



### **JUÍZO SUBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS DILEMAS DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.**

*SUBJECTIVE JUDGMENT OF PUBLIC ADMINISTRATION: THE DILEMMAS OF JURISDICIONAL CONTROL AND THE SUPREMACY OF THE PUBLIC INTEREST.*

**Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça**

Pós-Doutora e Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professora Titula do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Ceará (Brasil).  
E-mail: [liridacalou@unifor.br](mailto:liridacalou@unifor.br)

**Ivson Antonio de Souza Meireles**

Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Ceará (Brasil).  
E-mail: [ivson.meireles@hotmail.com](mailto:ivson.meireles@hotmail.com)

**Editora Científica:**

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago

**DOI – 10.5585/rtj.v4i2.231**

Submissão: 11.08.2015

Aprovação: 01.12.2015

#### **RESUMO**

---

O presente trabalho dispõe-se a estudar o juízo subjetivo da Administração Pública, perpassando por dilemas notadamente cingidos a uma velha concepção de Direito Administrativo. Dessa forma, destacam-se inicialmente os atos administrativos vinculados e discricionários, revelando a importância destes para o atendimento das premissas sociais e a submissão de ambos aos ditames da Constituição Federal. Ademais, passa-se a analisar a possibilidade de controle realizado pelo Poder Judiciário sobre a Administração Pública, perquirindo seus limites, mormente quando esta atua em face de um juízo de valor próprio, de forma a superar a restrita visão atribuída ao princípio da legalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Juízo subjetivo; Administração Pública; Interesse Público.

# JUÍZO SUBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS DILEMAS DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

## **ABSTRACT**

---

*This work has to study the subjective judgment of Public Administration, passing by dilemmas notably related to an old conception of Administrative Law. Thus, they stand out initially administrative actions related and discretionary, revealing the importance of these to meet the social needs and the submission of both the dictates of the Constitution. Moreover, it is going to examine the possibility of control performed by the judiciary on Public Administration, identifying their limits, especially when it acts in the face of its own value judgment, in order to overcome the restricted view attributed to the principle of legality.*

**KEYWORDS:** *Subjective judgment; Public administration; Public Interest.*

## **INTRODUÇÃO**

Atuar com progressiva independência na edição e efetivação dos atos administrativos, de forma a conduzir sua atividade com eficiência, traduz-se em objetivo basilar da Administração Pública na tutela da sua finalidade, qual seja, a proteção das garantias públicas e individuais.

Ocorre que, a despeito do zelo constitucional à independência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, adotado no Brasil, em que pese as funções harmônicas de, respectivamente, administrar, editar leis e de aplicar o direito, a atividade administrativa, realizada em qualquer um desses Poderes, sobretudo nos atos do Poder Executivo, deve se sujeitar ao basilar controle judicial que viabilize o equilíbrio entre os mesmos.

O controle judicial é definido como a prerrogativa fiscalizadora que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário. Neste sentido, estariam sujeitos ao exame de legalidade e constitucionalidade os atos emanados pela Administração Pública, com o objetivo de ratificar a legitimidade que lhes é atribuída e garantir condições para a real proteção do interesse público, que, como tradicionalmente defendido, caracteriza a finalidade exclusiva desses atos.

Trazem-se à baila, assim, os atos administrativos oriundos de um juízo de valor subjetivo, definidos como aqueles emanados pelo agente público a partir da análise da conveniência e oportunidade da conduta autorizada pela lei.

Nesses atos, a despeito da subsistente análise de legalidade a qual estão sujeitos, importante se faz questionar até que ponto a atividade jurisdicional poderá controlá-los, haja

## JUÍZO SUBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS DILEMAS DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

vista que a efetivação dos mesmos se dá com a liberdade de escolha entre as condutas possíveis, realizando-se um discernimento pessoal que inicialmente se desvincularia da apreciação do Poder Judiciário, dado o distanciamento existente entre o juiz e a prática corriqueira da Administração Pública.

