os princípios constitucionais orientadores do Direito Administrativo

De acordo com Larenz (1985), citado por Medauar (2013, p. 137, grifado no original), “em direito, *princípios* são fórmulas nas quais estão contidos os pensamentos diretores do ordenamento, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico”. Acrescentando-se a essa informação, pode-se dizer que os princípios são proposições normativas dotadas de um valor genérico, as quais possibilitam um correto entendimento do ordenamento jurídico, tanto na sua aplicação e integração, quanto no momento de criação das novas normas (REALE, 1974 citado por MEDAUAR, 2013).

Por sua vez, na definição apresentada por Mello (2012, p. 54),

princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Já Alexandrino, Paulo (2012, p. 185), entendem que “os princípios determinam o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa”.

Sabe-se que a Constituição tem normas, que se dividem em normas de regras e normas de princípios. Para tanto, vejam-se as características dos princípios e das regras, para, *a posteriori*, compreender seus principais pontos de distinção:

os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores obrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. (...) Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete. (BARROSO, 2003, p. 29).

Já as regras, como informa Ávila (2004, p. 70),

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

Como ensina Nohara (2012), os princípios eram vistos, até meados do século XX, apenas como sendo meros complementos às lacunas presentes no ordenamento jurídico, subordinando-se à lei. No entanto, o pós-positivismo promoveu uma mudança nesse paradigma, visto que, com a previsão de diversos princípios nas Constituições, eles passaram a ostentar um status de normas jurídicas constitucionais. Justen Filho (2005), no mesmo sentido, afirma que a doutrina se preocupou, nos últimos anos, em refletir acerca da natureza dos princípios jurídicos, de maneira que restou indiscutível a sua natureza normativa, afastando-se a visão deles como sendo algo irrelevante e sem feição vinculante.

Por esta razão, complementa Nohara (2012), que hoje é inegável o caráter cogente dos princípios, os quais manifestam um consenso social quanto aos valores essenciais que devem ser objeto de garantia no Estado Democrático de Direito. Aliás, alguns doutrinadores, como é o caso de Justen Filho (2005), defendem que os princípios teriam uma obrigatoriedade maior do que as regras. Tal se deve ao fato de eles traduzirem valores fundamentais, expressando os principais propósitos de uma

Nação. Assim, pode-se afirmar que “a regra traduz uma solução concreta e definida, refletindo escolhas instrumentais. Já o princípio indica uma escolha axiológica, que pode concretizar-se em diversas alternativas concretas” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 52).

Ademais, pondera Justen Filho (2005, p. 52) que “a função do princípio reside, basicamente, em excluir a validade das alternativas que sejam contraditórias com os valores nele consagrados”. E é exatamente devido a essa carga valorativa que, conforme Mello (2012), a violação de um princípio é muito mais grave que a de uma norma, pois não ocorre a ofensa somente a um mandamento específico, e sim a todo o sistema de ordens, deturpando-se seus valores fundamentais.

No âmbito do Direito Administrativo, como expõe Medauar (2013), a relevância dos princípios se sobressai, haja vista se tratar de um Direito recente e que não está codificado. Sendo assim, eles possibilitam o entendimento e o fortalecimento dos institutos do ramo, contribuindo para a solução de situações imprevistas e para a correta assimilação dos textos esparsos, além de transmitir, aos administrados, maior segurança em relação a seus direitos e deveres.

No mesmo sentido, apresentam-se as colocações de Di Pietro (2012), a qual assevera que os princípios, considerando a origem pretoriana e a não codificação do Direito Administrativo, sempre assumiram uma relevante posição neste ramo, possibilitando, tanto à Administração quanto ao Judiciário, que promovessem o devido equilíbrio entre prerrogativas da Administração e direitos dos cidadãos administrados.

Para Justen Filho (2005), há uma grande importância assumida pelos princípios no campo do Direito Administrativo, pois a atividade administrativa pressupõe o exercício de poderes-deveres, havendo uma vinculação quanto ao fim que deve ser alcançado. Ocorre que, muitas vezes, a conduta adequada não está determinada pelo Direito, tornando-se necessário observar as circunstâncias específicas para cada caso. Entretanto, destaca o autor, isso não significa que o agente poderá escolher livremente a conduta a ser praticada. “Nessas situações, pode haver alguma liberdade de autonomia quanto ao meio a adotar, e os princípios serão o instrumento normativo adequado para evitar escolhas inadequadas”. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 52).

Portanto, considera-se que todos os atos e atividades da Administração Pública devem observar os padrões estabelecidos pelos princípios, já que eles representam os fundamentos da ação administrativa (MEIRELLES, 2010). Lembre-se que as regras traduzem os mandados dos princípios, ou seja, elas vão trazer a determinabilidade do

que fazer ou não fazer, em consonância com o conteúdo dos princípios. Assim, na visão do doutrinador, “relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais” (MEIRELLES, 2010, p. 88).

De acordo com Alexandrino, Paulo (2012), os princípios fundamentais que orientam toda a atividade administrativa estão consagrados, seja de forma explícita ou implícita, na Constituição Federal de 1988. Esta, por sua vez, prevê expressamente, no *caput* de seu artigo 37, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Já a Lei nº 9.784 de 1999, que trata do processo administrativo federal, elenca os seguintes princípios: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Finalmente, quanto aos princípios implícitos, destacam-se a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público, que constituem o objeto de estudo mais aprofundado no presente trabalho.

É certo que são vários os princípios referenciados pela mais diversa doutrina do Direito Administrativo, todos possuindo sua carga de importância. No entanto, em vista da enorme relevância que assumem os princípios indicados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, os quais irradiam no conteúdo e, inclusive, na razão de existência dos demais princípios, apresentar-se-ão algumas considerações sobre os que estão previstos nesta norma constitucional.

2.2.1 Princípio da legalidade

Em conformidade com a lição de Meirelles (2010, p. 89), o princípio da legalidade “[...] significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido [...]”. O doutrinador enfatiza que toda atividade administrativa somente será eficaz caso haja atendimento ao Direito e à lei, de modo que a legalidade importa não apenas na observância desta, mas também dos princípios administrativos. Ainda no estudo deste princípio, comenta o seguinte:

na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o

particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”. (MEIRELLES, 2010, p. 89, grifado no original).

Gasparini (2007) aponta que o agente público se sujeita ao princípio em comento, porquanto, por estar atrelado à lei, em existindo desvio de sua competência, poderá o ato se configurar inválido e repercutir na responsabilização de seu autor, disciplinar, civil ou criminalmente, dependendo da situação. Além disso, este autor atenta para o fato de que a legalidade não é aplicável apenas à atividade administrativa, mas também se estende às demais atividades estatais: a legislativa e a jurisdicional.

Em síntese, nos dizeres de Mello (2012), o princípio da legalidade é um contraponto a qualquer forma de exaltação pessoal por parte dos governantes, um contraste a qualquer manifestação de poder autoritário. Estão contidas, em seu íntimo, a noção de soberania popular e a valorização da cidadania. “Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática”. (MELLO, 2012, p. 104). Disso, extrai-se que a atividade administrativa, seja pela tomada de decisões ou pela adoção de comportamentos, nada mais faz do que concretizar aquilo que de alguma forma já se encontra abstratamente previsto nas leis.

2.2.2 Princípio da impessoalidade

Segundo Gasparini (2007), este princípio implica na necessidade de que a atividade administrativa seja dirigida a todos os cidadãos em geral, sem discriminações de qualquer tipo ou direcionamento a alguma pessoa. Mello (2012, p. 117) estabelece que “[...] a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas. [...] Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa [...]”.

Por sua vez, Meirelles (2010) faz uma associação ao princípio da finalidade, enfatizando que ele implica no dever de o administrador público produzir o ato destinando-o ao seu fim legal, que se trata do objetivo indicado pela norma jurídica, de modo expresso ou implícito. Esta finalidade, conforme o autor, sempre será atender ao interesse público, de modo inafastável, sob pena de se configurar o desvio de finalidade, com a conseqüente invalidade do ato.

Assim, não se permite ao agente público a prática de um ato tão somente para satisfazer interesses próprios ou privados, sejam decorrentes de favoritismo ou de perseguição, em detrimento do interesse público. Ainda, o autor considera que o princípio em discussão se correlaciona com o princípio da igualdade, na medida em que a Administração Pública deve promover um tratamento igualitário a todos aqueles que estão em idêntica situação (MEIRELLES, 2010). Este também é o entendimento de Mello (2012), para o qual a impessoalidade trata-se do próprio princípio da igualdade.

Há que se observar, ademais, que a doutrina interpreta este princípio de várias formas. Com efeito, Silva (2012, p. 669) assevera que o princípio da impessoalidade “significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário”.

Como exemplos de aplicações concretas do princípio, Mello (2012) cita a exigência de concurso público para a ocupação de cargo, função ou emprego público, bem como a exigência de prévia licitação para a celebração de contratos com a Administração Pública. Enfim, de acordo com Medauar (2013), todas essas colocações exprimem a intenção fundamental de se impedir que critérios pessoais e subjetivos venham a nortear e influenciar os fins almejados pela atividade administrativa.

2.2.3 Princípio da moralidade

O princípio da moralidade, para Mello (2012), guarda a ideia de que a Administração e os agentes devem agir obedecendo aos princípios éticos, pautando-se pela lealdade e pela boa-fé. Conseqüentemente, a Administração deve atuar de forma honesta e franca ao se relacionar com os administrados, sendo vedado a ela a adoção de qualquer conduta maliciosa, no intuito de enganar, prejudicar ou obstaculizar o exercício de direitos pelos cidadãos.

Conforme Meirelles (2010, p. 90, grifado no original),

cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao *legal* se ajunte o *honesto* e o *conveniente* aos interesses sociais.

Dessa maneira, tem-se que o ato administrativo precisa atender, além da lei jurídica, à lei ética da instituição, já que aquilo que é legal nem sempre é honesto (HAURIOU, 1926 citado por MEIRELLES, 2010). Ocorre que, consoante o exposto por Medauar (2013), este princípio é difícil de ser resumido em poucos vocábulos, devido à grande variedade de condutas deturpadoras dos reais fins da Administração Pública. É por isso que, “em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual, ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada” (MEDAUAR, 2013, p. 143).

Todavia, Mello (2012) entende não ser possível de ser considerada qualquer ofensa à moral social como ofensiva ao princípio em questão. Em seu entendimento, “[...] este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade [...]” (MELLO, 2012, p. 123).

Finalmente, Gasparini (2007) esclarece que alguns doutrinadores consideram a probidade administrativa como um princípio distinto da moralidade, enquanto que outros defendem que seria uma espécie do princípio da moralidade. Para este autor, contudo, não existem aspectos que possibilitem tratá-los como princípios distintos. Ele afirma que a probidade “[...] é apenas um particular aspecto da moralidade administrativa que recebeu da Constituição Federal um tratamento próprio, na medida em que atribuiu ao ímprobo a pena de suspensão dos direitos políticos” (GASPARINI, 2007, p. 11).

2.2.4 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade “[...] torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública direta e indireta, para conhecimento, controle e início de seus efeitos” (GASPARINI, 2007, p. 11). De acordo com Mello (2012), o este princípio evidencia o dever da Administração Pública de ser transparente em suas práticas. A própria afirmação de um Estado Democrático de Direito, com o fundamento de que o poder emana do povo, impede que sejam ocultados os assuntos de interesse dos administrados, como enuncia este doutrinador.

De um modo mais abrangente, Moreira Neto (2005, p. 83, grifado no original) alega que

[...] no Direito Público e no Administrativo, em particular, o *princípio da publicidade* assoma como o mais importante princípio instrumental, indispensável para a sindicabilidade da legalidade, da legitimidade, e da moralidade da ação do Poder Público, pois será pela *transparência* dos seus atos, ou, como mais adequadamente pode ser expressado, por sua *visibilidade*, que se tornará possível constatar a sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica e, em consequência, serem aplicadas as várias modalidades de controle nela previstos.

Já Meirelles (2010) informa que a regra geral é a publicação dos atos administrativos, somente sendo permitido o sigilo para casos restritos, por exemplo, os que envolvam segurança nacional, interesse maior da Administração – devendo neste caso ser garantido em processo declarado sigiloso – ou investigações policiais. Ainda, expõe que a publicidade não constitui um elemento de formação do ato, mas sim trata-se de requisito de eficácia e de moralidade. “Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige”. (MEIRELLES, 2010, p. 96). Em suma, a importância da publicidade se verifica na medida em que permite o controle, pelos administrados, do agir da Administração Pública (GASPARINI, 2007).

2.2.5 Princípio da eficiência

A respeito do princípio da eficiência, Moreira Neto (2005) apresenta como sendo a melhor execução possível da gerência dos interesses públicos, visando a total satisfação dos cidadãos com os menores gastos para a sociedade. Como explica Medauar (2013), com a inclusão deste princípio no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, ele passa a orientar todo o agir da Administração Pública. Assim, relacionando-se com a ideia de ação, o objetivo passa a ser a produção de resultados que atendam aos anseios da população, de forma rápida e precisa.

Para Meirelles (2010, p. 98, grifado no original), “o *princípio da eficiência* exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”. Por meio deste princípio, entende-se que não basta o desempenho da função administrativa apenas atendendo à legalidade, mas que também devem ser obtidos resultados positivos pelo serviço prestado e um adequado atendimento às necessidades da coletividade (MEIRELLES, 2010).

Por seu turno, Gasparini (2007) fala na realização das atribuições administrativas privilegiando a rapidez, a perfeição e o rendimento. A primeira, implica em evitar procrastinações; a segunda, em utilizar os conhecimentos existentes para que a execução das atribuições ocorra da melhor maneira possível; e o terceiro refere-se aos resultados, que devem ser positivos e satisfatórios. Com isso tudo, busca-se alcançar uma maior quantidade de beneficiados.

Dessa forma, “busca-se o atingimento de objetivos traduzidos por boa prestação de serviços, do modo mais simples, mais rápido, e mais econômico, melhorando a **relação custo/benefício** da atividade da Administração” (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 202, grifado no original). Resta dizer que, em observância ao princípio da eficiência, o administrador necessita encontrar a solução que melhor consagra o interesse público, realizando um grande aproveitamento dos recursos que tem à sua disposição (ALEXANDRINO; PAULO, 2012).

Já conforme Bitencourt (2013), embora o método que leve ao melhor resultado seja visto como o mais eficiente, isto não é o bastante, pois existem outros parâmetros para realizar-se a avaliação do grau de eficiência, mesmo quando os objetivos alcançados sejam idênticos. Segundo a autora, em certos casos, tal avaliação dependerá de recursos que não se relacionam diretamente com as perspectivas em torno das possibilidades de realização de um dado. Há, dessarte, um problema no tratamento da eficiência somente sob o ponto de vista da economicidade, eis que a ideia de custo não pode ser tida como absoluta para determinar se o ato foi eficiente ou não. Torna-se necessário estipular padrões pelos quais se possa comparar variadas medidas, todas proporcionais, a fim de investigar os resultados obtidos (BITENCOURT, 2013).

Por fim, em vista dessas ideias, pode-se dizer que o princípio da eficiência deve ser analisado de uma forma sistêmica. Ou seja, é preciso verificar se os resultados obtidos com um determinado modo de agir da Administração Pública trazem mais benefícios para os administrados, conforme as peculiaridades de cada caso. Assim, as necessidades de cada local devem ser levadas em consideração ao verificar se ela está sendo eficiente ou não em seu agir. Ademais,

[...] a ideia de eficiência administrativa não deve se pautar apenas no aproveitamento de meios e recursos colocados à disposição dos agentes públicos; deve também abranger a relação dos meios utilizados e dos resultados obtidos em face das necessidades públicas existentes. (NOHARA, 2012, p. 90).

