

**MORALIDADE, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O PAPEL DA
SOCIEDADE NA FORMAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO: QUAL O LIMITE DA
DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR SOB O ENFOQUE DA
PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL?**

MORALITY, ADMINISTRATIVE DISCRETION AND THE ROLE OF SOCIETY IN THE
TRAINING OF PUBLIC INTEREST: WHAT IS THE LIMIT OF THE
ADMINISTRATOR'S DISCRETIONARY UNDER THE FOCUS OF POPULAR
PARTICIPATION IN BRAZIL?

Natal dos Reis Carvalho Junior¹

Juvêncio Borges Silva²

RESUMO

A discricionariedade administrativa é um instrumento cotidiano dos administradores públicos que decidem em muitas das vezes com base, não em critérios técnicos, mas sob a justificativa de estarem executando o interesse público. Todavia, interesse público não é um conceito de fácil determinação e que pode acabar sendo utilizado para mascarar decisões com base na vontade subjetiva do administrador. Fere a moralidade administrativa o administrador que ignora a população na tomada de decisões em que é possível a discricionariedade. A sociedade pode e deve ter um papel importante na formação do interesse público e na vida decisória de um estado democrático.

Palavras-chave: discricionariedade administrativa; interesse público; participação popular; moralidade; democracia participativa.

ABSTRACT

Administrative discretion is a day-to-day instrument of public administrators who often decide not based on technical criteria but on the grounds that they are performing the public interest. However, public interest is not a concept of easy determination and may end up being used to mask decisions based on the subjective will of the administrator. Administrative morality hurts the administrator who ignores the population in making decisions where discretion is possible. Society can and should play an important role in shaping the public interest and in the decision-making life of a democratic state.

¹ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto. Email: retencenciasguaxupe@hotmail.com

² Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor pela UNESP. Mestre pela Unicamp. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca e Licenciado em Ciências Sociais pela Faculdade de Direito de Passos. Docente do Programa de Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Professor do Centro Universitário Barão de Mauá e do Centro Educacional Hyarte. Email: juvencioborges@gmail.com

Keywords: Administrative discretion; public interest; popular participation; morality; Participatory democracy.

1. INTRODUÇÃO

A questão central do presente artigo já é apresentada logo em seu título. Qual é o limite da discricionariedade do administrador? A discricionariedade administrativa é um instituto relevante dentro do direito administrativo e que faz parte do cotidiano decisório do Poder Público. Impotente diante da vasta realidade, a lei não traz soluções concretas a todas as situações possíveis ou mesmo expressamente autoriza o administrador a decidir e nesta hora a discricionariedade ganha vez.

Ao decidir o administrador público tomará a sua decisão com base na melhor solução ao interesse público. Mas afinal, em que consiste o interesse público? Quais são os critérios que levam o administrador a seguir por um ou outro caminho? O administrador pode decidir sozinho sem ferir a moralidade administrativa?

Vivemos, pois, em um Estado Democrático que pretende uma verdadeira democracia participativa. Contudo, não é difícil perceber que a participação popular muitas vezes fica restrita ao momento eleitoral. Findas as eleições e empossados os eleitos a sociedade muito pouco participa do cotidiano do poder público. Os instrumentos de participação popular previstos na Constituição como referendo, plebiscito e iniciativa popular de lei são raramente utilizados e não tem sido eficazes para aproximar a população do poder decisório do Estado.

Cumpre-nos então indagar, nesse Estado Democrático como podemos definir o interesse público e como compatibiliza-lo com a discricionariedade e a moralidade administrativa? A legitimidade dada ao administrador pelo voto não pode ser de tal monta que se equivalha a um cheque em branco.

Não é possível travar esse debate sem nos lembrarmos que é o povo o titular de todo o poder. Os representados escolhem representantes que estão subordinados ao poder popular. Ou será que depois de eleitos os representantes são mais poderosos que os próprios titulares do poder? A pergunta gera incertezas na medida em que os representantes tomam decisões contrárias a vontade dos representados e esses precisam submeter-se a elas.