De outro modo, um mero controle de legalidade a ser concretizado pelo Judiciário poderia não atingir a finalidade destinada a promover o equilíbrio entre os Poderes e a tutela das garantias dos cidadãos, quando o administrador não se mostrar direcionado para este fim.

Aborda-se, outrossim, que o princípio da supremacia do interesse público, comumente justificador da atuação administrativa baseada na discricionariedade, tende a comprometer a efetivação das prerrogativas constitucionais, ante a predominância de uma visão clássica enrijecida e estritamente legalista, em descompasso aos ideais pregados pela Constituição Federal.

Nesse diapasão, a pesquisa responderá aos seguintes questionamentos: a análise estritamente legal dos atos administrativos oriundos de um juízo de valor subjetivo possibilita o efetivo controle da Administração Pública? O princípio da supremacia do interesse público está em conformidade com os ditames constitucionais de proporcionalidade e proteção de direitos e garantias fundamentais? O Direito Administrativo denota uma visão arcaica, comprometedora da eficácia dos princípios constitucionais?

O tema denota relevância atual, haja vista que o controle jurisdicional dos atos administrativos e a aplicação do princípio da supremacia do interesse público tendem a perpassar pela análise de casos concretos diversificados, oriundos da atividade administrativa discricionária de realização cotidiana. Essa pluralidade de acontecimentos revela debates e discussões instigantes, especialmente no que concerne aos limites da atuação jurisdicional, a efetivação dos princípios constitucionais e a formação de uma nova roupagem do Direito Administrativo.

A metodologia utilizada neste escrito cuidou de garantir um estudo bibliográfico convencional no que se refere às seções que abordam o Direito Administrativo e sua necessária correspondência com Direito Constitucional, definindo-se como qualitativa e exploratória, com o fim de aprofundar os estudos acerca do tema, notadamente os limites assinalados e a alegação da absoluta supremacia do interesse público sobre o privado – que configuram dilemas associados ao juízo subjetivo da Administração Pública.

## JUÍZO SUBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS DILEMAS DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

### 1. VINCULAÇÃO E JUÍZO SUBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O sistema legal que norteia a atuação do gestor público, na perspectiva inafastável de promoção do bem da coletividade, é marcado pela edição de normas voltadas a delinear o exercício da sua função, a fim de que os atos administrativos emanados possam produzir materialmente os resultados pretendidos.

Neste sentido, por vezes, o legislador traça parâmetros normativos que obrigam o gestor a trilhar pelo estrito caminho indicado pela norma, dada a possibilidade de regulação objetiva do caso concreto. Outras vezes, em razão da necessidade de uma apreciação peculiar do administrador, tendo em vista a importância da tomada de decisões daquele que participa diariamente da atividade administrativa, conhecendo de perto as premências da coletividade, o legislador destina maior liberdade de atuação para este, sem, entretanto, abandonar a exigência de conduta legal.

Assim, tem-se que ato vinculado é aquele em que a lei estabelece todos os requisitos a serem cumpridos detidamente pelo administrador, sem qualquer margem de liberdade para que este possa expressar algum juízo de valor e análise quanto à conveniência e oportunidade para a realização do ato administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 9), acerca da vinculação administrativa, aponta que:

Haveria atuação vinculada e, portanto, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o *único* possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja postura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu *objetivo* reconhecimento.

O imperativo legal de cumprimento de todas as exigências emanadas pelo legislador se apresenta de forma tão impositiva, que a inobservância de qualquer uma dessas determinações incorre na necessidade de anulação do ato administrativo. Isso ocorre porque o fim alvitado pela norma somente será alcançado, nestes casos, quando estritamente observadas as suas disposições, devendo ser retirado da esfera administrativa qualquer ato que não atente para tanto.

Dessa forma, diante da vinculação administrativa, o particular tem o direito subjetivo de requerer à autoridade a emanção do ato tal como determina a lei, posto que, para um dado

## JUÍZO SUBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS DILEMAS DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

caso concreto, o ordenamento jurídico dispôs que outra conduta não poderia ser tomada senão aquela devidamente descrita na norma. Parte-se do entendimento de que algumas situações jurídicas devem ser reguladas com objetividade plena, cabendo ao agente obedecer à lei para a garantia do seu propósito.