Apesar disso, em conformidade com Nohara (2012, p. 91, grifado no original), não se deve perseguir os resultados a qualquer custo, desconsiderando quais os meios que estão sendo utilizados. Isso porque “[...] a eficiência é princípio que deve ser **harmonizado** com os demais, não podendo se sobrepor à legalidade, na medida em que os meios legais veiculam garantias importantes [...]”.

Concluindo, estes cinco princípios constitucionais norteadores do Direito Administrativo destacam-se justamente pela sua interligação entre si e com os demais princípios existentes neste ramo jurídico. Aliás, dentre estes últimos, merece especial atenção o princípio da motivação. Optou-se, no presente trabalho, por discorrer acerca deste em um tópico próprio, que segue abaixo, tendo em vista a importância que a motivação assume no Direito Administrativo democrático, como uma forma de submeter a Administração Pública aos princípios constitucionais.

2.3 O agir público pautado pela motivação dos atos administrativos: uma superação da mera motivação formal

Para que seja possível dar maior ênfase à necessidade de a Administração Pública motivar os seus atos, cabe inicialmente definir o que se entende por motivação. De acordo com Nohara (2012, p. 102),

motivação é o ato ou efeito de motivar, isto é, de justificar um ato ou medida tomada. Significa, em Direito Administrativo, explicitar os fatos e os fundamentos jurídicos que levaram a Administração Pública a editar um ato ou tomar uma medida.

Por sua vez, Mello (2012, p. 115), ao falar sobre o princípio da motivação, assevera que este “implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada [...]”. Já para Justen Filho (2005), a motivação está ligada à exposição escrita do processo mental do agente, em razão dos fatos e do direito, permitindo que a regularidade do ato seja objeto de controle, visto que são exteriorizados os fundamentos que orientaram sua conduta num determinado sentido.

Cabe destacar a diferença entre motivo e motivação. O primeiro, segundo Nohara (2012, p. 197) é um “[...] pressuposto de fato e de direito que autoriza a

Administração a praticar um ato administrativo”. Já a segunda, conforme continua a autora, consiste na exteriorização dos motivos, que são anteriores à edição do ato, servindo para justificar a sua prática. Assim, de acordo com Alexandrino, Paulo (2012, p. 471, grifado no original), “a motivação faz parte da **forma** do ato, isto é, ela integra o elemento forma e não o elemento motivo”. Trata-se de uma formalidade, de maneira que, “se o ato deve ser motivado para ser válido, e a motivação não é feita, o ato é nulo por **vício de forma** (vício insanável) e **não** por vício de motivo” (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 471, grifado no original).

No entanto, nem sempre se exigiu que a Administração Pública procedesse à motivação dos seus atos. Em consonância com o narrado por Medauar (2013), a não obrigatoriedade de explicitar os motivos do ato vigorou por um longo tempo no Direito Administrativo, período em que isto era a regra geral, enquanto que a exceção seria quando a norma impusesse este dever explicitamente. A doutrinadora afirma que, desde a década de 70, vem ocorrendo a inversão dessa tendência, pois tem predominado a exigência quanto à motivação dos atos que são praticados pela Administração, especialmente nos casos em que ocasionam restrições a direitos ou atividades, aplicação de sanções e imposições, dentre outros casos (MEDAUAR, 2013).

No Brasil, essa inversão de tendência é especialmente percebida pela ênfase no dever de motivar que consta na Lei nº 9.784/99, a qual regulamenta o processo administrativo na seara federal. Observe-se o teor de seu artigo 50, bem como do parágrafo primeiro deste mesmo dispositivo:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

A motivação dos atos administrativos, nos apontamentos de Meirelles (2010), revela-se como uma exigência do Direito Público e, ainda, da própria legalidade governamental, estando incorporada no regime político brasileiro. O autor recorda que, com a transição do Estado Absolutista, no qual predominava a vontade do monarca com imperatividade de lei, para o Estado de Direito, em que somente prevalece a vontade das normas jurídicas, não há uma autoridade pessoal do governante, mas sim a autoridade impessoal da lei.

À vista disso, de acordo com Freitas (2007), na atual situação do Direito Administrativo, nomeada pelo doutrinador como era da racionalidade aberta, impõe-se ao bom administrador público o dever de externar os fundamentos fáticos ou de direito que embasam a prática do ato vinculado ou discricionário. Por conseguinte, explana o autor que “[...] os atos administrativos passam a ser controláveis sob o influxo do *direito administrativo da motivação*, em harmonia com a afirmação crescente do *núcleo essencial dos direitos fundamentais* [...]” (FREITAS, 2007, p. 50, grifado no original).

Deve-se observar, ainda, algumas considerações doutrinárias atinentes ao ato administrativo. Segundo Medauar (2013, p. 153, grifado no original),

o ato administrativo constitui, assim, um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade.

Já Mello (2012), após delinear o conceito de ato administrativo, apresenta as suas características, que no entender do autor são as seguintes: o caráter de manifestação geradora de efeitos jurídicos; a sua proveniência do Estado ou de pessoas que exercem prerrogativas estatais; a utilização de autoridade, devido às prerrogativas públicas; o fato de consistir em providências jurídicas que complementam a lei ou a própria Constituição, visando dar-lhes cumprimento; e a sujeição à análise de legitimidade por meio de órgão jurisdicional.

Nesse sentido, conforme bem explicado pelo autor Zimmer Júnior (2009, p. 156), “o ato administrativo é uma das manifestações da supremacia da Administração Pública, pois explicita uma margem de autoridade do Estado, pressionado pela realização de uma série de deveres”. Assim sendo, o doutrinador chega à conclusão de que “o ato administrativo é, pois, a manifestação da vontade da Administração e,

por meio dele, pode-se estabelecer uma obrigação ao particular, porque envolve criar, extinguir ou modificar direitos, independentemente do consentimento do particular” (ZIMMER JÚNIOR, 2009, p. 156).

A discussão acerca dos atributos dessa vontade que se manifesta no ato administrativo é igualmente abordada por diversos administrativistas. Justen Filho (2005, p. 183) argumenta que “a vontade do indivíduo que exercita função pública é legitimada pelo direito como instrumento necessário ao desempenho das funções públicas e nos limites em que tal seja realizado”. Dessa maneira,

[...] o ato administrativo é uma manifestação da vontade, mas não em sentido idêntico ao que se passa no direito privado. A formação da vontade administrativa se subordina a uma procedimentalização e a regras formais não existentes no âmbito privado. Trata-se de submeter o exercício do poder estatal a restrições destinadas a impedir atos abusivos – vale dizer, atos que reflitam uma vontade arbitrária, prepotente e reprovável. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 184).

Por seu turno, Medauar (2013) enuncia que, apesar de em muitas definições de ato administrativo ser feita menção a uma manifestação de vontade por parte do Estado, isto não implica em considerar a vontade como um fator subjetivo, sendo que, atualmente, ela deve ser entendida como um momento objetivo, eis que, na tomada de decisões administrativas, deverão ser observados os seus efeitos no todo. Isto significa que “a expressão ‘vontade administrativa’ indica, então, a vontade que é objetivamente vinculada à satisfação das necessidades coletivas, formada segundo as imposições de uma democracia republicana” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 184, grifado no original).

Meirelles (2010), no entanto, pondera que, tratando-se de Direito Público, torna-se irrelevante analisar a vontade do administrador, já que seus desejos pessoais não possuem validade jurídica e eficácia administrativa caso não se encontrem embasados na legalidade e no Direito.

Da reflexão quanto ao caráter da vontade na formação de tais atos, Justen Filho (2005) apresenta como decorrências concretas: o controle jurídico acerca do desenvolvimento da vontade estatal, evitando a produção de atos abusivos ou arbitrários; o fato de não se mostrar suficiente a vontade subjetiva como forma de validar o ato, necessitando haver conformidade entre a vontade e o direito para que ele seja considerado válido; e a compatibilidade objetiva, na formação do ato, entre a vontade externada e o atendimento às necessidades coletivas.

No ponto de vista de Mello (2012), a relevância da análise da vontade na prática dos atos administrativos só se dá naqueles que são discricionários, pois estes exigem do administrador um sopesamento das circunstâncias em concreto, o que inevitavelmente leva a uma apreciação subjetiva quanto ao melhor modo de agir para atender adequadamente aos fins legais. Tratando-se de atos completamente vinculados, não há importância na análise da vontade, porque a lei predeterminou a única forma de comportamento administrativo em vista de um motivo já previsto, impossibilitando o exame subjetivo quanto a sua existência (MELLO, 2012).

Entretanto, a distinção do papel da vontade com relação ao tipo de ato administrativo – se discricionário ou vinculado – em nada altera a obrigatoriedade de motivação. É o entendimento de Di Pietro (2012, p. 82), quando esta diz que “a sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos”.

As considerações de Justen Filho (2005, p. 258) são igualmente nesse sentido, ao afirmar que “a motivação é relevante tanto no tocante a competências discricionárias como quanto a escolhas vinculadas”. O doutrinador argumenta que, quando se trata de discricionariedade, a autonomia de escolha conferida ao agente não equivale a uma inexistência de controle, sendo indispensável que este agente demonstre os fundamentos que o fizeram optar por uma das possibilidades possíveis, para que possa justificar sua prática como sendo a mais satisfatória e apropriada. Logo, essa autonomia de escolha deve ser direcionada para o melhor exercício da função administrativa (JUSTEN FILHO, 2005). Já a respeito da atividade vinculada, “o agente tem de produzir a motivação do ato para demonstrar que os pressupostos indicados por lei para o exercício da competência estavam presentes” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 259).

Ainda, este autor traz outro argumento para a necessidade de motivação tanto de atos discricionários quanto vinculados. Esse argumento repousa na ideia de que o Direito Administrativo regula os motivos do ato administrativo, seja para os casos de discricionariedade, seja para os de vinculação. Desse modo, a falta de motivação faz com que se desconheça os motivos orientadores da conduta, impedindo a avaliação destes. Por último, salienta que motivação e motivo não se confundem, visto que a primeira significa a exteriorização das razões que levaram à realização do ato, enquanto que o segundo é a causa interna ao agente, de cunho psicológico (JUSTEN FILHO, 2005).

Para Freitas (2007), a motivação é cogente para os atos discricionários e vinculados, possibilitando que sejam verificados eventuais vícios que os acometam. Este autor defende que nunca a autoridade pública deve ser desobrigada do dever de motivar satisfatoriamente, inclusive tratando-se de atos vinculados, eis que a vinculação se condiciona não apenas à legalidade, mas também aos princípios. Assim, “[...] ao se pleitear uma motivação idônea e séria dos atos administrativos discricionários e vinculados, não se adota aquela noção de sistema segundo a qual as normas guardariam entre si uma relação apenas de forma, destituída de conteúdo” (FREITAS, 2007, p. 53).

Há de se observar, também, que os atos administrativos que forem realizados sem uma satisfatória e tempestiva motivação são ilegítimos e passíveis de invalidação na via judicial, já que uma fundamentação em atraso, após a impugnação em juízo, não garante que os motivos existiram ou que efetivamente foram os que serviram de base ao ato questionado (MELLO, 2012).

Outro apontamento pertinente trazido por Justen Filho (2005, p. 239), ao tratar sobre os princípios a serem observados durante o processo administrativo, é de que “[...] a motivação não significa a mera invocação da norma constitucional ou legal atributiva da competência para decidir. Consiste na indicação dos fundamentos de direito e de fato que dão supedâneo às conclusões do agente administrativo”. Ou seja, deve-se exteriorizar a completa análise do caso, contemplando a avaliação dos fatos e os processos de valoração adotados para a decisão (JUSTEN FILHO, 2005).

De um modo geral, em contraponto ao direito privado, há uma maior preocupação no ato administrativo quanto ao seu aspecto formal porque, ao atender à forma, bem como ao procedimento, é mantida uma garantia jurídica tanto para os administrados quanto para a Administração, o que também possibilita o seu controle por estes e pelos outros Poderes do Estado (DI PIETRO, 2012).

Assim sendo, como defende Mello (2012), o dever de motivação dos atos da Administração Pública tem sua importância porque se relaciona com a própria ideia de cidadania. No entendimento do autor,

[...] o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se sujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis. (MELLO, 2012, p. 116, grifado no original).

Ao encontro da reflexão acima explicitada, os autores Alexandrino, Paulo (2012, p. 471) discorrem em sua obra que

o fundamento da exigência de motivação é o princípio da transparência da administração pública (que deriva diretamente do princípio da publicidade), cuja base mediata é o princípio da indisponibilidade do interesse público. De forma mais ampla, a cidadania fundamenta a exigência de motivação, uma vez que esta é essencial para assegurar o efetivo controle da administração, inclusive o controle popular.

Na visão de Freitas (2007), considerando a importância que assumem os direitos fundamentais, cada vez mais é fortalecida a exigência quanto ao dever de bem motivar, pela conscientização de que o poder deve ser exercido a favor de tais direitos. “Nesse passo, sobe a *ênfase para o dever de motivação*, que não se deixa aprisionar em manifestações lacônicas e mutiladoras, como sói acontecer nas criticadas posturas reducionistas e identificadoras de direitos e leis” (FREITAS, 2007, p. 55, grifado no original).

Com relação ao cenário do país, o doutrinador observa que ainda falta muito para ser realmente observado esse dever, de modo que, devido ao aumento da liberdade no desempenho das funções públicas, verifica-se uma certa resistência ao seu cumprimento. Nessa toada, salienta os principais motivos pelos quais é necessário consagrar urgentemente o dever de motivação: primeiro, porque uma motivação coerente apresenta razões que permitem ir além do mero formalismo; segundo, porque torna efetivo o princípio da impessoalidade, ao impedir o predomínio das vontades particulares e dar possibilidades reais para a consagração do interesse público; terceiro, porque serve para impedir danos indenizáveis, que afetem direitos de terceiros; e quarto, porque gera um ambiente confiável quanto às relações administrativas, até mesmo para garantir políticas públicas contínuas e estáveis (FREITAS, 2007).

Mello (2008, p. 86), por seu turno, analisa a relevância da motivação afirmando o seguinte:

todo e qualquer ato administrativo, provenha de onde provier – Legislativo, Executivo ou Judiciário – tem requisitos para sua válida expedição. Dentre eles, de par com estrito respeito a finalidade que a lei assinala para o ato, avulta a exigência que a conduta administrativa esteja estribada nos pressupostos fáticos, isto é, nos motivos que a norma jurídica tomou em conta ao autorizar ou exigir dada providência. [...] Os poderes administrativos são irrogados para que, em face de determinadas situações, o agente atue com vistas ao escopo legal. Donde, o motivo é a demarcação dos pressupostos

fáticos cuja ocorrência faz deflagrar in concreto a competência que o agente dispõe em abstrato.

Em conformidade com Bitencourt (2013), o gestor público deve, de forma obrigatória, observar a motivação, a qual associada a outros fatores possibilitará o controle das escolhas da Administração Pública, na execução e implementação dos atos. Essa atual ênfase no dever de motivação está interligada com a judicialização da Administração Pública, isto é, a ideia de que a forma de agir da Administração seja similar à forma de agir dos órgãos jurisdicionais. Além disso, segundo a autora, considerando que o motivo legal constitui um elemento do ato administrativo, a ausência de sua indicação impede que o Poder Judiciário verifique se o motivo efetivamente existiu no mundo dos fatos, prejudicando o controle judicial da validade deste ato.

Sendo assim, compreende-se corretamente o conteúdo de uma decisão administrativa por meio das justificativas que forem apresentadas. De acordo com Enterría, Fernandes (2000, p. 48), “a motivação é um meio técnico de controle da causa do ato. Por isso, não é um simples requisito meramente formal, mas de essência”. Ainda, como pontua Bitencourt (2013), tratando-se de políticas públicas, não se deve olhar apenas sob a ótica de uma motivação formal, eis que, neste caso, somente haveria o controle quanto aos motivos do ato quando este estivesse em contrariedade com uma demanda social protegida pela Constituição. Contudo, há uma ampla gama de demandas que podem ser objeto de decisão administrativa. É nesse ponto que se sobressai a ideia de motivação substancial.