A construção da democracia no Brasil exige constantes debates e aperfeiçoamentos dos institutos. A concretização de uma nação democrática não se esgota com o desejo do texto constitucional. A própria constituição é um instrumento para a construção dessa realidade de participação popular que deve ser buscada pelo poder público e por toda a sociedade.

2. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO PARA A EXECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

O Estado Democrático de Direito encontrará um de seus fundamentos na Legalidade, pois existe uma necessidade de limitação de poderes pela lei. A necessária observância à legalidade previne arbitrariedades por parte dos administradores públicos. Ela garantirá equilíbrio entre os poderes que serão regrados pela lei. Dessa maneira, a partir do primado constitucional da legalidade (art. 37, CF) o poder público, como regra, agirá de maneira vinculada, ou seja, uma vez satisfeito um determinado pressuposto legal, a administração deve agir de uma ou de outra forma.

Todavia, em outras hipóteses a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de maneira que a autoridade poderá escolher uma entre as opções possíveis, sendo que todas essas opções são válidas perante o direito. Nesse caso diremos que o poder da administração é discricionário porque a decisão da autoridade será tomada com base em critérios de mérito, ou seja, oportunidade, conveniência, justiça, igualdade, não definidos pelo legislador. (DI PIETRO, 2012, pp. 61,62)

Após a Revolução francesa foi grande o movimento de criação de parlamentos retirando do Poder Executivo a prerrogativa de criar leis, substituindo a vontade do rei pela vontade geral do povo. O grande desafio dos Estados de Direito era conciliar a liberdade decisória do Poder Executivo com a legalidade. Ganhava força a ideia de que a administração pública deveria ser regulamentada tanto quanto possível e controlada plenamente pelos tribunais. Com essa lógica crescente a discricionariedade era facilmente interpretada como um sinônimo de arbitrariedade e um resquício dos absolutismos monárquicos que deveria eliminado. (KRELL, 2012, pp.13,14)

Assim admitir a possibilidade de um poder discricionário como estratégia de eficiência administrativa exigiu anos de debate político, jurídico e filosófico. Mas parecia impossível enfrentar todas as demandas das sociedades industrializadas sem alguma autonomia administrativa. Ao final do século XVII John Locke afirma que “muitas questões há que a lei não pode absoluto prover e que devem ser deixadas a discrição daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exijam o bem e a vantagem do público” ((1698) 1998 p.529). Essa reflexão é importante para que não nos pareça que a discricionariedade do poder executivo é algo natural e apartado da evolução do direito administrativo.

O poder discricionário do administrador não pode ser compreendido como uma exclusão do eixo de legalidade que comanda o direito administrativo. Pertinente para compreender o significado constitucional que rege o “poder discricionário” é o alerta de Celso Antônio Bandeira de Mello de que na verdade trata-se de um “dever discricionário”. Afinal, sabendo-se da submissão da administração pública a legalidade, a discricionariedade nada mais seria do que o dever de encontrar a melhor solução para atingir a finalidade da lei. Os poderes são meros instrumentos para que o obrigado cumpra o seu dever. (2012, p.14-16).

Estabelecido o pressuposto de que a discricionariedade, assim como de resto todos os poderes que recebe o administrador, deve ser interpretada como um dever, fica evidente a justificação desse fenômeno na medida em que as demandas sociais, a execução de políticas públicas e a atuação do estado exigem uma velocidade que não é compatível com o tempo moroso do processo legislativo que, aliás, deve por princípio se ocupar de situações gerais. A discricionariedade não é uma falha ou esquecimento do legislador, mas uma necessidade para coadunar à administração pública à eficiência e a realização do interesse público.

Não se pode olvidar que em determinadas situações o juiz também se depara com conceitos indeterminados (como boa fé, moralidade, ordem pública), porém não se confunde a discricionariedade judicial com a administrativa. A tarefa do juiz é encontrar a única solução possível. Não seria admissível que o magistrado escolhesse sua decisão com base em critérios políticos. A decisão judicial exclui outras opções válidas perante o direito. Já o administrador terá a sua escolha mais de uma opção igualmente válida perante o direito. Até porque, como diz Consuelo Sarria é por meio da atividade administrativa que “se realizam atividades específicas de exercício da lei de maneira concreta, permanente, direta e imediata frente aos administrados” (SARRIA, 1998, p. 102). Ou seja, é atendendo os interesses coletivos que a discricionariedade ganha maior relevância.