A discricionariedade, em contrapartida, diz respeito ao grau de liberdade a ser exercitado pelo administrador público na tomada de decisões, ao deparar-se com o caso concreto determinado. Neste âmbito, a lei atribui ao agente a prerrogativa de realização de um juízo de valor próprio, de forma a alcançar a escolha mais conveniente e oportuna para o interesse público, de acordo com os limites mais brandos impostos pela lei. Pazzaglini Filho (2003, p. 95), discorrendo acerca do assunto, conceitua:

A discricionariedade administrativa é o dever-poder que tem o agente público, no exercício das funções públicas de sua competência, perante a liberdade de ação advinda da norma jurídica aplicável ou dos conceitos jurídicos indeterminados de valor dela constantes que não permitem, em situação concreta, a aplicação de uma medida ou solução administrativa única ou homogênea, de escolher, segundo os princípios constitucionais [...] que regem a Administração Pública, a medida ou solução legal que melhor concretiza o fim público que deflui da norma.

Denota-se que a discricionariedade, assim como a vinculação, decorre do grau de autonomia destinado ao agente público, resultante estritamente da lei – mais ainda, da Constituição Federal – para que, diante das premências da coletividade, possa optar apropriadamente por uma das soluções possíveis. Com a discricionariedade, reconhece-se a capacidade do administrador público em escolher a solução mais pertinente para o caso concreto, haja vista a sua experiência diária com a atividade administrativa, o que lhe atribui subsídios suficientes para perfazer as necessidades encontradas, progressivamente crescentes. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 67), neste sentido, assinala:

Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar, isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas.

Assim, há uma determinação subjetiva do agente público, com relação à situação posta à análise, especificamente no que tange à verificação da oportunidade e conveniência

## **JUÍZO SUBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS DILEMAS DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

para a realização do ato, caracterizadores do chamado mérito administrativo. A oportunidade, neste sentido, diz respeito ao momento adequado para a realização do ato, enquanto a conveniência consiste na ação oportuna para o concreto alcance do interesse público.

Há de se destacar, todavia, que o juízo de valor emitido pelo administrador encontra limite de cunho essencialmente constitucional. Por ora, a discricionariedade é exigida quando a própria lei dispõe expressamente a possibilidade de decisão do agente público conforme a conveniência do ato; em razão de omissão legal, haja vista a impossibilidade do legislador em prever todas as situações a serem reguladas pela norma – caso em que o administrador deverá agir em conformidade com os princípios constitucionais – ou, ainda, quando a lei dispõe acerca da competência para a prática do ato, sem, contudo, determinar a forma de atuação diante do caso concreto.

Neste sentido, o motivo e o objeto do ato, ao serem auferidos, não podem se desvincular do objetivo público intrínseco, haja vista a indissociável relação deste com aqueles elementos, marcados pela necessidade de escolha de uma circunstância de fato capaz de fundamentar o resultado imediato do ato administrativo, de forma a alcançar uma específica finalidade exigível para o caso concreto (promoção da saúde, saneamento básico, educação, etc).

Ocorre que o instituto da discricionariedade, como se denota, pode abrir margem para condutas que se afastam das prerrogativas constitucionais, seja porque o administrador não incorpora de forma pertinente o anseio constitucional, efetivando conduta incoerente com o ordenamento jurídico, seja porque, intencionalmente, não se mostra voltado para esse fim.

Mendonça (2010, p. 345) aduz que “um dos maiores entraves à gestão pública moderna e eficiente, no setor público, é sem dúvida a corrupção, presente em toda a história da humanidade e considerada a filha da impunidade [...]. Nestes casos, o ato administrativo estará claramente eivado de inconstitucionalidade, devendo ser anulado a partir do controle realizado pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário.