Significa, basicamente, a configuração de pressupostos reais e motivos adequados a justificar uma decisão, tornando-a legítima e conduzindo a um parâmetro valorativo que a fundamente no caso concreto (BITENCOURT, 2013). Esta motivação substancial é mais perceptível nos atos discricionários, já que nestes não basta vincular o fato a um dispositivo de lei. Nesse caso, torna-se imprescindível que a motivação preencha o conteúdo do proclamado interesse público, a fim de que seja possível entender o motivo da tomada de determinada decisão para o caso concreto. Logo, como na discricionariedade a gama de possibilidades de atuação do administrador é maior, conseqüentemente o dever de motivar surge como algo que legitima e valida os atos, numa perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Portanto, “[...] trata-se de erro grave a falta de motivação. E, na condição de erro grave, merece ser tratada, se se quiser vivenciar a era da motivação dos atos

administrativos discricionários e vinculados” (FREITAS, 2007, p. 60). Porém, segundo o próprio autor, esta era está longe de ser assegurada, tornando-se obrigatório concretizá-la imediatamente, pois ela é a defesa do cidadão contra os atos arbitrários e os desvios (FREITAS, 2007).

Em suma, o dever de motivar imposto à Administração Pública, aos olhos do Direito Administrativo atual, precisa ser encarado não apenas como uma mera formalidade, mas também como uma maneira de dar maior proteção aos administrados sempre que alguma decisão será exteriorizada pelos agentes públicos. Abandona-se a ideia de uma mera motivação formal, pela qual a Administração se apoiava apenas na legalidade para fundamentar o ato praticado, para que se passe a falar em motivação substancial, isto é, efetivamente expor as razões detalhadas pelas quais se optou por praticá-lo, da maneira como foi praticado.

Exatamente por assumir uma grande importância no momento de se realizar o controle da atividade administrativa, entende-se que a motivação é fundamental para estabelecer o conteúdo do chamado interesse público e proclamar a sua supremacia e indisponibilidade. Devido a isto, no capítulo seguinte, o presente estudo parte para a abordagem de tais princípios.

3 A SUPREMACIA E A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO À LUZ DE UMA ADMINISTRAÇÃO DEMOCRÁTICA: A SUPERAÇÃO DE UM TERMO INDETERMINADO

O Direito Administrativo, como se observa pelo anteriormente exposto, foi sendo profundamente afetado pelas transformações ocorridas a cada modelo de Estado instituído, desenvolvendo-se na medida das novas concepções. Nesse sentido, ao acompanhar os ideais propagados com o Estado Democrático de Direito, esse ramo jurídico passa a se preocupar com uma atuação democrática da Administração Pública, que respeite os direitos e garantias fundamentais dos administrados, mas que, ao mesmo tempo, promova o bem-estar de toda a população.

Justamente em função dessa grande responsabilidade incumbida ao Estado, o ordenamento jurídico brasileiro confere prerrogativas e limitações à Administração Pública, a fim de que esta consiga cumprir com seu objetivo primordial: atingir o interesse público. Como fundamento para tais prerrogativas e limitações, a doutrina administrativista costuma mencionar dois princípios que orientam a atividade administrativa, quais sejam, a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público. No entanto, seguidamente surgem questionamentos em torno de tais conceitos, bem como se verificam algumas controvérsias acerca de sua aplicação, visto que, à primeira vista, tratam-se de termos indeterminados.

É sob esse prisma que se torna imperioso analisar os vários aspectos desses princípios, cuja correta compreensão quanto ao seu conteúdo possibilitará a posterior análise de sua invocação pela jurisprudência, como forma de justificar a atuação da Administração Pública. Dessa forma, o presente capítulo abordará o tratamento histórico conceitual dos princípios em questão e algumas das dimensões segundo as quais eles podem ser compreendidos. Parte-se, primeiramente, no tópico que segue, para a abordagem em torno de sua conceituação histórica.

3.1 O tratamento histórico-conceitual da supremacia e indisponibilidade do interesse público

Segundo o que expõe Hachem (2011, p. 14), “a supremacia do interesse público foi afirmada como norma jurídica norteadora do regime jurídico-administrativo a partir de construções doutrinárias, delineadas ao final da década de 1960”,

principalmente em razão das teorias desenvolvidas pelo doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello. Após as suas reflexões acerca do instituto, houve uma grande recepção pelos demais doutrinadores brasileiros da área e, inclusive, pela própria jurisprudência nacional, que passou a adotar o princípio para fundamentar suas decisões. Contudo, ocorreu que tanto a doutrina como a jurisprudência, ao abordar ou aplicar o princípio em certos casos, foram incidindo em equívocos (HACHEM, 2011).

O autor ainda assevera que o que havia antes das formulações de Celso Antônio Bandeira de Mello eram apenas menções esparsas na doutrina, no sentido de que o interesse público deveria se sobrepor em relação ao interesse privado, porém, sem existir algo bem definido. Foi por meio de um artigo publicado em 1967 na Revista de Direito Público, em São Paulo, que surgiu a formulação teórica acerca do princípio. Neste estudo, intitulado “o conteúdo do regime jurídico-administrativo e o seu valor metodológico”, Mello dedicou-se a traçar os elementos fundamentais que regiam o Direito Administrativo naquela época (HACHEM, 2011).

No artigo, Mello (1967) comentava que a bibliografia internacional da área jurídica administrativa não despendia muita atenção quanto ao regime jurídico administrativo, considerado como um ponto de articulação entre os princípios e normas do ramo do Direito Administrativo. Sendo assim, ele considera o regime jurídico administrativo como uma categoria jurídica básica, entendendo o Direito Administrativo como sendo um sistema dotado de coerência e de lógica, apontando, em seguida, o que ele chama de “pedras de toque” desse regime. Nesse sentido,

partindo do universal para o particular, diríamos que o direito administrativo, entroncado que está no direito público, reproduz, no geral, as características do regime de direito público, acrescidas àquelas que o especificam dentro dele. Aquêle resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares. (MELLO, 1967, p. 9).

Essa caracterização trata-se da exigência de uma disciplina normativa própria, delimitada principalmente pelo enaltecimento de dois princípios: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos (MELLO, 1967). Todavia, não se deve ter a pretensão de outorgar um valor absoluto a estes princípios, isto é, não devem ser considerados como fatores intrínsecos, perenes e imutáveis. “Dá-se-lhes importância fundamental porque se julga que foi o ordenamento jurídico que assim os qualificou”. (MELLO, 1967, p. 10). Assim sendo, o sistema de Direito Administrativo, como um todo, se estrutura sobre esses dois

princípios, sendo digno de análise mais aprofundada. Primeiramente, a respeito da supremacia do interesse público sobre o privado, enuncia:

trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dêle sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento dêste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. (MELLO, 1967, p. 12).

Sendo assim, como implicações deste princípio, destaca-se a posição privilegiada, nos tratos com particulares, do órgão que seja incumbido de garantir o interesse público e a sua posição de supremacia nessas relações. Quanto à primeira, pode-se dizer que é percebida devido aos benefícios atribuídos pela ordem jurídica, com o fito de assegurar a defesa dos interesses públicos, munindo os órgãos que os representam, de forma a possibilitar o cumprimento de seu encargo. Como forma de exemplificar, tem-se os seguintes institutos: a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos; o prazo em dobro nas manifestações em processo judicial; a Administração como ré na maioria das demandas em que participa, transmitindo os ônus de prova ao particular, na condição de autor; e os prazos especiais de prescrição para ações envolvendo o Poder Público (MELLO, 1967).

Em relação à posição de supremacia, ele pondera que esta se expressa muitas vezes na ideia de verticalidade nas relações estabelecidas entre a Administração e os particulares, diferentemente da horizontalidade, característica das relações somente entre particulares. Dessa maneira, o Poder Público está em uma situação de comando, havendo, “[...] como indispensável condição, para gerir os interesses postos em confronto, a possibilidade, em favor da Administração, de *constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral* daquela” (MELLO, 1967, p. 12, grifado no original). Também permite que a Administração modifique as relações já constituídas, de forma unilateral.

Outra correlação apresentada é entre a posição de supremacia e o poder de polícia administrativa, exercido pela Administração como forma de resguardar o bem-estar coletivo. Por meio disto, torna-se possível que o interesse privado seja adequado aos interesses públicos, seja pela limitação ou condicionamento de seu exercício. “Não se deve, entretanto, perder de vista que o exercício de tal poder pressupõe sempre uma habilitação legal expressa ou implícita”. (MELLO, 1967, p. 13).

Como resultado da ligação entre a posição privilegiada e a posição de supremacia, Mello (1967) aponta a exigibilidade e a excoutoriedade dos atos administrativos, bem como a revogabilidade e anulabilidade desses atos por parte da própria Administração, representando a denominada autotutela. Embora enfatize tais decorrências, o autor salienta que elas “[...] têm lugar na conformidade do sistema normativo, segundo seus limites e condições, respeitadas os direitos adquiridos e atendidas as finalidades contempladas nas normas que os consagram” (MELLO, 1967, p. 14). Para Hachem (2011, p. 23),

essa última observação é de extrema importância para deixar claro que, desde a construção inicial do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o jurista já realçava que todos os efeitos jurídicos dele decorrentes estavam sujeitos a restrições especiais, encontráveis no próprio ordenamento jurídico-positivo, só podendo servir ao alcance das finalidades públicas estampadas nas normas jurídicas que habilitaram à Administração o exercício dessas prerrogativas.

Depois de tratar dos principais aspectos da supremacia do interesse público, Mello (1967) traz a abordagem acerca da indisponibilidade dos interesses públicos. Destaca, inicialmente, que esta retrata o fato de que, haja vista os interesses públicos serem tidos como próprios da coletividade, não podem ser deixados à livre disposição de qualquer um, já que são inapropriáveis. Logo, o órgão administrativo não possui disponibilidade sobre eles, cabendo-lhe tão somente resguardá-los, em consonância com a finalidade predeterminada pela lei. Por conseguinte, pode-se afirmar que “*as pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados a sua guarda e realização*” (MELLO, 1967, p. 15, grifado no original).

Analisando tais ideias, Hachem (2011) conclui que, desde as formulações originárias de Celso Antônio Bandeira de Mello, este administrativista já previa a constitucionalização do Direito Administrativo, resultando na sua democratização. Desse modo:

[...] (i) ao propor a construção de um núcleo categorial do Direito Administrativo a partir de um feixe de princípios que lhe são inerentes, e (ii) apontando a pretensão de, a partir dessa sistematização, impulsionar o progresso desse ramo jurídico e influenciar as suas futuras tendências, (iii) o administrativista estava, na égide dos anos de chumbo e na contramão do autoritarismo reinante no país, semeando o papel central dos princípios inerentes ao Direito Administrativo, muitos dos quais viriam a se constitucionalizar em 1988 com a “Constituição-cidadã”. (HACHEM, 2011, p. 24-25, grifado no original).

Posteriormente, com as mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, promovidas em virtude da promulgação da Constituição Federal de 1988, Mello adiciona novos elementos em sua argumentação, inicialmente por meio da segunda edição de sua obra “Elementos de Direito Administrativo” (HACHEM, 2011). Nesta obra, ele acusou a noção autoritária de Direito Administrativo existente à época, na realidade jurisprudencial e administrativa do país. Em vista disso, verifica-se a rejeição a “[...] qualquer forma de arbitrariedade por parte da Administração, propugnando a manutenção de um equilíbrio entre prerrogativas e sujeições do Poder Público, sempre com vistas aos valores democráticos” (HACHEM, 2011, p. 33).

Mais recentemente, ao abordar o conteúdo dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, Mello (2012, p. 57, grifado no original) segue trazendo a seguinte colocação: “*todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração*”. Acrescenta, também, que estes princípios se revelam num binômio, consistente nas prerrogativas próprias da Administração versus os direitos dos administrados, binômio este que sustenta o direito administrativo, delineando-o (FALLA, 1958 citado por MELLO, 2012).

Por conseguinte, para diferenciá-los, deve-se ter em mente que, de um lado, a supremacia do interesse público representa o poder da Administração, enquanto que, de outro lado, a indisponibilidade do interesse público consiste num dever imposto a esta (ZIMMER JÚNIOR, 2009). Ou seja, a união de ambos “[...] compõe a síntese do regime jurídico administrativo, em outras palavras, o poder-dever ou o dever-poder de o Estado realizar o interesse público” (ZIMMER JÚNIOR, 2009, p. 100).

Justamente para que se possa compreender o conteúdo de tais princípios, bem como a superação de um caráter indeterminado, cabe adentrar na conceituação jurídica de interesse público. Para Justen Filho (2005), tal definição não é fácil de ser obtida, em vista de seu caráter de conceito jurídico indeterminado. Em suas palavras, essa indeterminação quanto aos critérios de validade prejudica o controle dos atos do governo.

Por seu turno, Medauar (2013) entende que o interesse público está relacionado com o bem que é de toda a coletividade e com a assimilação geral das exigências para o convívio em sociedade. Segundo ela, trata-se do objetivo a ser atingido com a prática do ato administrativo, servindo tanto de fundamento e fim,

quanto de limite para os atos e medidas adotados pela Administração Pública. Sendo assim, a autora argumenta que, apesar da dificuldade em enunciar um conceito preciso, há a possibilidade de relacionar o interesse público com algo que seria o bem da população como um todo e a observância das exigências da sociedade.

Já Justen Filho (2005), em seu estudo, considera que é possível adotar uma conceituação negativa, por meio da qual se consegue indicar o que não é considerado interesse público. Numa primeira abordagem, o autor coloca que

o primeiro equívoco é confundir interesse público e interesse estatal, o que gera um raciocínio circular: o interesse é público porque atribuído ao Estado, e é atribuído ao Estado por ser público. Como decorrência, todo interesse público seria estatal, e todo interesse estatal seria público. [...] Não é possível definir interesse público a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica. O equívoco está em que o Estado existe para satisfazer as necessidades coletivas. O Estado Democrático é instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe **antes** do Estado. [...] Logo, o interesse é público não por ser de titularidade do Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 37, grifado no original).

A partir disso, pode-se afirmar que o interesse público não coincide com o interesse que é do aparato estatal, pois o Estado pode possuir conveniências para si, na condição de sujeito de direito, que se mostrariam egoísticas, o que não se admite numa conceituação de interesse público (JUSTEN FILHO, 2005).

Essas observações são igualmente feitas por Mello (2012), ao sustentar que não são necessariamente iguais o interesse da máquina estatal e o interesse público, devido ao fato de que, como as demais pessoas, o Estado pode possuir interesses próprios, isto é, interesses decorrentes de sua individualidade. Quando se trata de interesses particulares e individuais do Estado – o que ele chama de interesses secundários –, não há interesse público propriamente dito – este chamado de interesse primário –, mas sim interesses similares aos de um sujeito comum. Estes últimos não se tratam de interesses públicos, sendo que o Estado, nesse caso, “só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles” (MELLO, 2012, p. 66). Nessa situação, estará defendendo, ao mesmo tempo, os autênticos interesses públicos.

Ainda, “ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria *contraposta à de interesse privado, individual*, isto é, ao interesse pessoal de cada um” (MELLO, 2012, p. 59, grifado no original). Mostra-se correta a noção de

que se trata do interesse pertencente ao todo, isto é, ao conjunto social, bem como não deve ser confundido com a soma dos interesses individuais, próprios de cada um. Apesar disso, tais afirmações são insuficientes para entender o verdadeiro significado de interesse público. Aliás, a falta de aprofundamento quanto ao seu sentido gera um “[...] *falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo*, propiciando-se a errônea suposição de que se trata de um interesse *a se stante*, autônomo, *desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo*” (MELLO, 2012, p. 60, grifado no original).