O ato administrativo discricionário deve ter sempre entre as suas finalidades o atingimento do interesse público, finalidade da administração pública como alerta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Com efeito, o objetivo de interesse público está presente tanto no momento da elaboração da lei, como no momento de sua execução. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação. O legislador, ainda, quando estabelece normas para proteger o direito individual, tem o objetivo primordial de atender o interesse público, ao bem estar coletivo; A administração pública não pode desviar-se de fins de interesse público, sob pena de ilegalidade por desvio de poder. Nesse sentido, não há a mínima possibilidade de contestação quando se afirma que a administração está vinculada a fins de interesse público. (2012, p. 79)

O que precisamos destacar, todavia, é que sendo o interesse público a finalidade última do ato discricionário, permanecemos diante de um conceito indeterminado. Se é pressuposto que para que o ato administrativo discricionário seja realizado dentro dos limites da legalidade é necessário que atinja o interesse público, cumpre-nos a tarefa de debater o conteúdo e a formação desse interesse público para a discricionariedade não se torne novamente sinônimo de arbitrariedade como já alertaram tantos autores e aqui destacamos Carlos Roberto Siqueira Castro já em 1989, diante da, então, novíssima Constituição de 1988:

Essa excessiva deferência da nossa ordem jurídica às competências discricionárias do Poder Público, notadamente no campo do poder de polícia, bem revela a idolatria do Estado no Brasil e sua função autoritária, em cujo âmago descansa a proeminência e a incontrastabilidade dos agentes governamentais em face do cidadão comum. [...]. No torvelinho desse autoritarismo jurídico, a Constituição e as liberdades públicas nela consignadas, acabam tragadas pelo poder discricionário de autoridades executivas. (CASTRO, 1989, p.186-189)

São delicadas e frágeis as fronteiras entre a legalidade e a arbitrariedade. Assim, não é possível que se debata a discricionariedade administrativa distante da ideia de interesse público, bem como não é possível formar um interesse público que esteja distanciado do cidadão a partir da vontade exclusiva do administrador público da ocasião, sob pena do dever discricionário, que deve ser uma evolução administrativa retroceder ao autoritarismo.

3. O INTERESSE PÚBLICO E SUA FORMAÇÃO

Se o que se pretende com o ato discricionário é a realização do interesse público e se, diversamente dos atos vinculados, a solução clara do problema não encontra-se expressa na lei, é relevante discutir o que seja e como se forma o interesse público.

A primeira referência que devemos fazer na tentativa de conceituar e localizar as bases do interesse público no ordenamento jurídico brasileiro é buscar seus fundamentos na própria Constituição da República que em seu artigo 3º, IV, destaca a promoção do bem de todos como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Marçal Justem Filho assim define o instituto e destaca o fato da supremacia do interesse público revelar na prática uma indisponibilidade do que seja definido como interesse público:

A supremacia do interesse público significa a sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é uma decorrência de sua supremacia. (2011, p.115)

O Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, em um artigo dedicado ao tema, destaca que um ponto importante e necessário a esse debate: o interesse público não se confunde com o interesse da maioria. Poderá ele estar presente em um interesse que a princípio pareça individualizado ou mesmo se oponha a manifesta vontade geral. Imaginemos por exemplo uma comunidade que queira a liberação do banho e exploração turística em um determinado lago que precise ser resguardado para a reprodução de uma espécie de peixe em risco de extinção. Muito embora a coletividade tenha outro interesse expresso, o interesse público terá de ser resguardado por outros valores importantes a própria coletividade. Bacellar dirá que o “interesse público consiste na parcela coincidente dos interesses dos indivíduos enquanto membros da coletividade” (BACELLAR FILHO, 2010, p. 93,94).