Assim, tem-se que os atos administrativos podem ser provenientes da atividade vinculada, em que é marcante a objetividade da lei em relação à atuação do gestor público, ou decorrentes das atividades administrativas baseadas na discricionariedade, que, diante do maior grau de liberdade de ação atribuída ao administrador, expressam um juízo de valor

## **JUÍZO SUBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS DILEMAS DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

relevante para a efetivação das prerrogativas constitucionais, mormente quando a lei não se mostra capaz.

### **2. O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS**

A Administração Pública, como cediço, deve estar sempre voltada a executar as suas atividades com a presteza, probidade e eficiência, tendo em vista a necessária proteção das prerrogativas constitucionais, que por sua vez exprime um interesse público ou individual a ser garantido não só pela norma, mas igualmente pelo gestor em sua atuação, dada a ponderação realizada.

Reconhece-se que, sem a observância de tais preceitos de conduta, essa finalidade administrativa termina por ser esquecida na prática, desembocando em ações que defasam o sistema público, estigmatizam a Administração pela obsoleta, dispendiosa, morosa e descompassada prestação dos seus serviços, bem como comprometem o alcance da boa administração da coisa pública.

A inobservância das condutas assinaladas incorre, ainda, no surgimento de práticas voltadas para a implementação de interesses pessoais dos agentes a serviço da Administração. Assim, macula-se a atividade administrativa pela violação aos ideais éticos, de probidade ou honestidade na sua atuação, a exemplo de comportamentos danosos ao erário, baseados no desvio de verbas, como rotineiramente se vivencia na Administração Pública brasileira.

Neste sentido, há de se ressaltar que os atos administrativos discricionários, ao atribuírem ao administrador a prerrogativa quanto à realização de um juízo de valor pessoal dentro dos limites da lei, aduzindo acerca do momento de sua concretização e conveniência executória, por vezes possibilita ao gestor público, conforme o caso concreto, margem de “liberdade” para a promoção de condutas contrárias à efetivação dos direitos fundamentais, ferindo a moralidade administrativa ou simplesmente inibindo o bom andamento das atividades a serem cumpridas, haja vista, neste último caso, a escolha de soluções equivocadas ou impertinentes para a situação apresentada.

Com efeito, o Poder Judiciário tem o condão de exercer papel importante na preservação da legitimidade dos atos administrativos discricionários quando o gestor não se

## **JUÍZO SUBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS DILEMAS DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

mostrar voltado para o fim indicado pela norma, coadunando-se aos casos assinalados, que tendem a denegrir não somente a imagem da Administração Pública, contudo, principalmente, os direitos e garantias individuais do cidadão.

Mazzali (2009, p. 127), nessa óptica, manifesta que “o controle constitucional (jurisdicional e político) é, pois, a técnica da limitação do poder, através da submissão dos poderes instituídos à supremacia da Constituição, a qual visa assegurar, por meio de vários mecanismos, a supremacia material e formal da Constituição sobre as leis e os atos do governo e da Administração”.

Ao Judiciário é dado o poder-dever de fazer valer as normas jurídicas, possibilitando que as mesmas sejam de fato observadas, equalizando-se as relações jurídicas quando as mesmas se apresentarem desequilibradas. Assim, esse poder transformador exercido pelo magistrado estará associado à preservação da consonância que deve existir entre os atos administrativos e a lei, afastando a incidência ou manutenção de condutas arbitrárias que venham a lesar o particular, violando direitos constitucionais soberanamente estabelecidos.

Dessa forma, tem-se que o Poder Judiciário, em razão da realização da sua função típica, denotada pela efetivação do direito, pode vir a representar, por excelência, um prolífero instrumento de resguardo da atividade administrativa, restabelecendo-a ao seu bom andamento e assegurando a observância de uma conduta baseada na eficiência e moralidade, nortes essenciais a uma prática que objetiva efetivar as prerrogativas constitucionais.

Quando o referido controle incide sobre os atos administrativos discricionários, o Poder Judiciário deve se pautar em empreender um controle dentro dos limites admitidos pela própria lei no momento em que a mesma atribui discricionariedade à conduta do agente.