Deve-se, dessarte, evitar o equívoco de realizar uma separação absoluta entre o interesse do todo e o das partes, e ver o primeiro como sendo uma forma qualificada do segundo, ou seja, como outro aspecto pelo qual o interesse das partes se manifesta. Por este motivo, o interesse público, na argumentação de Mello (2012, p. 60), “[...] não é senão uma dimensão dos interesses individuais [...]”, porque “seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem”. Dessa maneira, o interesse público precisa ser entendido como sendo a dimensão pública dos interesses de cada indivíduo na condição de integrante da sociedade.

Distinguem-se, portanto, um interesse que é individual, o qual refere-se aos agrados de cada pessoa, relativos à sua vida particular, e um interesse pessoal, seja de pessoas ou grupos, na condição de membros de uma coletividade maior, onde convivem. É este último que o autor considera como sendo o verdadeiro interesse público, não estando, de forma alguma, desvinculado do interesse das partes. Logo, “[...] o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem**” (MELLO, 2012, p. 62, grifado no original).

Mantendo as principais ideias elaboradas no artigo de 1967, acerca dos princípios em debate, Mello (2012) acrescenta, como outra consequência da supremacia do interesse público, a existência de restrições especiais no desempenho de atividade pública. Em virtude disto, garante-se que haverá um compromisso quanto aos interesses da sociedade, seja nos casos em que o Estado atua por meio da Administração Pública direta ou indireta, seja nos casos em que há um particular exercendo funções públicas, a exemplo dos concessionários de serviço público.

Alerta, também, que nas hipóteses em que o Estado opera no campo econômico, instituindo empresas destinadas a isso, num regime em parte submetido ao direito privado, “[...] tais sujeitos não desfrutarão nem de uma posição privilegiada, nem de uma posição de supremacia em suas relações com os particulares” (MELLO, 2012, p. 76). Mesmo assim, isso não representa uma eliminação do princípio da supremacia do interesse público, nem dispensa esses sujeitos de observarem as implicações do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Aliás, quanto a este último, em relação ao estudo publicado em 1967, percebe-se uma ampliação no rol de princípios que se estabelecem em decorrência dele, destacando-se, em especial, os seguintes:

a) da legalidade, com suas implicações ou decorrências; a saber: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado; b) da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e seu cognato, o princípio de continuidade do serviço público; c) do controle administrativo ou tutela; d) da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da Administração; e) da publicidade; f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; g) do controle jurisdicional dos atos administrativos. (MELLO, 2012, p. 77).

Na análise de Hachem (2011), o fato de a proporcionalidade, a razoabilidade e a motivação serem deduzidas, por Celso Antônio Bandeira de Mello, do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, comprova que seu entendimento a respeito da supremacia do interesse público jamais serviu de estímulo para a adoção de condutas administrativas desmedidas, irrazoáveis e imotivadas.

Nesse diapasão, “a síntese da construção teórica do princípio da supremacia do interesse público efetuada pela obra de Celso Antônio Bandeira de Mello permite verificar a sua complexidade, que num primeiro momento pode não ser percebida” (HACHEM, 2011, p. 45). Uma análise apurada acerca do surgimento e da evolução de tais princípios em seu estudo torna possível perceber, como expõe Hachem (2011), os vários componentes que os integram, de modo que eventual inobservância pode ocasionar uma utilização equivocada. Por fim, este autor explicita a importância das formulações de Mello, já que grande parte da doutrina brasileira passou a referenciar o princípio da supremacia do interesse público em suas obras, bem como a jurisprudência começou a utilizá-lo para fundamentar as decisões judiciais em que o Poder Público se faz presente.

Concluídas tais considerações, entendendo que os princípios em discussão podem ser aprofundados sob diferentes aspectos, preferiu-se por segmentar a sua análise no que aqui convencionou-se chamar de dimensões da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Dessarte, esta explanação passará a ser feita no tópico abaixo.

3.2 Dimensões da supremacia e indisponibilidade do interesse público

Em observância ao que já foi exposto, pode-se afirmar que os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, em sua formulação teórica, servem de base para todo o regime jurídico-administrativo. O papel fundamental que eles desempenham na atuação da Administração Pública certamente pode ser constatado no momento em que esses princípios são analisados sob diversos ângulos, dentro do ordenamento jurídico pátrio. Inclusive, uma análise detalhada permite que sejam realizadas as mais diversas reflexões a respeito de seu conteúdo, alcance e aplicação prática.

Por esta razão, diante das muitas correlações que se pode estabelecer, no âmbito do Direito Administrativo, envolvendo tais princípios, optou-se por explanar o tema pelas diferentes dimensões da supremacia e indisponibilidade do interesse público. No presente estudo, as análises que são feitas nos subtópicos que seguem abordam, nesta ordem: a oposição a uma Administração Pública autoritária; as correlações com a legitimidade e a legalidade; e o conflito entre o público e o privado.

Inicia-se o estudo, no subtópico seguinte, com a demonstração destes princípios como forma de combater um autoritarismo por parte da Administração Pública.

3.2.1 A supremacia e indisponibilidade do interesse público em oposição a uma Administração Pública autoritária

A ideia de que o princípio da supremacia do interesse público possibilitaria, de alguma forma, a adoção de práticas autoritárias pela Administração Pública é expressamente refutada por Gabardo, Hachem (2010, p. 158), os quais asseveram: “[...] é historicamente insustentável a afirmação de que o Direito Administrativo possuiria raízes autoritárias, em razão das quais o princípio da supremacia do

interesse público não teria nada de liberal ou emancipador”. Os autores comentam que, no sistema do Antigo Regime, a ideia de superioridade do Rei permitia que houvesse um arbítrio no desempenho do poder político, disto derivando o dever de obediência dos súditos.

Essa realidade se altera a partir dos movimentos revolucionários do século XVIII, sendo que o poder político passa a ser visto como “[...] uma autodisposição da sociedade sobre si mesma, através da vontade geral surgida do pacto social, a qual se expressa por meio da Lei, uma Lei geral e igualitária” (ENTERRÍA, 1994 citado por GABARDO; HACHEM, 2010, p. 161). No período pós-revolucionário, portanto, passou-se a entender que a vontade geral externava o interesse público, no momento de criação da lei.

Com isso, ocorria que a Administração Pública ficava completamente vinculada ao Poder Legislativo, de modo que “os juízes e administradores públicos deveriam basear-se sempre nas previsões legislativas gerais e abstratas, como forma de impedir um tratamento personalizado e privilegiar a igualdade no sentido formal” (GABARDO; HACHEM, 2010, p. 168). Nesse cenário, não se tinha um bem comum materialmente definido, que dependesse da ação do Estado para ser determinado. Ele estaria consagrado como decorrência do livre exercício das liberdades individuais, de modo que o interesse público significava apenas a proteção ao exercício dos interesses privados. Sendo assim, pode-se dizer que

o Direito Administrativo não possui raízes autoritárias justamente por ser um contraponto axiológico ao regime anterior, somente tendo sido realmente cultivado depois que seus princípios passaram a ser deduzidos da natureza do homem e da sociedade e não do poder divino. [...] A Revolução Francesa produz uma ênfase na ideia de direitos subjetivos que obviamente aponta para a construção de um sentido de interesse público desconhecido para o Antigo Regime. (GABARDO; HACHEM, 2010, p. 170).

Ou seja, na visão destes autores, é completamente equivocado dizer que o Direito Administrativo se sustenta sobre origens autoritárias, já que as circunstâncias que deram ensejo a sua formação foram justamente em oposição ao poder ilimitado e arbitrário do soberano. O legado deixado desde o início da formação desse ramo jurídico “[...] se pauta na vontade geral de proteção dos direitos individuais, cristalizada na lei, figurando a Administração Pública como executora dessa vontade geral e intérprete do interesse público, responsável por concretizá-lo em atos e medidas” (GABARDO; HACHEM, 2010, p. 171).

Assim sendo, a principal diferença existente entre a verticalidade do poder do rei e as prerrogativas conferidas à Administração Pública é que estas últimas somente são atribuídas a ela em razão dos deveres de realização da solidariedade social, aos quais fica submetida (CHEVALLIER, 1975 citado por GABARDO; HACHEM, 2010). Observa-se que “o interesse público pautado na vontade geral (e na soberania popular) possui uma característica original e radicalmente distinta que é *a sujeição como contrapartida da prerrogativa*” (GABARDO; HACHEM, 2010, p. 193, grifado no original).

Essas considerações iniciais revelam-se importantes para entender o papel que os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público exercem no Direito Administrativo, ao vincular a atuação da Administração Pública à consecução do interesse público. Partindo disto, ao apontar um dos argumentos contrários à supremacia do interesse público, no sentido de que tal princípio retrataria uma mera justificativa para a adoção de condutas arbitrárias pela Administração, Hachem (2011) discorda expressamente desta possibilidade. Em seu entendimento, ao se alocar o interesse público no núcleo do Direito Administrativo, promove-se uma democratização deste ramo, deixando de entendê-lo como sendo apenas o “direito da Administração Pública”. Em vez disso, ele deve ser visto como o “direito do interesse público”.

Ademais, ao tratar das razões pelas quais o princípio não acoberta qualquer arbitrariedade, Hachem (2011) salienta não ser admitido que a Administração insira qualquer ato no conceito de interesse público, principalmente quando este ato é antijurídico. “O interesse público, ao ser invocado pela Administração, não pode ser algo vazio, despido de qualquer conteúdo concreto. Ele tem que ser definido, demonstrado, justificado” (HACHEM, 2011, p. 350). Desse modo, quando está ausente uma motivação adequada, a fim de demonstrar o conteúdo concreto do interesse público invocado, na realidade ele estará sendo corrompido.

Logo, sempre que “[...] a Administração lançar mão do princípio da supremacia do interesse público deverá motivar expressamente o ato administrativo que haja sido expedido com o desfrute de prerrogativas estatais especiais” (HACHEM, 2011, p. 350). Recorde-se, ainda, os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual lista o princípio da motivação como sendo uma consequência da indisponibilidade dos interesses públicos, ao impor à Administração Pública que explicita os fundamentos de fato e de direito que embasaram a prática do ato.

Outrossim, há de se observar que, “no ordenamento jurídico brasileiro, o dever de motivação dos atos administrativos decorre implicitamente de comandos constitucionais e expressamente de imposição legais (sic)” (HACHEM, 2011, p. 351). Uma das disposições de lei pela qual se determina a motivação dos atos administrativos está contida no artigo 50 da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99). Dentre as hipóteses elencadas nos incisos, este dispositivo prevê que há a necessidade de motivação, indicando-se os fatos e fundamentos jurídicos, quando o ato negar, limitar ou afetar direitos ou interesses.

No entendimento de Hachem (2011, p. 352), as previsões deste artigo abarcam todos os casos que envolvam a supremacia do interesse público, “[...] visto que os atos expedidos com base nesse princípio invariavelmente negarão, limitarão ou, pelo menos, afetarão direitos ou interesses”. Portanto, é inequívoca a necessidade de uma boa fundamentação, por parte da Administração Pública, para os atos que forem realizados com base no princípio em tela, haja vista a determinação legal supramencionada.

É precisamente esse aspecto – o dever de motivação dos atos praticados com lastro na supremacia do interesse público – que constitui a diferença basilar entre o “interesse público” empregado em um regime autoritário e o manejo dessa mesma noção em um Estado Democrático. [...] Por isso, o dever de motivação dos atos administrativos revela-se como mecanismo de controle da vinculação do agir da Administração ao efetivo interesse da coletividade (*interesse geral*), já que a demonstração, em cada caso, de qual interesse público encontra-se presente e justifica o exercício de uma prerrogativa estatal impede que interesses escusos sejam buscados pelo Poder Público. (HACHEM, 2011, p. 354-355, grifado no original).

Outro meio de obstar qualquer autoritarismo no agir da Administração Pública, baseado no princípio da supremacia do interesse público, é o argumento de que há a possibilidade de posterior controle judicial dos atos administrativos. Nas palavras de Hachem (2011), este controle viabiliza que sejam invalidadas as ações do Poder Público nas quais esteja ausente um efetivo interesse público, afastando-se o risco de que o princípio seja manejado de maneira autoritária. Partindo do mesmo ponto de vista, Mello (2012, p. 102, grifado no original) assinala que

[...] os “poderes” administrativos – na realidade, deveres-poderes – só existirão – e, portanto, só poderão ser validamente exercidos – na extensão e intensidade *proporcionais* ao que seja irrecusavelmente requerido para o atendimento do escopo legal a que estão vinculados. Todo excesso, em qualquer sentido, é extravasamento de sua configuração jurídica. É, a final, extralimitação da competência [...]. É abuso, ou seja, uso além do permitido,

e, como tal, comportamento inválido que o Judiciário deve fulminar a requerimento do interessado.

Dessa maneira, ao submeter os atos administrativos a uma nova apreciação, pelo juiz, consegue-se verificar se era efetivamente público o interesse invocado num determinado caso. Além disso, essa revisão judicial, como expõe Hachem (2011, p. 356) “[...] é própria dos Estados democráticos, visto que não era admitida nem no absolutismo monárquico, nem no sistema positivista liberal, em que os juízes eram vistos apenas como bocas que pronunciavam as palavras da lei”.

Há, assim, uma ampla variedade de mecanismos que o direito fundamental à tutela jurisdicional fornece ao cidadão para conter possíveis arbitrariedades da Administração Pública, quando esta emprega o princípio da supremacia do interesse público.

Se o cidadão considerar que o ato administrativo que o afetou, expedido com fundamento no princípio constitucional da supremacia do interesse público, não corresponda efetivamente a um interesse público, poderá invocar o seu direito fundamental à tutela judicial efetiva e propor, através de instrumentos processuais idôneos, a revisão do ato pelo Poder Judiciário. (HACHEM, 2011, p. 359-360).

Portanto, esse princípio somente seria uma ameaça para a democracia caso os atos realizados com fundamento nele não fossem controláveis pela jurisdição, situação em que se estaria legitimando um autoritarismo do Poder Público. Ocorre que, mesmo tais atos possuindo uma presunção de legitimidade, pode-se discutir esta em âmbito judicial, onde o juiz deverá anular os atos em desacordo com o sistema, se estiver diante de provas suficientes para afastar tal presunção. Outrossim, cabe referir que essa análise pelo magistrado não consistirá em realizar um juízo político quanto à noção de interesse público presente na lei, e sim apreciar “[...] se a **argumentação jurídica** em que a Administração se funda para aplicar a noção de interesse público é ou não correta” (MORENO, 1976 citado por HACHEM, 2011, p. 361-362, grifo próprio).

Em suma, observando o que foi referido anteriormente, combinando-se o controle jurisdicional das decisões administrativas com a necessidade de motivação dos atos, “[...] não há qualquer razão para se temer que o princípio constitucional da supremacia do interesse público legitime arbitrariedades da Administração” (HACHEM, 2011, p. 362).

Com base nesse apontamento, segue-se, no próximo subtópico, tecendo considerações acerca das razões pelas quais se entende que o ordenamento jurídico

confere legitimidade a estes princípios. Do mesmo modo, aborda-se qual a sua relação com a legalidade.

3.2.2 As correlações da supremacia do interesse público a partir da legitimidade e da legalidade

Segundo o professor Justen Filho (2005), há um costume em se falar que os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público fundamentam o Direito Administrativo, porém, no Brasil, há evidências de que eles têm sido frequentemente invocados para sustentar atos não compatíveis com a ordem constitucional democrática. Nas palavras do autor, é preciso encontrar alguma solução mais adequada, a qual deverá observar a Constituição de 1988.

No mesmo sentido, Hachem (2011) expõe que, como forma de evitar a utilização abusiva do princípio da supremacia do interesse público, torna-se necessário encontrar um fundamento normativo-constitucional de modo a legitimar o seu exercício e, também, estipular os limites dessa utilização. Esta busca em torno de seu embasamento “[...] explica-se pela necessidade de se encontrar fundamentos de legitimação e limitação ao emprego de prerrogativas especiais pela Administração Pública” (HACHEM, 2011, p. 89).