Schmidt-Assmann conceitua interesses públicos como aqueles que se encaminham diretamente ao encontro do interesse geral. Não são idênticos ao interesse geral, mas na medida em que se preocupam com a comunidade - com o bem comum- possuem uma tendência em se converter em interesse geral. (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 165). Mais uma vez destacamos que interesse geral não necessariamente será o mesmo que interesse da maioria. Logo o interesse público será na visão de Phillip Gil França pode ser definido como: “Produto das forças de uma sociedade (jurídicas, políticas, econômicas, religiosas, entre outras) concretizadas em certo momento e espaço que exprime o melhor valor de desenvolvimento de um maior número possível de pessoas”. (2013, p. 53)

Devemos ressaltar que a Constituição da República já traz em seu primeiro artigo (inciso III), a proteção à dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Os Direitos Humanos voltam a ser lembrados quando tratados os princípios das relações internacionais (art. 4º, II). E tornam-se, ainda, cláusula pétrea constitucional (art. 60, §4º, IV), todos os direitos fundamentais positivados no texto. Assim deve ficar muito clara a impossibilidade de que um interesse público possa vir a ter supremacia quando conflitado com um direito fundamental ou humano.

A nosso ver, em sua forma ideal, o princípio da supremacia do interesse público pode ser um aliado importante na persecução dos mais diversos direitos fundamentais. Conforme já pudemos destacar, o conceito do princípio traz em si uma ideia de solidariedade social e jurídica visando atender a coletividade em seus pontos de interesse comum. Todavia, se mal usado pode igualmente tornar-se uma arma poderosa em quaisquer mãos que carreguem interesses escusos. A constitucionalista Gisela Maria Bester destaca que o respeito aos direitos

fundamentais está atrelado ao próprio conceito de cidadania (BESTER, 2005, p.287). Importante a posição firme de Regina Macedo Nery Ferrari que bem resume a questão ora abordada fundindo o próprio conceito de interesse público com as garantias e direitos fundamentais de modo que os dois não podem ser considerados isoladamente:

No momento em que nossa lei magna elegeu, como fundamento do Estado Brasileiro, constituído como Estado Democrático de Direito, o respeito a dignidade da pessoa humana, ela passa a ser o centro da legitimidade e do limite do Poder Estatal, o que significa que a proteção e a promoção dos direitos fundamentais consiste no núcleo do conceito de interesse público, de modo a afastar qualquer submetimento, ataque, ou supressão frente a qualquer outro interesse particular, mesmo porque, o Estado não é o único adversário dos direitos do homem. (2010, p.296)

Não se pode definir o interesse público com vistas apenas a sua titularidade, assim, não se confunde o interesse público com o interesse do Estado. De igual sorte, o interesse público não se confunde com o interesse administrativo que possui necessidades peculiares que devem ser tratadas na forma da lei. As conveniências da administração não lhe dão o direito a evocar o princípio da supremacia do interesse público. Não poderia o administrador, no exemplo trazido por Justem Filho, deixar de pagar uma dívida, sob a evocação do princípio. Por mais que possa parecer obviedade, não se pode deixar de ressaltar que o interesse público não se confunde com o interesse do administrador. Esse, não traz para si próprio a primazia ao ocupar um cargo público. Seus interesses particulares devem ter tratamento privado.

O primeiro equívoco é confundir interesse público com 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. Essa concepção é incompatível com a Constituição, e a maior evidência reside na existência de interesses públicos não estatais (o que envolve em especial, o chamado terceiro setor, composto pelas organizações não governamentais). Não é possível definir interesse público a partir da identidade de 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 um instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe antes do Estado. Como se vê essa concepção é indefensável, sendo incompatível com o Estado Democrático de Direito. Logo, o interesse não é público por ser de titularidade do Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público. Também é necessário distinguir o interesse público do interesse privado do sujeito que exerce função administrativa. O exercício da função pública não pode ser afetado pelos interesses privados e egoísticos do agente público. Eles continuam a ser interesses privados, submetidos as regras comuns, que disciplinam a generalidade de interesses dos integrantes da comunidade. A propriedade privada não é alterada se o proprietário adquirir condição de agente público. Logo não se pode cogitar de um regime especial e diverso para tributação sobre os bens dos

agentes públicos. O tema relaciona-se com a questão do interesse privado do sujeito como exercente da função pública. Por exemplo, o governante pode ter interesse em evitar a divulgação de notícias que possam prejudicar sua manutenção no cargo eletivo. Mas esse é um interesse privado e particular dele, inconfundível com o interesse público. (JUSTEN FILHO, 2011, p. 120,122)