Neste aspecto, tornam-se comuns alegações no sentido de que tal controle não é permitido, haja vista que o juiz estaria adentrando no mérito administrativo, decidindo acerca da conveniência e oportunidade da prática do ato, o que representaria atuação invasiva no que tange às prerrogativas típicas do administrador, posto que a este caberia decidir qual a melhor solução a atender de forma eficaz as premências da coletividade, conforme um subjetivo e reservado juízo de valor.



## JUÍZO SUBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS DILEMAS DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Assim, o Judiciário deveria limitar a sua atuação ao chamado controle de legalidade do ato, verificando se a atuação do gestor público condiz objetivamente com o disposto na lei, de forma a evitar excessos e condutas que venham a divergir da sua finalidade.

À vista disso, somente os atos administrativos vinculados seriam passíveis de um total controle pelo Poder Judiciário, tendo em vista que, ao realizar uma análise sobre os atos discricionários, inevitavelmente o seu mérito viria a ser apreciado e validado pelo juiz, substituindo-se uma escolha exclusivamente cabível à própria Administração Pública, em razão do princípio constitucional da separação dos poderes.

Ocorre que, numa visão moderna, auferir a legalidade da atuação do administrador público representa, de fato, colocar em prática o verdadeiro sentido do controle da Administração Pública. A visão atual de legalidade engloba não só a lei em sentido estrito, mas igualmente os princípios e regras gerais do direito, que deixam de representar meros nortes para a atuação do legislador na edição das normas para se tornarem concretos instrumentos de conduta a serem observados pelo agente público na execução das suas atividades.

Esta preponderância dos princípios, no sentido de acompanhar a atuação do administrador público, bem como do juiz, ao qual compete fazer valer o direito, ganha relevo com a noção de Estado Democrático de Direito, marcada pela sobreposição de normas e princípios que deverão ser cumpridos pelo próprio Estado, haja vista a recorrente preocupação em proteger e garantir direitos individuais do cidadão. Moraes (2004, p. 110), ao defender esta fiscalização em forma de controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos oriundos da Administração Pública, expressa:

O que se pretende, no Estado de Direito, é evitar que as condutas dos agentes públicos, sejam do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, causem lesão ou ameaça a direito. Nesta hipótese, sim, autoriza-se a interferência de um poder sobre a atuação do outro [...] Convém registrar, no entanto, que o exercício da discricionariedade ou da valoração administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados não conduz necessariamente a uma lesão ou ameaça de lesão de direito. Aliás, frequentemente, não o conduz. Entretanto, nas hipóteses em que este exercício provocar uma lesão potencial ou atual a direitos, é cabível o controle jurisdicional, para o fim de invalidar o ato lesivo, muito embora não se possa quase nunca, em consequência, determinar a substituição por outro ato.

Como se denota, a atuação pública deve traduzir uma série de pressupostos principiológicos na atual feição e exigência do Estado Democrático de Direito, em respeito às

## JUÍZO SUBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS DILEMAS DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

garantias fundamentais, tais como valores morais, da transparência, da dignidade da pessoa humana, dentre outros, de acordo com uma visão abrangente do princípio da legalidade, identificada como juridicidade. Nesse sentido, Viana (2012, p. 111), defendendo a possibilidade do referido controle, leciona:

Não é mais absoluta, portanto, as antigas afirmações de que o mérito administrativo não é passível de revisão pelo Poder Judiciário, visto que os critérios valorativos de conveniência e oportunidade foram reduzidos, em virtude de uma nova noção do Direito aplicando regras e princípios conjuntamente. Assim, os atos administrativos, mesmo os discricionários, podem ser, na medida em que realizados, passíveis de anulação com respaldo em todos os juízos de legalidade.

Nessa ótica de Estado Democrático de Direito, a atenção se encontra voltada para a efetivação material das disposições principiológicas e legais, reconhecendo-se a necessidade de implementar políticas públicas que de fato expressem o resultado almejado na vida dos indivíduos, a partir da concretização de direitos e da soberania popular, de forma a reduzir as desigualdades e afirmar os anseios sociais.