Destarte, conforme Nieto (1991), citado por Hachem (2011, p. 94, grifado no original), “[...] pode-se dizer que é o *interesse público* que, de uma parte, legitima a instituição de prerrogativas especiais à Administração, e de outra, limita a sua atuação”. Ao mesmo tempo em que legitima o exercício do poder, o interesse público o limita, sendo que “[...] as prerrogativas e sujeições especiais da Administração encontram a sua razão de ser no interesse público que as justifica” (LINOTTE, 1975 citado por HACHEM, 2011, p. 96-97).

Recordando o que foi exposto anteriormente, há que se observar um adequado equilíbrio entre as prerrogativas e as limitações especiais da Administração, conforme se verifica das ideias transmitidas pelo doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello. Esse equilíbrio decorre justamente da observância aos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, norteadores do regime jurídico-administrativo. O primeiro, confere os privilégios à Administração; o segundo, impõe diversos limites em seu modo de agir.

Outrossim, Alexandrino e Paulo (2012) adotam como fundamento da existência da supremacia do interesse público o fato de o Estado ser obrigado a atingir as finalidades apontadas pela Constituição e pelas leis, necessitando, por isso, dispor de poderes que não encontramos no direito privado, em que há igualdade nas relações jurídicas entre as partes. Contudo, frisam estes doutrinadores que as prerrogativas dadas à Administração se justificam apenas na exata medida necessária para que esta consiga alcançar os fins que o ordenamento jurídico lhe impõe, já que atua estreitamente vinculada à lei, como mera gestora do que é público.

Por conseguinte, de acordo com Hachem (2011, p. 101), para que tais privilégios sejam empregados, eles “[...] requerem um amparo constitucional que avalize juridicamente as leis que os instituem, nos casos em que houver, e exigem uma norma jurídica que os legitime, nas situações em que a lei não os prevê”. Esse amparo, como forma de dar legitimidade aos privilégios e prerrogativas instituídas em favor da Administração, parte justamente do princípio da supremacia do interesse público. É por este motivo, aliás, que é indispensável verificar qual o fundamento normativo-constitucional que legitima o uso desses poderes especiais.

Partindo dessa ideia, Hachem (2011) assevera que é possível encontrar, na Constituição Federal de 1988, preceitos dos quais se pode inferir o princípio da supremacia do interesse público. Um deles, na argumentação do autor, está contido no artigo 3º, inciso IV da Lei Maior, na medida em que coloca como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos. Com isso,

é evidente que o Poder Público, para lograr a promoção do bem-estar de todos os brasileiros, necessita de uma gama de prerrogativas que lhe outorguem condições indispensáveis à harmonização dos diversos interesses particulares contrapostos no seio da sociedade. Faz-se mister, pois, impedir que determinados interesses exclusivamente privados se sobreponham aos anseios da coletividade, impedindo com isso o bem-estar geral do corpo social. (HACHEM, 2011, p. 102).

No seu entendimento, portanto, a melhor interpretação que pode ser dada para o comando contido nesse dispositivo, no sentido de promover o bem de todos, é de que ele consagra o princípio da supremacia do interesse público. Desse raciocínio, extrai-se um dever de que o Estado faça prevalecer o bem comum “[...] sobre as pretensões egoísticas e exclusivamente privadas que atentem contra os interesses da sociedade em si considerada, ou dos indivíduos enquanto membros da coletividade” (HACHEM, 2011, p. 103).

Ainda, o §1º do artigo 66 da Constituição Federal trata-se de outro dispositivo pelo qual se consegue identificar um embasamento para o referido princípio. Segundo este dispositivo, além da possibilidade de veto pela inconstitucionalidade, permite-se ao Presidente da República que vete o projeto de lei quando este for contrário ao interesse público. Para Hachem (2011), ambos os motivos de veto possuem uma enorme importância, a ponto de o legislador constituinte ter conferido ao Chefe do Poder Executivo a capacidade de obstar o ingresso de uma lei no ordenamento jurídico, mesmo tendo sido aprovada pelos representantes do povo.

Por esta razão, “[...] tanto a constitucionalidade quanto o interesse público retratam valores jurídicos que ostentam supremacia sobre os demais” (HACHEM, 2011, p. 105). Logo, existe uma lógica nessa previsão constitucional: a ideia de que o interesse público “[...] deve prevalecer sobre os interesses privados, seja de grupos que contem com uma maioria eventual no Congresso Nacional, seja de pretensões egoísticas dos próprios parlamentares” (HACHEM, 2011, p. 106).

Todos esses apontamentos mostram-se pertinentes para entender as razões pelas quais reputa-se legítima a utilização da supremacia do interesse público, numa compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio. Por sua vez, a respeito da relação entre legalidade e interesse público, Zimmer Júnior (2009) pontua que somente pode-se deduzir a delimitação do interesse público por meio do direito positivo, visto ser a lei quem atribui a finalidade a ser atingida pelo ato administrativo. Ele expõe que, mesmo havendo uma finalidade genérica, ou seja, satisfazer o interesse público, o essencial seria descobrir o real objetivo visado, extraído da própria regra.

Di Pietro (2012, p. 65) apresenta um outro apontamento, asseverando que o princípio da supremacia “[...] está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”.

Ademais, merecem atenção as lições contidas na obra de Mello (2012, p. 68, grifado no original). Segundo este, considerando que o interesse público consiste em um conceito jurídico, “[...] é óbvio que a concreta individualização dos *diversos interesses qualificáveis como públicos* só pode ser encontrada no próprio Direito Positivo”. Ou seja, isto significa que

[...] não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo – por mais bem-fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico

–, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo. (MELLO, 2012, p. 68).

Tal qualificação é realizada pela Constituição, e, posteriormente, pelo Estado, tendo ela por base. Este último qualificará um interesse como público inicialmente por meio dos órgãos legislativos e, após, por intermédio dos órgãos administrativos, os quais ficam restritos aos limites da discricionariedade que lhes foi dada por lei. Enfim, resta salientar que “[...] a proteção do interesse privado *nos termos do que estiver disposto na Constituição*, é, também ela, um interesse público, tal como qualquer outro, a ser fielmente resguardado [...]” (MELLO, 2012, p. 69, grifado no original). Conseqüentemente, nesta situação, o interesse de que ele seja protegido não é somente do particular possivelmente afetado, mas sim de toda a coletividade.

Tendo em mente estas ideias, resta verificar qual a correta solução a ser dada quando há um conflito entre o público e o privado. Isto porque, admitindo-se que o interesse privado protegido pela Constituição é também um interesse público, a resposta para o conflito pode não ser tão simples, como aparenta num primeiro momento. Sendo assim, tal estudo passará a ser realizado no subtópico a seguir.

3.2.3 A supremacia e indisponibilidade do interesse público no conflito entre o público e o privado

Antes de adentrar especificamente no conflito entre tais interesses, cabe trazer aqui algumas considerações sobre o interesse público, na visão de Justen Filho (2005). Ele entende que não existe um único interesse público, visto que ocorrerem situações em que se verificam diversos interesses em conflito, todos sendo públicos. Logo, “qualquer que seja a teoria adotada acerca de interesse público, é impossível afirmar a configuração de situações simples e homogêneas. [...] Na sociedade moderna, há uma pluralidade de sujeitos, com interesses contrapostos e distintos” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 42).

Hachem (2011, p. 183, grifado no original), comenta que as colisões de interesses passíveis de serem resolvidas pelo princípio da supremacia do interesse público podem ocorrer de duas maneiras: entre um interesse que está juridicamente protegido e outro que não está; ou, ainda, entre dois interesses que são resguardados pelo sistema normativo, “[...] sendo um deles atinente à coletividade em si mesma considerada (*interesse geral*) e outro relativo a interesses de indivíduos ou grupos

determinados (*interesses específicos*)”. Nesses casos, a supremacia será vista de forma distinta para cada caso.

Tratando-se da primeira situação, em que um interesse amparado juridicamente colide com um outro interesse que não é resguardado no Direito positivo, “[...] o princípio constitucional da supremacia do interesse público incidirá de forma absoluta, determinando que o *interesse público em sentido amplo* deverá prevalecer sobre o *interesse privado*” (HACHEM, 2011, p. 185, grifado no original). O interesse público em sentido amplo abrange todos os interesses que são garantidos no sistema. Assim sendo, o interesse público precisa ser detectado no ordenamento jurídico, já que ele é visto como o resultado da reunião de interesses dos indivíduos na qualidade de membros da coletividade (HACHEM, 2011).

Esta forma de manifestação do interesse público pode ser confrontada com os interesses puros e simples dos cidadãos – os quais representam uma exteriorização da sua vontade, porém, sem resguardo jurídico –, e com os interesses ilícitos, que são vedados pelo ordenamento. Para o doutrinador, portanto, são essas duas formas de interesses que formam o denominado interesse privado. Como os interesses identificados na noção de interesse público em sentido amplo são compartilhados por todos os indivíduos da sociedade, enquanto que o interesse privado é exclusivo do indivíduo que o detém, há uma prevalência do interesse público de forma inequívoca, pois “os interesses protegidos pelo Direito necessariamente irão preponderar sobre aqueles não amparados” (HACHEM, 2011, p. 186).

Por outro lado, tratando-se da segunda situação, na qual colidem dois interesses dotados de proteção pelo sistema, Hachem (2011, p. 189, grifado no original) explica que deverá prevalecer o “[...] interesse público em sentido estrito (*interesse geral*) sobre os interesses específicos (*individuais ou coletivos*)”. Este interesse público em sentido estrito trata-se do interesse que é titularizado por todos os indivíduos da sociedade, de maneira indistinta. Sendo assim,

a identificação desse interesse compete aos órgãos e agentes públicos, nas hipóteses em que uma norma jurídica (constitucional, legal ou regulamentar) lhes conferir essa incumbência, seja na forma de ‘interesse público como conceito legal’, seja por meio da atribuição de uma competência discricionária. Em tais situações, será preciso que, no caso concreto, o Poder Público se depare com a existência de um interesse público especial, qualificado, que justificará o manejo de uma prerrogativa de autoridade para fazer predominar o *interesse geral* sobre os *interesses específicos (individuais ou coletivos)* que, embora resguardados pelo sistema normativo,

deverão ceder passo ao primeiro. (HACHEM, 2011, p. 189-190, grifado no original).

Diferentemente da outra situação, neste caso o princípio não será aplicado de forma absoluta, mas sim relativa. Isto se deve ao fato de que ambos os interesses estão protegidos juridicamente, de modo que a prevalência do interesse geral sobre os interesses específicos, sejam de um indivíduo ou de um grupo, irá depender do caso concreto. Assim, nem sempre esse interesse geral vai prevalecer e, ainda, nas situações em que ele prevalecer, somente implicará na restrição do interesse específico, sem aniquilá-lo. Por isso, Nieto (1991), citado por Hachem (2011, p. 191), assevera que “haverá casos certamente em que se declare a prevalência do interesse geral; mas não mais como aplicação automática de um dogma, e sim como resultado de uma ponderação concreta que deve ser argumentada em cada caso”.

Corroborando estas ideias, é interessante apontar algumas observações de Di Pietro (2012). A autora opina que aqueles que rechaçam a supremacia do interesse público possuem uma interpretação equivocada de seu significado. Para ela, a generalização nunca existiu, sendo, na sua visão, “[...] evidente a impossibilidade de, em qualquer situação de conflito entre o público e o privado, fazer prevalecer o primeiro; se assim fosse, realmente não haveria como garantir os direitos individuais” (DI PIETRO, 2012, p. 36). Apesar disso, não podemos olvidar que não há direito individual cujo exercício se dê de forma ilimitada, já que praticamente a todos o ordenamento jurídico impõe limites, para que não prejudique o exercício dos direitos pela coletividade e pelos outros cidadãos.

Mesmo assim, ainda persiste a reação contra a supremacia do interesse público, seja para banir este princípio do direito ou para reconstruí-lo, sob fundamento da observância aos direitos fundamentais que a Constituição garante (DI PIETRO, 2012). A propósito, a reflexão sobre os direitos fundamentais como cerne da questão da supremacia e da indisponibilidade do interesse público está melhor retratada na obra de Justen Filho (2005), que chega a sustentar, inclusive, a supremacia e a indisponibilidade dos direitos fundamentais. O autor argumenta que “a incidência de um regime jurídico diferenciado deriva não de razões puramente técnicas, mas de imposições éticas” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 43). Com isso, ele quer dizer que os valores como a dignidade da pessoa humana estão entranhados no conteúdo desses princípios e, portanto, os direitos fundamentais, por serem anteriores à supremacia do interesse público, são o núcleo do direito administrativo.

Dessa maneira, “[...] o que se rejeita é a concepção de interesse público como o critério fundamental do direito administrativo, o qual se estrutura em torno dos conceitos de procedimento democrático e de direitos fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2005, p.45). Isso leva o doutrinador a dizer que o termo “interesse coletivo” é preferível em relação ao termo interesse público. Ele também ressalta que

essa postura não retrata alguma proposta individualista. Ao menos, não se trata de defender a supremacia do indivíduo em face da coletividade. Reconhece-se a integridade individual, mas de todos os indivíduos. O interesse da maioria é digno de maior proteção do que o interesse de uma quantidade menor de particulares. O que não se admite é a diluição dos direitos fundamentais (mesmo de minorias) em virtude da existência de um incerto e indefinido “interesse público”. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 46, grifado no original).

Enfim, com isso o autor defende uma chamada personalização do direito administrativo, reconhecendo-se que a administração não é um fim em si mesma. “Nesse sentido, a personalização do direito administrativo deriva da proposta de superação de concepções meramente técnicas para assumir a prevalência de enfoque ético, em que se reconhece a supremacia dos direitos fundamentais [...]”. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 47).

De tudo o que foi exposto, Hachem (2011) conclui que o princípio em questão realmente determina a primazia do interesse público, mas que esta ocorrerá ora se tratando de um interesse público em sentido amplo, ora se tratando de um interesse público em sentido estrito. Nos casos em que o interesse do particular é tutelado pela ordem jurídica, torna-se imperioso observar com fidelidade as disposições legais e o dever de motivação, como forma de evitar quaisquer arbitrariedades no momento de fazer prevalecer o interesse público.

Dada a necessidade de motivação para que haja uma correta aplicação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, entende-se que há uma grande importância em verificar como estão sendo utilizados tais princípios na jurisprudência pátria. Por esta razão, no capítulo seguinte, será abordada a tratativa desses princípios nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A pesquisa mostra-se fundamental para constatar se as concepções teóricas em torno desses institutos têm sido observadas na prática, como forma de encontrar uma resposta para a problemática apresentada.

4 O TRATAMENTO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A ÓTICA DE UM AUTORITARISMO E ARBITRARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OU DE UMA VINCULAÇÃO A UM DEVER DE AGIR CONSTITUCIONAL

Chegando-se ao final do presente estudo, tendo em vista as reflexões trazidas nos capítulos anteriores, parte-se para uma investigação jurisprudencial acerca dos princípios aqui abordados. A finalidade desta pesquisa é justamente verificar se a utilização da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, nos acórdãos do STF e do STJ, tem sido realizada em conformidade com o dever de motivação substancial, ou se apenas têm sido empregados tais princípios sem justificar o porquê de sua incidência no caso concreto.

Pretende-se, portanto, com os resultados obtidos, realizar uma análise crítica a respeito do modo com que esses princípios são invocados pelos referidos Tribunais em suas decisões, deixando de atender à sua própria essência. Isto significa que o que será criticado é a simples menção a eles como forma de chegar a uma rápida conclusão, sem que sejam suficientemente expostos os interesses em conflito e a razão pela qual algum deles deve prevalecer.