Deve ser ponderado o fato de que muito embora o interesse público não possa de nenhuma maneira ser vinculado aos interesses pessoais do administrador, é inevitável que o governante tenha papel protagonista na definição do interesse público. Um dos pontos mais tormentosos é justamente a definição do que é abrangido pelo interesse público. Afinal, seria o interesse um guarda chuva capaz de abrigar qualquer conteúdo?

Romeu Felipe Bacellar Filho traça uma definição jurídica de interesse público:

À luz das teorizações de Celso Antonio Bandeira de Mello e Renato Alesse, associadas as emanações principiológicas que a Constituição Federal de 1988 fez espargir, pode se asseverar que no direito administrativo brasileiro: (i) quanto à sua estrutura, o interesse público corresponde ao interesse coletivo primário, compreendido como o conjunto de interesses da coletividade, e dos cidadãos enquanto membros dessa coletividade; os interesses secundários, que retratam os interesses do aparato administrativo estatal, só configurarão interesse público quando coincidirem com o interesse coletivo primário, e nos limites dessa coincidência, hipótese em que deverão ser perseguidos pela administração; (ii) quanto ao seu conteúdo, o interesse público encontra-se plasmado no direito positivo que qualifica determinados interesses como públicos ao tutelá-los, juridicidade e a legalidade administrativas, cujo respeito implica no cumprimento da lei em sentido formal e do sistema jurídico como um todo, notadamente da Constituição Federal; (b) a impessoalidade administrativa, pois se a administração age em nome da coletividade, sua atuação não pode estar atrelada a favorecimentos ou perseguições personalizadas; (c) a moralidade administrativa que impõe o dever de atuação ética, proba e previsível; (d) a publicidade administrativa, já que o interesse da coletividade exige meios transparentes e divulgação da gestão dos bens jurídicos que pertencem a todos; (e) a eficiência administrativa, visto que a realização plena de todos os componentes anteriores pressupõe o exercício diligente das competências que são conferidas à administração pública. (...). Qualquer ação ou omissão do Poder Público que violar os mandamentos constitucionais – inclusive e especialmente a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais – estará atingindo parcela do interesse público: a juridicidade, visto que tais valores estão consagrados juridicamente no ordenamento jurídico-constitucional. (2010, p. 111, 112)

Desse modo, Romeu Felipe Bacellar, traça um conceito em que inclui no conteúdo de interesse público a noção de legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência voltados a atender os interesses da coletividade. Não é, todavia, o entendimento pacífico da doutrina. Destacamos a posição de Marçal Justen que afirma não ser possível traçar um conteúdo próprio para o interesse público:

Não havendo vínculo com os interesses individuais concretos, surgiria o problema de determinar o conteúdo do interesse social. Seria necessário atribuir a um sujeito o poder de determinar a existência e o conteúdo do interesse público. O resultado poderia ser o governante adotar como interesse público. O resultado poderia ser governante adotar como interesse de ninguém. Logo, não há um conteúdo próprio para a expressão “interesse público”. Mas as críticas são ainda mais amplas. Inúmeros estudiosos vêm se opondo à estruturação do direito administrativo sobre o conceito de interesse público. (...). Por outro lado, a generalização da abrangência do interesse público acarretaria a inutilidade do postulado da sua supremacia. Tome-se a afirmativa de existir interesse público em proteger o particular titular de um direito subjetivo. Daí se extrairia que a proteção outorgada a ele refletiria a supremacia do interesse público. Ora, essa solução equivale a que todos os direitos e interesses protegidos configuram-se como interesse público. Logo, o conceito de interesse público teria tamanha amplitude que se identificaria com a ideia de posição jurídica protegida pelo direito.