Realizar uma atividade administrativa que vislumbra por essa finalidade na atual conjuntura constitucional, significa estreitar os limites da atuação da Administração Pública a partir do controle realizado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, fomentando o sistema de freios e contrapesos intrínseco ao princípio da separação dos poderes e adequando o poder público ao direito, mesmo quando a sua atuação é marcada pela discricionariedade.

Desta feita, efetivar um controle jurisdicional sobre essa modalidade de ato administrativo não representa uma atuação invasiva direcionada aos aspectos que compõem matérias reservadas à Administração, típicas de um juízo de valor próprio gestor público, posto que decorrem de um comportamento necessário à afirmação do direito, ganhando relevo o Poder Judiciário nesse papel, segundo a moderna hermenêutica constitucional.

Levando-se em consideração que, apesar de serem marcados pelo notório grau de liberdade atribuído ao administrador público na realização de suas tarefas, esses atos conservam uma órbita de limite legal, que por sua vez não pode ser extrapolada pelo agente, sob o inafastável risco de desviar de sua finalidade. Nesse sentido, realizar um controle sobre os atos administrativos marcados por um juízo de valor subjetivo significa readequá-los ao limite legal sem que se caracterize violação de competência no que tange à suposta

## JUÍZO SUBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS DILEMAS DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

substituição valorativa sobre a oportunidade e conveniência do ato. Moreira Neto (1998, p. 86), nesta acepção, aduz:

O Judiciário não examinará o mérito senão no necessário para nele identificar uma eventual exorbitância. Tampouco cabe-lhe redefinir, a pretexto do exercício do controle, o interesse público, pois essa definição é privativa do Legislativo e, residualmente, da própria administração [...] O juiz parte da definição legal e primária do interesse público, cabendo-lhe zelar, em sua atividade de controle da discricionariedade da Administração, para que sua definição residual, integrativa e derivada, com aquela se harmonize.

Complementarmente, Krell (2013, p. 109), discorrendo sobre a necessidade do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários como forma de concretização do princípio da juridicidade, decorrente da visão acolhedora dos princípios gerais do direito, em contraposição à rigidez interpretativa vinculada à lei, aduz:

No Brasil, todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e também aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados de prognose, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, baseado nos princípios constitucionais. Na atual fase 'pós-positivista', que foi instaurada com a ampla inserção dos princípios gerais de Direito nos novos textos constitucionais, os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas também por sua juridicidade.

Outrossim, na assinalada conjuntura de Estado Democrático de Direito, readequar a atuação administrativa discricionária ao ordenamento jurídico, quando a mesma é utilizada como instrumento capaz de concretizar arbitrariedades, representa nada mais que efetivar materialmente os princípios do direito, o que constitui poder e dever a serviço do Judiciário. Em vez da insindicabilidade das decisões emanadas pelos Poderes, deve-se auferir até que medida suas competências estão sendo observadas (ÁVILA, 2005), abrindo-se espaço para insurgências entre os mesmos, em atenção ao princípio da separação dos poderes.

Dessa forma, o Judiciário não empreende um controle pretensamente infiltrador da atividade administrativa, de forma a desequilibrar a harmonia entre os Poderes, mas um controle baseado na iniciativa fiscalizatória e retificadora dessa atividade, com fundamento nos princípios administrativos e princípios gerais do direito. Moraes (2004, p. 112), tratando da importância dos princípios na efetivação do controle da Administração Pública na sua atuação discricionária, esclarece:

## JUÍZO SUBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS DILEMAS DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