Contudo, cabe ressaltar que buscar-se-á verificar o papel dos princípios no contexto da decisão como um todo. Além disso, não será desmerecida a solução final dada para os casos, que pode ter sido a mais adequada, embora, na nossa visão, poderia apresentar uma motivação mais consistente ao aplicar os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

4.1 A tratativa da supremacia e da indisponibilidade do interesse público no STF

Inicialmente, cabe informar quais os métodos e procedimentos de busca das jurisprudências que foram utilizados, como forma de selecionar os documentos mais adequados para a análise pretendida.

Foi efetuada, no dia 14 de novembro de 2017, uma pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), selecionando-se a opção “pesquisa” na aba “Jurisprudência”, bem como adotando-se o lapso temporal de cinco anos (de 14 de novembro de 2012 a 14 de novembro de 2017). Nos campos de busca, digitou-se

o seguinte: no campo denominado “Pesquisa Livre”: supremacia do interesse público (sem aspas, pois, ao utilizá-las, ocorria o redirecionamento para a página inicial do site); no campo referido como “Data”: 14/11/2012 a 14/11/2017; nas caixas referentes aos tipos de decisão: marcou-se a caixa Acórdãos. Os campos “Número”, “Ministro”, “Tema”, “Tese”, “Tipo de Tese”, “Órgão Julgador”, “Ementa/Indexação” e “Legislação” foram deixados vazios, pois filtrariam demasiadamente os resultados.

O filtro retornou **trinta e quatro resultados**, sendo que foi realizada a leitura desses documentos, para que pudessem ser eliminados aqueles cuja abordagem não seria pertinente, por não contribuírem efetivamente com os objetivos da pesquisa. Dentre os acórdãos encontrados, foram **excluídos vinte e nove**, já que não se encaixavam no perfil desejado, por algum dos seguintes motivos: não ter sido mencionado o princípio no corpo do acórdão; ou, ainda, ter sido mencionado apenas em ementa copiada de outro órgão julgador, sem que a decisão do STF tenha implicado na aplicação do princípio.

Os documentos excluídos consistiam em: dois Agravos Regimentais no Recurso Extraordinário com Agravo; dois Recursos Extraordinários; uma Ação Cível Originária; seis Ações Diretas de Inconstitucionalidade; uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; um *habeas corpus*; uma medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; três Mandados de Segurança; oito Agravos Regimentais na Reclamação; um Agravo Regimental em Mandado de Segurança; um Recurso Extraordinário com Agravo; um Recurso Ordinário em *habeas corpus*; e uma Ação Penal. Restaram, portanto, **cinco documentos** para análise, a qual passa a ser realizada logo abaixo.

Antes disso, porém, cabe salientar que também foi realizada a pesquisa acerca do princípio da indisponibilidade do interesse público nos acórdãos do STF, no mesmo lapso temporal de cinco anos (de 14 de novembro de 2012 a 14 de novembro de 2017). Foram utilizados exatamente os mesmos critérios anteriormente expostos, apenas alterando-se o que foi digitado no campo “Pesquisa Livre”, no qual digitou-se indisponibilidade do interesse público, igualmente sem aspas.

A pesquisa retornou **oito resultados**, sendo eles: duas extradições; um Agravo Regimental na petição; um referendo na medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade; um Agravo Regimental na suspensão de segurança; uma Ação Direta de Inconstitucionalidade; um Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo; e um Recurso Extraordinário com Agravo. Todavia, em todos eles, ou

não havia menção ao princípio, ou tão somente era indicado de uma maneira insuficiente para a análise, sendo irrelevante para a decisão final. Por esta razão, tais acórdãos foram excluídos. Dessa forma, passa-se, de imediato, a analisar os cinco acórdãos referentes à supremacia do interesse público.

O primeiro acórdão do STF no qual foi identificada, de certa forma, a aplicação do princípio da supremacia do interesse público, trata-se daquele proferido nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 992.000/CE. Nesta situação, a União interpôs o recurso de agravo regimental contra a decisão do Ministro Dias Toffoli, negando seguimento ao recurso extraordinário. A União alegava que, ao ter sido permitida, no Tribunal de origem, a remoção de servidor público federal, com o fito de preservar a unidade familiar, houve ofensa direta ao artigo 226 da Constituição Federal, o qual deveria ser interpretado conforme os princípios constitucionais administrativos, dentre eles, a supremacia do interesse público. Observe-se, nesse sentido, a ementa da decisão:

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Servidor público federal. Remoção. Circunstâncias fáticas que nortearam a decisão do Tribunal a quo em prol do princípio da proteção à família. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Corte de origem concluiu, em razão de circunstâncias fáticas específicas, que o princípio da proteção à família deveria prevalecer em relação ao princípio da supremacia do interesse público, ante o evidente prejuízo que a não remoção acarretaria para a unidade familiar. 2. Ponderação de interesses que, **in casu**, não prescinde do reexame do conjunto fático-probatório da causa, o qual é inadmissível em recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. Agravo regimental não provido. 4. Inaplicável o art. 85, 11, do CPC, pois os agravados não apresentaram contrarrazões. (ARE nº 992.000 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, SEGUNDA TURMA, Supremo Tribunal Federal, julgado em 31/03/2017, DJ 27/04/2017, p. 1, grifado no original).

Neste caso, a concordância com a aplicação do princípio se deu no seguinte trecho: “[...] a Corte de origem concluiu que o princípio da proteção à família deveria prevalecer em relação ao **princípio da supremacia do interesse público**, ante o evidente prejuízo que a não remoção do ora agravante acarretaria à unidade familiar”. (BRASIL, 2017, www.stf.jus.br, grifo próprio). Ocorre que o Relator afastou a análise do mérito do recurso, invocando a súmula 279 do STF, não indo mais a fundo na discussão, sob o argumento de que seria necessário realizar uma nova ponderação dos valores constitucionalmente protegidos, por meio dos fatos e provas presentes na demanda, o que não é admitido em sede de recurso extraordinário.

Além disso, tão somente colacionou ementas de outras decisões do STF, nas quais se admitiu a remoção de servidores, em proteção à família, concluindo por negar provimento ao agravo regimental. O entendimento foi seguido pelos demais Ministros, em unanimidade.

Dessa forma, verifica-se que, na situação, houve uma anuência com o entendimento exarado pelo Tribunal de origem, sem que o próprio STF tenha refletido de forma ampla e motivada acerca do afastamento da supremacia do interesse público. Em outro caso similar, nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 681.780/DF, o mesmo rumo foi tomado, limitando-se a citar o afastamento do princípio pelo Tribunal de origem. No interior do acórdão, assim comenta o Relator:

no caso dos autos, a Corte de origem concluiu, em razão de circunstâncias fáticas específicas, que o princípio da proteção à família deveria prevalecer em relação ao **princípio da supremacia do interesse público**, ante o evidente prejuízo que a remoção para a cidade de Formosa acarretaria ao servidor e à sua família. Isso porque, na presente situação, o atendimento à remoção de ofício do servidor, ora agravado, implicaria a impossibilidade de ele dar continuidade aos seus estudos em unidade de ensino superior, bem como o desfazimento do seu núcleo familiar, uma vez que sua esposa, servidora do Superior Tribunal de Justiça, não poderia acompanhá-lo à referida cidade. (ARE nº 681.780 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, Supremo Tribunal Federal, julgado em 27/08/2013, DJ 22/10/2013, p. 9, grifo próprio).

Após, novamente houve a aplicação da súmula 279 do STF, com a argumentação de que, para discordar da decisão, seria necessário analisar fatos e provas, o que é incabível no recurso extraordinário. Todavia, consignou-se um entendimento anterior, análogo ao caso, para permitir a proteção da entidade familiar.

Ou seja, muito embora nestes dois acórdãos o STF tenha se eximido de realizar uma análise aprofundada a respeito dos interesses em jogo, de certo modo, o Tribunal admitiu que fosse afastado o princípio da supremacia do interesse público, realizando uma análise superficial. Nessas situações, retomando o que foi comentado no capítulo anterior, entendeu-se que seria mais adequado resguardar o interesse dos particulares protegidos pelo ordenamento jurídico, notadamente preponderando a proteção à família. No entanto, não se pode deixar de notar que o afastamento da supremacia do interesse público se deu de forma pouco motivada.

Outro acórdão do STF, no qual houve a utilização do princípio, foi o proferido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.626, ajuizada pelo Partido Progressista Brasileiro (PPB). A ação tratava da suposta inconstitucionalidade da

parte final do artigo 117 do Estatuto dos Servidores Militares da União (Lei nº 6.880/80). O dispositivo determina que a União deverá ser indenizada, em vista das despesas havidas com a preparação e formação de Oficial das Forças Armadas, quando ocorrer a demissão deste, por ter passado a desempenhar um cargo estranho à carreira militar. A alegação do partido era de que essa determinação afrontava a garantia constitucional de liberdade do cidadão, bem como violava o princípio da proporcionalidade, ao aproveitar-se da atividade que é intrínseca ao desenvolvimento do servidor. Nesse sentido, tem-se a ementa que segue:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Parte final do art. 117 da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares da União), na redação dada pela Lei nº 9.297/1996. Dever do oficial militar com menos de cinco anos de corporação de indenizar os custos decorrentes de sua formação, no caso de assunção de cargo ou emprego civil. Supremacia do interesse público. Ressarcimento ao erário. Ausência de ofensa à liberdade de profissão e ao princípio da proporcionalidade. Liminar indeferida. Ação que se julga improcedente. 1. O desembolso pelo erário de custos adicionais, destinados à preparação e à manutenção de seus servidores, em especial dos militares, com a finalidade de aprimoramento do Corpo das Forças Armadas, não poder ser negligenciado, em razão da própria configuração constitucional da supremacia do interesse público e da integridade do erário. [...] 2. Ação direta julgada improcedente. (ADI 1.626, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, TRIBUNAL PLENO, Supremo Tribunal Federal, julgado em 15/12/2016, DJ 03/03/2017, p. 1, grifado no original).

O Relator, Ministro Dias Toffoli, invoca a supremacia do interesse público para defender que o desembolso, pelo erário, de valores adicionais para a preparação dos seus servidores militares, com o conseqüente fortalecimento das Forças Armadas, não poderia ser desconsiderado pela lei. Assim sendo, complementa o Relator que não há ofensa à proporcionalidade e nem ao direito de liberdade profissional, já que prevalece o interesse público nesta questão em análise. Devido à conclusão de que a norma não se revestia de qualquer inconstitucionalidade, foi julgada improcedente a ação, de forma unânime, em conformidade com o voto do Relator (BRASIL, 2017, www.stf.jus.br).

Nota-se, mais uma vez, que ocorreu apenas a menção pontual ao princípio, sem explicar, desta vez, a razão pela qual o interesse público deveria se sobrepor. Ademais, evidencia-se que o princípio estava sendo utilizado apenas para complementar a decisão, não tendo sido detalhado, com demais explicações acerca de sua caracterização no caso concreto, como seria a maneira adequada para sua abordagem.

Por sua vez, no Recurso Extraordinário nº 630.733/DF, interposto pela Fundação Universidade de Brasília (FUB) contra acórdão do TRF da 1ª Região, também houve a invocação da supremacia do interesse público. Discutia-se a possibilidade ou não de remarcação de provas de aptidão física em concursos públicos, quando o candidato fosse vítima de caso fortuito, decorrente de problemas de saúde transitórios. O Tribunal de origem havia mantido a sentença de primeiro grau, admitindo o direito de o candidato submeter-se à prova em outra data, diferentemente da contida no edital, lastreado no princípio da isonomia. A ementa apresenta o seguinte teor:

EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário de saúde. 3. Vedação expressa em edital. Constitucionalidade. 4. Violação ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Postulado do qual não decorre, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público em virtude de situações pessoais do candidato. Cláusula editalícia que confere eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público. 5. Inexistência de direito constitucional à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos. 6. Segurança jurídica. Validade das provas de segunda chamada realizadas até a data da conclusão do julgamento. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 630.733, Rel. Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, Supremo Tribunal Federal, julgado em 15/05/2013, DJ 20/11/2013, p. 1).

A referência ao princípio é feita em parte do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, o qual, ao manifestar-se acerca da cláusula do edital que impedia a remarcação da data do teste físico, entendeu que a norma privilegiava o tratamento igualitário entre todos os candidatos. Desse modo, ele expõe que o interesse público deve ser observado, já que, ao ser realizado um concurso público, a Administração Pública não visa unicamente obter os candidatos mais qualificados, mas também que a escolha seja transparente, impessoal e igualitária. Eis o trecho em que o Ministro se utiliza da supremacia do interesse público:

em síntese, entendo que tanto a Administração Pública quanto os candidatos estão vinculados às normas do edital, e verifico que a cláusula editalícia que proíbe a remarcação do teste de aptidão física para data diversa daquela prevista no edital em virtude de caso fortuito que atinja a higidez física do candidato não padece de inconstitucionalidade, mas, ao contrário, confere eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da **supremacia do interesse público**. (RE 630.733, Rel. Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, Supremo Tribunal Federal, julgado em 15/05/2013, DJ 20/11/2013, p. 11, grifo próprio).

Destarte, o princípio foi invocado apenas a fim de enfatizar o que estava sendo defendido, no sentido de que é válida a proibição da remarcação do teste de aptidão física em edital. Não houve maiores reflexões quanto ao motivo de incidência deste princípio no caso, o qual foi posto em segundo plano, ainda que se admita que a decisão tenha tratado de vários aspectos acerca da isonomia nos concursos públicos.

De se consignar, ainda, que o Ministro Teori Zavascki, em seu voto, ao analisar a indeterminação do conceito de “impedimento temporário”, aliada à vasta gama de situações individuais capazes de interferir na participação dos candidatos, afirma restar evidenciado que, ao reconhecer o direito destes a um tratamento diverso, fica comprometido, dentre outros, o princípio da prevalência do interesse público.

Por fim, o acórdão do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 28.487/DF, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, foi o único no qual se realizou uma abordagem mais ampla a respeito do princípio. Nele, discutia-se uma decisão do STJ, denegando a ordem em Mandado de Segurança, o qual objetivava a suspensão de efeitos da Resolução da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) nº 04/2006, ou, de forma alternativa, a revisão do percentual do Coeficiente de Adequação de Preço (CAP), utilizado nas vendas de medicamentos para os entes administrativos.

Em síntese, a recorrente alegava que essa resolução excedia os limites do poder regulamentar atribuído ao Poder Executivo, ao regular o mercado de medicamentos, inclusive impondo o desconto mínimo obrigatório nos negócios efetuados entre as produtoras e distribuidoras de medicamentos e o Poder Público, caracterizando-se uma atuação abusiva da CMED. Nesse sentido, consta da ementa o seguinte:

EMENTA: Constitucional e Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Supremacia do interesse público sobre o privado. Competência normativa conferida à Administração Pública. Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). Coeficiente de Adequação de Preço (CAP). Lei nº 10.742/2003. Resolução nº 4/2006. Tutela constitucional do direito à saúde (art. 196 CF). Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. 1. A Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) está prevista na Lei nº 10.742/03 como órgão técnico necessário à regulação do setor farmacêutico, justificando-se, especialmente, pelas complexidades do mercado de medicamentos. [...] 5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (RMS 28.487, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, Supremo Tribunal Federal, julgado em 26/02/2013, DJ 15/03/2013, p. 1, grifado no original).

Verifica-se que o tratamento acerca da supremacia do interesse público neste acórdão, diferentemente dos demais, foi feito com maiores detalhes, até mesmo embasando-se na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello. O Relator do caso, Ministro Dias Toffoli, num tópico específico destinado à discussão desse princípio, asseverou que, para decidir a lide, era preciso relembrar as bases do regime jurídico-administrativo, quais sejam: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Após essa afirmação, tratando do primeiro princípio, o Relator colacionou parte das afirmações de Mello, na qual o doutrinador pontua a posição de autoridade da Administração em suas relações com os particulares, dando destaque para a possibilidade de modificar de forma unilateral as relações estabelecidas (BRASIL, 2013, www.stf.jus.br).