Em suma, o princípio da supremacia do interesse público passaria a significar nada mais do que a supremacia do lícito sobre o ilícito, deixando de apresentar qualquer conotação de preferência entre interesses lícitos igualmente protegidos. Enfim, nunca mais se poderia defender a existência de um princípio genérico e amplo da supremacia do interesse público sobre o interesse privado – o que, afinal, é a tese mais correta a ser adotada. (2011, 122,124)

A afirmação de Marçal vai até um dos extremos doutrinários e destaca que a falta de certeza a respeito dos limites de interesse público gera a ausência de um conteúdo específico que culmina em um esvaziamento do princípio tornando-o inócuo. A partir dessa situação interesse público seria tão somente aquilo que o administrador definisse como interesse público. O olhar da administrativista Maria Sylvia Zanella minimiza as conclusões de Marçal e assevera não ser a indeterminação de conceito ou conteúdo elementos aptos a o desqualificarem como princípio:

A indeterminação do conceito de interesse público não pode servir de empecilho a aplicação das normas constitucionais. Sendo conceitos jurídicos, são passíveis de interpretação. Existe hoje toda uma doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, exatamente para permitir ao interprete a sua definição e ampliar a possibilidade de controle judicial sobre os atos administrativos (...). Além disso nem sempre a ideia de interesse público tem sentido indeterminado. Existem diferentes graus de indeterminação. Quando se considera o interesse público como sinônimo de bem comum, ou seja, como o fim do Estado, a indeterminação atinge seu grau mais elevado. Essa indeterminação diminui quando se considera os diferentes setores de atuação do estado ou nos diferentes ramos do direito, porque cada qual tem em vista proteger valores específicos (...). A indeterminação ainda se restringe de forma mais intensa em relação a determinados institutos, como, exemplificativamente, os contratos administrativos, a diferentes formas de intervenção na propriedade e na economia, as licitações. Não se pode dizer que seja indeterminado o interesse público presente na rescisão unilateral de um contrato administrativo que cause danos ao meio ambiente, ao consumidor ou ao patrimônio público; ou que seja indeterminado o interesse público inspirador de um tombamento ou uma desapropriação. (2012, p.215)

A posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro aclara que a inexistência de um conteúdo específico ou claro a respeito da supremacia não é uma exceção dentro do ordenamento

jurídico, ao contrário, são inúmeros os institutos onde o fenômeno ocorre, sem que isso impossibilite a sua aplicação ou gere uma distorção nos seus elementos.

O interesse público, pois, permeará a atuação do Estado que, em última instância tem como objetivo concretiza-lo. O seu conteúdo será tanto mais indeterminado quanto maior for o grau de discricionariedade a disposição do administrador público. O debate agora deve girar em torno do grau de qualidade da decisão tomada pelo administrador na formação do interesse público e enfrentar a questão se é possível ser considerada moral em um estado democrático a decisão administrativa que não se abre a participação popular.

4. A MORALIDADE E A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA FORMAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

Como vimos, o direito administrativo contemporâneo admite atos discricionários em que o administrador adotará uma entre as soluções juridicamente possíveis. De igual forma podemos afirmar que ao tomar uma decisão o administrador deve buscar a concretização do interesse público. Sendo interesse público, em boa parte dos casos concretos, um conceito de difícil definição, caberá ao administrador dizer no caso concreto qual decisão atende melhor ao interesse público. A indagação que agora se coloca é se no Estado Democrático Brasileiro é moral a decisão discricionária que ignora a participação popular.