A constitucionalização desses princípios da Administração Pública e dos princípios gerais do Direito gerou para o Poder Judiciário a possibilidade de verificar além da conformidade dos atos administrativos com a lei, ao exercer o controle de seus aspectos vinculados, à luz do princípio da legalidade, também aspectos não vinculados desses atos, em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, da publicidade, da impessoalidade e de moralidade, do princípio constitucional da igualdade e dos princípios gerais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Portanto, a realização do controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários representa um mecanismo efetivo de realização do controle da Administração Pública, haja vista que, a despeito do poder decisório fielmente garantido ao gestor público a partir da margem de liberdade a si atribuída pela lei, para que alcance os melhores resultados em nome da coletividade, o Poder Judiciário materializa nada além que a conformação do ato ao limite legal existente inclusive nesta modalidade de ato administrativo, bem como efetiva a prevalência dos princípios da Administração Pública e gerais do direito para alcançar a preservação das garantias individuais na atual visão da hermenêutica constitucional.

### 3. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: OBSTÁCULO PARA A EFETIVAÇÃO DAS PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS.

É tradicional na literatura voltada para o estudo do Direito Administrativo a visão acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, sempre tendente ao absoluto. Di Pietro (2001, pp. 218-219), leciona que,

[...] em primeiro lugar, as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem estar geral. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a desenvolver-se quando, depois de superados os primados do direito civil [...], substituiu-se a ideia do homem como fim único do direito pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os *interesses públicos têm supremacia sobre os individuais*.

De acordo com essa concepção, o interesse público representaria o conjunto de interesses particulares de cada indivíduo, considerados em sua condição de membros da sociedade. Assim, levam-se em conta as vontades individuais com a finalidade de, num contexto social, auferir o bem comum, de forma que a sobreposição a interesses pessoais divergentes se faça necessária para o alcance da tutela administrativa.

## JUÍZO SUBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS DILEMAS DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Ocorre que essa defesa atrelada à absoluta sobreposição do interesse público aos anseios particulares vai de encontro às prerrogativas constitucionais, limitando a efetivação dos direitos fundamentais e da democracia, de acordo com a conveniência e oportunidade da Administração Pública, quando se volta análise para a emanção de seus atos tendo por base o juízo subjetivo do gestor.

Ademais, a consolidação de um princípio determinante do regime jurídico administrativo tende a engessar a Constituição Federal, ao passo que a mesma, em razão do seu plano superior de hierarquia normativa, impõe lógica contrária, exigindo a ponderação de princípios de acordo com cada caso concreto, de forma proporcional e razoável. Binenbojm (2008, p. 10), contrapondo essa visão clássica, expõe:

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e *maleável* dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a *priori* de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais ou dos interesses públicos sobre interesses privados. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais [...] impõe à Administração Pública o dever jurídico de *ponderar* os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.

Dessa forma, valendo-se a Administração Pública de um juízo discricionário, a sua atuação deve, necessariamente, voltar-se à implementação das prerrogativas constitucionais, com a utilização dos próprios meios dispostos pela Constituição, quais sejam, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade como critérios de balanceamento de valores, haja vista que, conforme a variedade de casos, o interesse jurídico a ser tutelado pode residir na esfera privada e, não obstante, significar risco de violação à dignidade da pessoa humana.

Vincular o gestor à incessante observância do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado – ao momento da análise da conveniência e oportunidade do ato administrativo – induz à repugnante defesa da inconstitucionalidade protetiva das prerrogativas individuais quando as mesmas, em face da aplicação dos princípios, exigir sobreposição ao interesse público.

A separação entre esferas públicas e privadas fazem parte de um rol de distinções desnecessárias que, objetivando a evolução do direito, traz retrocessos. Deve-se considerar a indissociável complementaridade entre esses dois espaços, na medida em que ações de cunho privado ganham reflexo na seara pública, determinando valores de condutas que

## JUÍZO SUBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS DILEMAS DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

possivelmente seriam mais bem auferidos pela Administração Pública se identificados em sua origem.

Essa relação pode ser comprovada por momentos históricos. No período do absolutismo europeu, a exemplo, o termo “casa” ganhou significação peculiar, ao destacar-se comumente por nomenclaturas de sentido políticos e sociais, a exemplo das chamadas “casas dos Áustria”, “casa de York”, “casa dos Bourbon”, terminando por ensejar o entrelaçamento da dimensão pública (política) com a esfera privada. No século XX, o tema casa, assinalando a esfera privada, apresentou-se fértil do ponto de vista histórico-cultural: a casa como um pequeno cosmo para cada ser humano e para cada família, sob o prisma econômico, estético, ecológico e psicológico (SALDANHA, 1986).