No que concerne à indisponibilidade do interesse público, segue apresentando as ideias de Mello, no sentido de que esse princípio implica na impossibilidade de o órgão administrativo dispor livremente dos interesses públicos, devendo somente zelar por estes. Além disso, informa que “sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, tem-se que a atuação do Poder Público é regida por princípios e regras voltadas à consecução **do interesse público**” (BRASIL, 2013, www.stf.jus.br, grifado no original). A partir dessa afirmativa, o Relator traz as reflexões de Mello atinentes ao conteúdo do interesse público – já expostas no capítulo 3, item 3.1, do presente trabalho – e encerra alegando que um dos meios atribuídos ao Poder Público para agir conforme as necessidades da coletividade trata-se do poder regulamentar.

Ou seja, nesse caso, a supremacia do interesse público foi utilizada para explicar o motivo pelo qual é possibilitado ao Poder Público a edição de atos normativos, a fim de regulamentar as leis, já que se estava discutindo a validade da Resolução da CMED. Este acórdão foi o único em que os argumentos foram embasados na doutrina, para que se defendesse a incidência do princípio na relação jurídica. Ainda que a análise tenha sido bastante teórica, não se pode deixar de considerar isso um avanço, já que, como se viu dos acórdãos anteriores, a menção ao princípio foi apenas pontual.

Da análise desses cinco acórdãos, conclui-se que o princípio da supremacia do interesse público foi utilizado pelo STF, nesses casos, sem uma motivação convincente, que apresentasse os interesses em jogo e as razões pelas quais o interesse público deveria prevalecer. Assim, acaba por ser invocado de um modo simples, violando o dever de motivação, o qual é uma garantia para que o princípio

não seja manejado de uma maneira arbitrária. Observa-se, no entanto, que na maioria dessas decisões, a motivação a respeito da incidência do princípio deixou a desejar.

Isto posto, no tópico seguinte, passa-se a realizar a análise a respeito dos acórdãos do STJ envolvendo os princípios em discussão.

4.2 A tratativa da supremacia e da indisponibilidade do interesse público no STJ

Nos mesmos moldes antes adotados, primeiramente serão esclarecidos os métodos e procedimentos de busca das jurisprudências, por meio dos quais foram selecionados os documentos pertinentes para o estudo.

A pesquisa foi realizada, igualmente, no dia 14 de novembro de 2017, no site do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br). Iniciou-se selecionando, na aba “Jurisprudência”, a opção “Pesquisa” e, após, clicou-se em “Jurisprudência do STJ”. Foi adotado o lapso temporal de dois anos (de 14 de novembro de 2015 a 14 de novembro de 2017). Nos campos de busca, digitou-se o seguinte: no campo “Pesquisa Livre”: “supremacia do interesse público” (entre aspas, já que assim retornariam resultados com a exata expressão, facilitando a pesquisa); no campo “Data”: 14/11/2015 a 14/11/2017 (selecionada, ao lado da data, a opção Julgamento); nas caixas relacionadas aos tipos de decisão: marcou-se a caixa Acórdãos. Os campos “Número”, “Ministro(a)”, “Órgão Julgador”, “Ementa/Indexação”, “Legislação” e “Notas” foram deixados vazios, tendo em vista que diminuiriam a quantidade de resultados.

Neste caso, o filtro retornou **vinte resultados**, de modo que se procedeu à leitura desses documentos, a fim de verificar se contribuiriam efetivamente com os objetivos da pesquisa. Dentre os acórdãos encontrados, foram **excluídos quatorze**, por não se encaixarem no perfil desejado, utilizando-se dos seguintes critérios: ter sido mencionado o princípio apenas em ementa copiada de outro julgamento, sem que a decisão tenha implicado na aplicação do princípio; não influenciar na decisão; ou não possuir elementos suficientes para a análise.

Os documentos excluídos foram: dois Agravos Internos no Recurso Especial; um Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial; três Agravos Internos na Suspensão de Segurança; quatro Recursos Especiais; um Mandado de Segurança; um Agravo Regimental no Recurso Especial; um Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença; e um Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Sobraram, portanto, **seis acórdãos**, cuja análise é realizada mais abaixo.

Quanto a pesquisa acerca do princípio da indisponibilidade do interesse público no STJ, foram utilizados os mesmos critérios expostos acima, no mesmo período de dois anos (de 14 de novembro de 2015 a 14 de novembro de 2017), exceto no tocante ao campo “Pesquisa Livre”, onde digitou-se “indisponibilidade do interesse público” (entre aspas, para obter resultados mais exatos). A pesquisa retornou **sete resultados**, sendo que foram excluídos três, com base nos critérios já expostos: um Conflito de Competência, um Recurso Especial e um Recurso Ordinário em *habeas corpus*. Logo, selecionou-se **quatro acórdãos** para examinar.

Estabelecidas tais premissas, parte-se para a análise dos seis acórdãos referentes à supremacia do interesse público e, posteriormente, dos cinco acórdãos relacionados à indisponibilidade do interesse público.

O primeiro acórdão que abordou o princípio da supremacia do interesse público foi proferido nos autos do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 51.563/RJ, num caso em que se discutia a existência de direito líquido e certo de uma servidora pública se afastar, durante o estágio probatório, para realizar estudos no exterior. Observe-se o que consta no conteúdo da ementa:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AUTORIZAÇÃO DE AFASTAMENTO PARA ESTUDO NO EXTERIOR. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE. I - Cinge-se a controvérsia acerca da existência de direito líquido e certo da impetrante, servidora pública em estágio probatório, a ter deferido pedido de afastamento, sem ônus para a administração, para capacitação no exterior. II - A supremacia do interesse público sobre o privado, além de princípio geral de direito, constitui um dos principais alicerces do direito administrativo, de forma a orientar a atuação da administração pública em diversos aspectos, seja internamente ou na sua relação com os particulares. [...] IV - Recurso ordinário improvido. (RMS 51.563/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14/03/2017, DJe 20/03/2017, p. 1).

Nessa ocasião, a aplicação do princípio se deu no voto do Relator, Ministro Francisco Falcão, remetendo-se ao parecer do Ministério Público Federal. O Ministro argumentou que o princípio da supremacia do interesse público trata-se de uma das bases do direito administrativo, norteando a atuação da Administração Pública, tanto em âmbito interno quanto nas relações com particulares. A conclusão final foi pela inexistência de direito líquido e certo da servidora em afastar-se, devido à discricionariedade administrativa relacionada com possibilidade de concessão do afastamento. Dessa maneira, o princípio foi aplicado pontualmente, apenas para

reforçar a ideia de que tal concessão se tratava de um ato discricionário do ente administrativo.

Por sua vez, nos autos do Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.221.580/MS, interposto pela empresa Tubos e Conexões Tigre LTDA. contra decisão do próprio STJ, discutia-se a anulação de um acordo judicial realizado com a Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S/A – SANESUL. O Tribunal de origem havia decidido pela anulação do acordo, já que haveria uma onerosidade excessiva ao ente administrativo, com base na supremacia do interesse público. Nesse sentido, a ementa que segue:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. MALFERIMENTO DOS ARTS. 131, 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/73, 104 E 184 DO CÓDIGO CIVIL. SÚMULA 7/STJ. [...] 4. Hipótese em que o Tribunal local entendeu, com fundamento no conjunto probatório dos autos, pela anulação do acordo realizado entre as partes a fim de preservar a supremacia do interesse público e evitar dano ao Erário. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt nos EDcl no REsp 1221580/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 15/12/2016, DJe 19/12/2016, p. 1).

Um dos argumentos da empresa agravante era de que haveria contradição na decisão recorrida, devido ao fato de o Tribunal ter somente dispensado a realização de perícia e anulado o acordo, embasado na supremacia do interesse público, sem demonstrar a onerosidade excessiva. A concordância do STJ com a aplicação do princípio é verificada no seguinte trecho do voto do Relator:

inexiste a contradição apontada, porquanto a Corte de origem entendeu que não ocorrera o cerceamento de defesa alegado pela parte recorrida (e-STJ fl. 4.446) para, num segundo momento, entender pela anulação do acordo com base na leitura que dele fizera e com fundamento nos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. (AgInt nos EDcl no REsp 1221580/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 15/12/2016, DJe 19/12/2016, p. 7).

Logo, o julgador limitou-se a indicar a prévia aplicação do princípio, sem adentrar na análise de sua aplicação no caso. Tão somente proferiu tais palavras e colacionou, logo após, trechos do voto condutor no acórdão do Tribunal de origem, nestes termos:

assim, conclui-se que sempre que houver conflito entre um particular e um interesse público coletivo deve prevalecer o interesse público. [...] **Como se**

verifica dos autos, o acordo judicial firmado entre o apelante e a empresa requerida, encareceu o valor dos títulos executados que resultaram na ação rescisória e, por conseqüência, no acordo entabulado naqueles autos, já que foram previstos encargos excessivamente onerosos, como a previsão, inclusive, de capitalização mensal que restou afastada pela sentença recorrida. Dessa forma, em nome da supremacia do interesse público sobre o particular e ainda da indisponibilidade do interesse público, a fim de evitar danos de difícil reparação, senão irreversíveis, ao erário público e, por conseqüência, a coletividade impõe-se a anulação da transação judicial firmada entre as partes. (Aglnt nos EDcl no REsp 1221580/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 15/12/2016, DJe 19/12/2016, p. 7, grifado no original).

Já no Agravo Interno na Suspensão de Segurança nº 2.836/PB, abordava-se uma decisão judicial que determinou, em favor de um servidor público, o exercício do cargo de auditor de contas durante um período em que o Tribunal estaria fechado, a fim de que ele pudesse frequentar dois cursos. O Estado da Paraíba defendeu que essa decisão lesionaria a ordem administrativa e a economia pública, porque, ao abrir o órgão apenas para que esse servidor pudesse trabalhar, ocorreriam gastos ao Poder Público, contrariando o princípio da supremacia do interesse público.

Nessa situação, o Relator, Ministro Francisco Falcão, asseverou o seguinte:

da exordial dessume-se que a decisão suspensa poderia mesmo provocar lesão à ordem administrativa e econômica, cogitando-se de **vulneração ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado**. Observa-se, na prática, a intervenção do Judiciário na seara administrativa, haja vista que a decisão teria o condão de fazer tábula rasa nos regramentos internos que alteraram o horário do Tribunal de Contas estadual, alteração, aliás, determinada para atingir o objetivo precípuo de reduzir custos em atenção aos cortes orçamentários efetivamente experimentados. [...] Essa situação importa em vantagem desproporcional frente ao interesse público legítimo de contenção necessária de gastos e de administração de suas próprias atividades pelo órgão ao qual se acha funcionalmente vinculado. (Aglnt na SS 2.836/PB, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 17/08/2016, DJe 30/08/2016, p. 6-7, grifo próprio).

Desse modo, no presente caso, houve uma reflexão mais elaborada quanto aos interesses em choque, para que se pudesse concluir pela manutenção do interesse público.

No Recurso Especial Nº 1.444.957/MG, a controvérsia girava em torno do pagamento de direitos autorais, em virtude da execução de obras musicais em eventos organizados por entes públicos, através de empresas contratadas por meio de licitação. Assentou-se que a responsabilidade por esse pagamento não poderia ser transferida à Administração, já que as regras da lei de licitações (Lei nº 8.666/93)

devem prevalecer sobre as regras de direito autoral, justamente em vista da supremacia do interesse público.

O Relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, adotou o princípio no caso, utilizando a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para chegar à conclusão de que o predomínio das regras da lei de licitações, quando colidirem com a lei de direitos autorais, é consequência lógica da supremacia do interesse público. Por esta razão, a Administração Pública somente poderá ser responsabilizada pelo pagamento desses valores quando agir com culpa, deixando exercer o dever de fiscalização ao correto cumprimento do contrato.

Outro acórdão no qual houve menção ao princípio foi o proferido nos autos do *habeas corpus* nº 317.535/SP. Relacionava-se com o direito de visita a um preso, numa circunstância em que a mãe não poderia se submeter à revista pessoal, devido a impedimentos físicos. Assim, objetivava a visita direta ao filho preso, o que foi negado, como se percebe da ementa:

EXECUÇÃO PENAL. **HABEAS CORPUS**. [...] VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INOCORRÊNCIA. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA ORDEM E DA DISCIPLINA NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] IV - Embora assegurado expressamente pela Lei de Execução Penal (**art. 41, inciso X, da Lei n. 7.210/84**), o direito de visita não possui caráter absoluto, sendo indevida sua sobreposição à disciplina interna garantidora da ordem nos presídios, devendo o interesse privado ceder espaço à primazia do interesse público. V - Ressalte-se que as visitas prosseguem, estando restrito apenas o contato físico entre os pacientes, o que assegura, de modo proporcional, o direito à visita do preso e a segurança interna do estabelecimento prisional. **Habeas corpus não conhecido**. (HC 317.535/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 18/02/2016, DJe 26/02/2016, p. 1-2, grifado no original).

Logo, como se constata, a supremacia do interesse público foi invocada como forma de afastar o direito de visita direta, com a finalidade de manter a ordem prisional, já que, por este meio, poderiam ingressar objetos proibidos no sistema prisional. Dessa maneira, no entendimento do Ministro Relator, o interesse público, representado pela segurança interna do estabelecimento prisional, deveria prevalecer proporcionalmente em relação ao direito de visita, pois as visitas continuariam, ainda que sem contato físico.

Por fim, no acórdão proferido nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.148.294/SP, tratando de matéria previdenciária, debatia-se acerca do direito à aposentadoria de trabalhador urbano, com a comprovação de tempo de serviço rural e atividade especial, devido ao agente nocivo ruído. O princípio foi utilizado para afastar uma alegação do agravante de que o INSS não havia impugnado os documentos que comprovavam a atividade insalubre. O recorrente argumentava que, além de a autarquia nunca ter impugnado os documentos carreados aos autos, não havia prova de que as atividades exercidas não eram insalubres.

Desse modo, o Relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz, afirmou o seguinte, para afastar tal alegação:

no tocante à alegação de que o INSS jamais impugnou os documentos comprobatórios da atividade insalubre, prevalece nesta Corte a compreensão de que o efeito material da revelia, consubstanciado na presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor, não se opera contra a Fazenda Pública, tendo em vista a **supremacia do interesse público**. (AgRg no REsp 1148294/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016, p. 8-9, grifo próprio).

Portanto, dos acórdãos do STJ que foram analisados, invocando a supremacia do interesse público, pôde-se notar que este princípio também acaba sendo utilizado sem uma motivação consistente. Na maioria das hipóteses, a menção é curta e pouco se comenta a respeito dos interesses verificados no caso concreto. Dessa maneira, o emprego do princípio pelo Tribunal acabou sendo feito sem um maior cuidado na fundamentação.

Expostas as principais ideias em torno dos seis acórdãos que abordaram o princípio da supremacia do interesse público, parte-se para a análise dos acórdãos que trataram da indisponibilidade do interesse público.

O primeiro deles foi proferido no Recurso Especial nº 1.503.007/CE, no qual se analisava a possibilidade de uma associação representar municípios judicialmente. Na situação, a Associação dos Municípios e Prefeitos do Estado do Ceará (Aprece) ingressou com uma ação em face da União, para condená-la a complementar os valores do FUNDEF (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério), tendo as instâncias inferiores extinguido o processo pela ilegitimidade ativa da requerente.

O Relator, Ministro Herman Benjamin, concluindo pela impossibilidade de os municípios serem representados por associações, em vista da indisponibilidade do interesse público, assim expôs:

Todavia, em qualquer tipo de ação, permitir que os Municípios sejam representados por associações equivaleria a autorizar que eles dispusessem de uma série de privilégios materiais e processuais estabelecidos pela lei em seu favor. E, como esses privilégios visam a tutelar o interesse público, não há como os Municípios disporem deles ajuizando suas ações por meio de associações, pois o interesse público é indisponível. (REsp 1503007/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14/06/2017, DJe 06/09/2017, p. 10).

Tratando da mesma situação, o Recurso Especial nº 1.407.548/CE concluiu em idêntico sentido, remetendo-se ao entendimento firmado no julgamento daquele recurso. Logo, nesses casos, prevaleceu a ideia de que os municípios não poderiam se fazer representar por associações, já que estas não possuiriam os benefícios que a lei confere à Administração Pública para sua atuação em juízo e, por conseguinte, estariam dispondo do interesse público.

Por seu turno, o Recurso Especial nº 1.297.250/PR, interposto pela empresa Limp Soft - Logística e Transportes LTDA. contra acórdão do TJPR, tratava de matéria tributária e debatia a penhora de crédito de precatório. O Estado do Paraná, recorrido, não havia declarado no prazo legal a sua intenção em alienar os créditos penhorados. Dessa forma, a recorrente argumentava que o direito de requerer essa alienação estaria precluso.

No voto do Ministro Gurgel de Faria, ele expôs, dentre outras coisas, que

[...] ante a indisponibilidade do interesse público, a inércia processual das procuradorias fazendárias não pode impor à Fazenda (exequente) a sub-rogação de direito, seja qual for o motivo de este ter sido, de início, penhorado, em detrimento do montante do crédito tributário a ser satisfeito pela parte executada, com os acréscimos legais. (REsp 1297250/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 08/06/2017, DJe 22/06/2017, p. 7-8).

Todavia, o Tribunal acabou por rejeitar esse entendimento e seguir o da Ministra Regina Helena Costa, que, ao comentar a respeito da aplicação desse princípio, asseverou o seguinte:

además, a invocada indisponibilidade do interesse público fundamentadora das prerrogativas da Fazenda Pública não elide a necessidade de o Estado, enquanto parte na relação processual, observar o regime jurídico geral do processo executivo, como também não impede que se opere a preclusão para a opção apontada, na eventualidade de omissão das suas Procuradorias Fazendárias. (REsp 1297250/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FÁRIA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 08/06/2017, DJe 22/06/2017, p. 20).

Desse modo, percebe-se que a Ministra afastou uma aplicação desmedida desse princípio, prezando pela obediência do Estado às determinações processuais, quando estiver litigando em juízo. Não fosse assim, permitir-se-ia que essas prerrogativas fossem invocadas pela Administração Pública, quando atuante em processo judicial, para descumprir com os prazos estabelecidos na legislação processual.

Finalmente, o último acórdão no qual houve a utilização da indisponibilidade do interesse público referia-se à ocupação irregular de um imóvel público, de propriedade do município de São Paulo. O município ingressou com ação possessória contra terceiros que estavam ocupando o bem público, objetivando a reintegração de posse e ser indenizado em perdas e danos, em vista da permanência dos particulares no local. O Tribunal de origem havia concedido a reintegração, porém, entendeu ser incabível a indenização, por entender que havia boa-fé na ocupação. Depreende-se da ementa do julgado o que segue:

ADMINISTRATIVO. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DO MUNICÍPIO. INEXISTÊNCIA DE ATO FORMAL AUTORIZANDO A OCUPAÇÃO DO IMÓVEL PELO PARTICULAR. IRREGULARIDADE. BOA-FÉ QUE NÃO PODE SER PRESUMIDA. DEVER DE INDENIZAR. EXISTÊNCIA. 1. Na origem, trata-se de Ação Possessória promovida pelo Município de São Paulo contra São Paulo Gigante Base-Ball Clube e Clube Desportivo Municipal Manoel Abreu visando à reintegração de posse de bem dominical e à condenação ao pagamento de indenização por perdas e danos pela ocupação da área, a ser calculada de acordo com o valor locatício do bem. 2. O acórdão recorrido deferiu a reintegração de posse pleiteada, mas considerou indevido o pagamento da indenização pretendida pelo Município. A municipalidade sustenta que esta parte da decisão viola os arts. 186 e 1.216 do Código Civil. [...] (REsp 1370254/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 08/11/2016, DJe 29/11/2016, p. 1).

O Relator, Ministro Herman Benjamin, para sustentar que haveria a necessidade de pagamento da indenização pelos demandados, alegou que não havia boa-fé na ocupação, uma vez que nunca tinha sido efetivado um instrumento de concessão ou permissão para uso do bem. Dessa maneira, enfatizou no sentido de

que “[...] a eventual omissão do Poder Público Municipal em adotar as medidas que seriam cabíveis para se opor à ocupação irregular não transforma o ilícito em lícito, diante do **princípio da indisponibilidade do interesse público**” (BRASIL, 2016, www.stj.jus.br, grifo próprio). Consequentemente, concluiu, sendo acompanhado pelos demais Ministros, que o Município deveria ser indenizado pelos frutos que deixou de perceber, nos moldes do artigo 1.216 do Código Civil.

De tudo o que foi apresentado, observa-se que o emprego do princípio da indisponibilidade também costuma ser feito de forma pontual, sem adentrar nas reflexões a respeito da caracterização do interesse público no caso. Com a ressalva do voto proferido pela Ministra Regina Helena Costa, no Recurso Especial nº 1.297.250/PR, em que esta afastou a aplicação desmesurada da indisponibilidade no caso, a invocação do princípio pelo Tribunal foi pouco motivada nessas demandas. Não se pode deixar de perceber o risco de que os Tribunais, por meio de uma motivação deficitária, equivoquem-se ao fazer preponderar o interesse público, já que é da própria concepção desses princípios a necessidade de se respeitar os interesses protegidos pelo ordenamento jurídico.

5 CONCLUSÃO

Observando as reflexões que foram traçadas no presente trabalho monográfico, constata-se uma certa complexidade em torno da utilização da supremacia e da indisponibilidade do interesse público na prática judiciária, o que não deixa de instigar a discussão a respeito do tema. Ao início deste estudo, partiu-se de uma preocupação quanto à aplicação dos referidos princípios nas relações com os cidadãos, temendo-se que eles revelassem um meio de legitimação de arbitrariedades, em evidente desconsideração aos direitos e garantias fundamentais assegurados aos administrados pelo ordenamento jurídico.

No entanto, ao voltar os olhos, primeiramente, para a evolução do Direito Administrativo através dos períodos históricos, é possível perceber que este ramo jurídico, para que viesse a apresentar sua configuração atual, desenvolveu-se sob dois principais aspectos: tanto pelo abandono da ideia de um poder estatal ilimitado e desmedido, quanto pelo conseqüente distanciamento de um individualismo puro e pela constante valorização da ideia de solidariedade social. A superação do arbítrio do monarca, verificado nos períodos absolutistas, por meio da instituição do denominado Estado de Direito, que encontra na lei os seus limites e reconhece a cada indivíduo a condição de sujeito de direitos, sem dúvida foi o ponto crucial para que o Direito Administrativo despontasse como ciência autônoma.

A transição dos modelos estatais igualmente reflete a grande mudança do papel do Estado, que, inicialmente, era tido como um mero “guarda-noturno”, encarregado apenas de abster-se de interferir nas relações entre particulares, preservando as liberdades reconhecidas aos indivíduos. A desigualdade social gerada pela adoção do Estado Liberal foi o estopim para que se constatasse a necessidade de um Estado mais interventor e prestacional, que promovesse o bem-estar social. É neste momento, do Estado Social, que o Direito Administrativo se expande consideravelmente, já que, para atender as demandas sociais, o aparelhamento estatal precisou se amplificar.

Entretanto, essa expansão e intervenção desmedida permitiu o surgimento de regimes totalitários, os quais novamente retrocederam para a ideia de poder desenfreado, que ignora valores fundamentais e desrespeita direitos básicos dos cidadãos. Nesse contexto, a afirmação de um Estado Democrático de Direito, com o resgate de valores como a dignidade da pessoa humana, trouxe uma nova roupagem

inclusive para o Direito Administrativo. Uma das repercussões trata-se justamente da valorização dos princípios como forma de nortear a atuação da Administração Pública, cuja importância é notada pela própria Constituição Federal de 1988, ao enunciar, no *caput* de seu artigo 37, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Não são, porém, apenas estes os princípios que orientam a atividade administrativa, visto que, partindo dos que foram apresentados, há muitos desdobramentos em outros princípios. Do mesmo modo, pode-se extrair, do ordenamento jurídico, princípios implícitos que possibilitam à Administração o cumprimento de seus deveres e a consagração de seus fins: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público. Por meio deles, possibilita-se ao Poder Público a utilização de prerrogativas próprias nas relações jurídicas estabelecidas com o Estado, no único e indisponível intuito de alcançar a finalidade principal da atividade administrativa: atender ao interesse público.

Sendo assim, as prerrogativas conferidas por intermédio dos princípios estudados nada mais fazem do que vincular a Administração ao cumprimento de seus fins, os quais, na realidade, revertem em favor dos próprios administrados. Isso porque, ao viver numa coletividade, todos os indivíduos nutrem a expectativa de que ocorrerá a prosperidade do meio em que está inserido. É essa visão solidária e coletiva que compõe o chamado interesse público, formado pela dimensão dos próprios interesses resguardados aos indivíduos pelo ordenamento jurídico.

Tendo em mente que o ser humano é um ser social, torna-se necessário admitir que, para possibilitar a vida em sociedade, afastando ações egoísticas de seus membros, deve haver algo regulando e impondo restrições ao exercício de liberdades, até mesmo porque estas não são absolutas, sob a égide da Constituição Federal. Portanto, ao se elevar o interesse público a um patamar fundamental, busca-se superar o individualismo e proclamar um ideal de solidariedade a ser perseguido pelo Estado-Administração.

Disso, extrai-se que o papel da Administração Pública é observar as normas do Direito Administrativo em sua atuação, sempre no sentido de atender ao interesse público, pois somente assim haverá uma boa Administração, que atende aos anseios da coletividade. Logo, embora exista a preocupação com a maneira de agir da Administração, não se pode olvidar dos inúmeros deveres aos quais ela está submetida, destacando-se, dentre eles, o dever de motivação de seus atos. No

momento em que se conjuga a necessidade de motivação dos atos administrativos com a possível utilização dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, impede-se qualquer utilização arbitrária de tais conceitos, porque caberá ao administrador apresentar justificativas consistentes para a prática do ato embasado neles. Com isso, pode-se dizer que a motivação é a solução para que estes princípios não sejam manejados de uma maneira abusiva, eis que, se isto ocorrer, poderá o interessado requerer judicialmente a sua invalidação.

O que se pôde notar, no entanto, foi que a própria jurisprudência muitas vezes tem utilizado a supremacia e a indisponibilidade do interesse público de um modo despreocupado e pouco motivado, desvirtuando-os na prática e contrariando o que os doutrinadores que sustentam a validade destes princípios tanto combatem. A simples menção aos princípios, numa espécie de reforço para a decisão final ou para algum posicionamento firmado, foi recorrente nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que foram submetidos a análise. Se os Tribunais Superiores têm utilizado os princípios de tal forma, é inegável a influência que este modo de proceder exerce sobre os demais Tribunais e, inclusive, sobre a própria Administração Pública.

Essa aplicação desmedida da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, até mesmo pelo Poder Judiciário, desprendendo-se do dever de motivação substancial, deve ser combatida de imediato. Por conseguinte, com o presente trabalho, deixa-se a contribuição no sentido de que é indispensável a imediata conscientização, pelos operadores jurídicos, de que os princípios estudados não servem para ser usados de um modo complementar, sem explicitar seu conteúdo e as razões de sua incidência no caso concreto. Pelo contrário: eles é que devem ser complementados, no momento em que estiverem sendo utilizados, por meio da motivação, que lhes confere o verdadeiro sentido almejado pelo ordenamento jurídico.

Portanto, como resposta ao problema proposto, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, corriqueiramente, não têm cumprido com o dever de motivação substancial, pouco referindo acerca do conteúdo do interesse público nos casos concretos sujeitos à sua análise e, conseqüentemente, atribuindo uma subjetividade na aplicação destes princípios. Todavia, tais práticas não levam à desconsideração da importância que eles desempenham para a manutenção da própria sociedade, porquanto a essência do interesse público está voltada para a satisfação das necessidades coletivas.

Destarte, tanto os administrados quanto os operadores jurídicos e intérpretes do Direito devem se atentar para a maneira com que tais institutos jurídicos estão sendo empregados, haja vista ser de interesse de todos os cidadãos o atendimento ao efetivo interesse público.

Resta afirmar, finalmente, que entender o papel assumido pelo Estado, numa perspectiva democrática, é compreender a necessidade de se promover bem-estar de todos, construindo uma sociedade mais justa e com igualdade de condições, atendendo aos objetivos fundamentais estabelecidos pela Constituição Cidadã.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito administrativo descomplicado*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BRASIL. ADI nº 1.626/UF. Rel. Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, julgado em 15/12/2016. DJe 03/03/2017. Disponível em: <www.stf.jus.br/>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. AgInt nos EDcl no REsp nº 1.221.580/MS. Rel. Ministro Og Fernandes. Segunda Turma, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 15/12/2016. DJe 19/12/2016. Disponível em: <www.stj.jus.br/>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. AgInt na SS nº 2.836/PB. Rel. Ministro Francisco Falcão. Corte Especial, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 17/08/2016. DJe 30/08/2016. Disponível em: <www.stj.jus.br/>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. AgRg no REsp nº 1.148.294/SP. Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 16/02/2016. DJe 25/02/2016. Disponível em: <www.stj.jus.br/>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. ARE nº 992.000 AgR/CE. Rel. Ministro Dias Toffoli. Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, julgado em 31/03/2017. DJe 27/04/2017. Disponível em: <www.stf.jus.br/>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. ARE nº 681.780 AgR/DF. Rel. Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, julgado em 27/08/2013. DJe 22/10/2013. Disponível em: <www.stf.jus.br/>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. HC nº 317.535/SP. Rel. Ministro Felix Fischer. Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 18/02/2016. DJe 26/02/2016. Disponível em: <www.stj.jus.br/>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. *Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980*. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. RE nº 630.733/DF. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, julgado em 15/05/2013. DJe 20/11/2013. Disponível em: <www.stf.jus.br/>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. REsp nº 1.444.957/MG. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 09/08/2016. DJe 16/08/2016. Disponível em: <www.stj.jus.br/>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. REsp nº 1.503.007/CE. Rel. Ministro Herman Benjamin. Primeira Seção, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14/06/2017. DJe 06/09/2017. Disponível em: <www.stj.jus.br/>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. REsp nº 1.407.548/CE. Rel. Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 27/06/2017. DJe 30/06/2017. Disponível em: <www.stj.jus.br/>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. REsp nº 1.297.250/PR. Rel. Ministro Gurgel de Faria, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa. Primeira Turma, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 08/06/2017. DJe 22/06/2017. Disponível em: <www.stj.jus.br/>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. REsp nº 1.370.254/SP. Rel. Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 08/11/2016. DJe 29/11/2016. Disponível em: <www.stj.jus.br/>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. RMS nº 28.487/DF. Rel. Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, julgado em 26/02/2013. DJe 15/03/2013. Disponível em: <www.stf.jus.br/>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. RMS nº 51.563/RJ. Rel. Ministro Francisco Falcão. Segunda Turma, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14/03/2017. DJe 20/03/2017. Disponível em: <www.stj.jus.br/>. Acesso em: 14 nov. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ENTERRÍA, E. G.; FERNANDES, T. R. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GABARDO, E.; HACHEM, D. W. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, R. F.; HACHEM, D. W. (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Disponível em: < http://www.danielwunderhachem.com.br/img/artigos/arquivo_20150520163631_22.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Curitiba: UFPR, 2011. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas – Mestrado), Universidade Federal do Paraná, 2011. Disponível em: < <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 31 out. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 89, p. 8-33, 1967. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/30088/28934>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 2. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GEN, 2009.