Nesse sentido, o administrador público deve pautar sua decisão discricionária nos imperativos de ponderação oferecidos pela Constituição Federal, haja vista a inexistência da necessária separação entre os âmbitos públicos e privados. Outrossim, consolidar princípios que imponham uma análise *a priori*, por ocasião da emissão de seu juízo de valor, tende a perpetuar privilégios de cunho material e processual na prática da atividade administrativa.

Abre-se margem, assim, para a desconsideração de direitos fundamentais e outras prerrogativas constitucionais que exijam garantia frente ao interesse público segundo um critério de proporcionalidade, devendo ser afastada a visão clássica e restrita do aludido princípio, seja na atividade administrativa discricionária ou vinculada.

### CONCLUSÃO

Em notas conclusivas, alguns princípios constitucionais, sejam eles expressos ou implícitos, estão aptos a fundamentar a incursão do Poder Judiciário sobre os aspectos subjetivos do ato administrativo, destacando-se os princípios da moralidade, impessoalidade, eficiência, proporcionalidade e razoabilidade, bem como o da separação dos poderes.

Fazer valer o direito, especialmente a ordem constitucional, não atribui ao Poder Judiciário uma feição transgressora da ordem de separação dos poderes, posto que, ao revés, concretiza por excelência a sua função típica, desde que o mesmo se limite à anulação do ato viciado.

## JUÍZO SUBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS DILEMAS DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

A violação à independência dos poderes ocorreria, entretanto, a partir do momento em que o Judiciário se dispusesse a substituir o juízo de valor implementado pelo gestor público, ferindo, assim, prerrogativas que não foram atribuídas a si, dado o seu distanciamento com a atividade administrativa, o que o incapacita para reconhecer de perto os anseios advindos com a prestação do serviço público.

Ademais, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado deve ser relativizado, haja vista que, preso aos conceitos restritos de legalidade, tende a ferir prerrogativas constitucionais e a perpetuar privilégios de ordem material ou processual, mormente na atividade administrativa baseada num juízo de valor subjetivo.

Portanto, o controle jurisdicional dos atos oriundos desse juízo de valor administrativo, fundado na observância do princípio da juridicidade, representa atualmente uma das formas mais efetivas de realização do controle da Administração Pública e, conseqüentemente, de proteção das prerrogativas constitucionais – em superação à visão clássica do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado – auferindo o Poder Judiciário, nessa acepção, papel possivelmente garantidor dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, em face das eventuais arbitrariedades empreendidas pelo administrador no exercício da discricionariedade.

### REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Inara Maria Calou de; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; MENDONÇA, Tânia Luiza Calou de Araújo e. A atuação da Administração Pública na moderna sociedade de risco na perspectiva do princípio da moralidade administrativa no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. In: MENDONÇA, Maria Lírida Calou Araújo e; ANDRADE, Mariana Dionísio de. **Temas atuais de Direito Administrativo: uma homenagem ao professor Carlos Roberto Martins Rodrigues**. Fortaleza: EdUECE/UNIFOR, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul./set. 2006.

**JUÍZO SUBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS DILEMAS DO CONTROLE  
JURISDICIONAL E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FILHO, Marino Pazzaglini. **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

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

MAZZALI, Gisele C. **O controle da discricionariedade administrativa pelo poder judiciário. De Montesquieu ao Direito Administrativo contemporâneo**. 2009. 219 f. Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil, 2009.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e o controle da discricionariedade**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica**. Porto Alegre: safE, 1986.

VIANA, Ruth Araújo. **O controle dos atos administrativos discricionários pelo poder judiciário no constitucionalismo contemporâneo brasileiro**. 2012. 135 f. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2012.