O constituinte brasileiro inseriu a moralidade como requisito de validade da atuação administrativa (Art. 37, CF). Sendo também a moralidade um conceito de difícil determinação é preciso observar que a moralidade também se expressa pelo meio de atuação que o agente público utiliza para atingir as suas finalidades. (DI PIETRO, 2012, p.178). Os doutrinadores brasileiros relacionam a moralidade administrativa com ética e com as pautas de valores sociais vigentes. Para Carmem Lúcia Antunes Rocha “a moralidade administrativa reflete ou condensa uma moral extraída do conteúdo da ética socialmente afirmada, considerando o conjunto de valores que a sociedade expressa e pelos quais se pauta em sua conduta” (1994, p. 191). Também Weida Zancaner vai assegurar que a moralidade deve ser sacado a partir da sociedade de cada época (1993, p.210). É por esta razão que a quebra do princípio da moralidade acaba sendo evidente para a comunidade, porque é construída a partir de seus próprios valores.

O Brasil na Constituição de 1988 já reconhece seu compromisso com a democracia logo no artigo 1º. Marcando a ruptura com um estado autoritário a atual constituição brasileira não permite dúvidas quanto à formação de um Estado Democrático de Direito.

Ainda no artigo 1º da Constituição Brasileira fica consolidada a opção pela democracia quando observados os fundamentos da cidadania e do pluralismo político, respectivamente previstos nos incisos II e V. O parágrafo único consagra o povo como titular de todo poder que pode ser exercido diretamente ou por meio de representantes eleitos.

A aprovação da Constituição em 1988 marcava simultaneamente fim e início de diferentes processos políticos no Brasil. Deixava-se para trás uma longa história de autoritarismo político, abuso econômico e exclusão social para dar início a um novo momento de participação política, inclusão econômica e social e busca institucional da dignidade humana. O modelo da Constituição que é promulgada de 1988, definitivamente se pretendia democrático, plural, igualitário e desenvolvimentista. Essas marcas que só se consolidariam com a participação de toda a sociedade. (VIEGAS, 2014, p.135).

Nossa Constituição ser chamada de “Carta Cidadã” se deveu justamente ao fato de contemplar mecanismos de expressão de vontade popular. Afinal a cidadania representa mais do que participação no processo eleitoral. Cidadania demanda indivíduos participantes e controladores da atividade estatal. O constituinte pretendeu deixar claro que o povo está apto a fiscalizar e participar da elaboração e concreção de programas e políticas de gerência da coisa pública, pois isso sim é capaz de conferir eficácia aos postulados democráticos constitucionais. (DIAS, 2001, p.225).

A administração pública precisa se reencontrar com o povo como titular de todo poder. Não é possível mais imaginar uma democracia que só aconteça por intermédio de representantes. Paulo Bonavides bem afirma: “Trata-se aqui de fazer valer, em bases permanentes, o princípio da soberania popular, em sua versão de democracia direta, e não apenas representativa, conforme tem sido até hoje, invariavelmente, a praxe e a constante, desde a promulgação da Carta Magna.” (2012, p. 111).

Assim, o administrador que ignora a história de luta popular brasileira pela conquista de um estado democrático pode até ter sua decisão discricionária amparada pela leitura simplista do princípio da legalidade, mas a sua decisão não encontrará amparo na moralidade. O Estado brasileiro é democrático em sua essência e é dever da administração pública e da sociedade estimular a participação popular. É a participação popular com a expressão do

povo, como titular do poder, que resguardados os direitos fundamentais intangíveis, é capaz de conferir maior legitimidade aos atos administrativos, especialmente os discricionários. Em que pese a legitimidade conferida pelo voto ao representante, não será moral a sua vivência administrativa se ignorada a soberania popular.

O Poder Público deve ser consciente que em nossa atual realidade constitucional a participação popular deve ser uma constante sob pena de nunca efetivarmos plenamente os valores da Carta de 1988.

5. CONCLUSÕES

- a) O Direito Administrativo brasileiro comporta atos administrativos vinculados e discricionários. Nos atos discricionários o administrador pode optar por uma entre as alternativas legais possíveis. O ato discricionário deve ser visto não como um poder, mas como um dever do administrador de, diante das alternativas, encontrar a melhor solução possível para atender o interesse público.
- b) O Estado visa a satisfação do interesse público, tanto que o interesse público possuirá supremacia diante de outros interesses. Porém o interesse público é um conceito de difícil determinação, razão pela qual na prática o interesse público pode acabar tornando-se aquilo que o administrador público diz que é.
- c) Embora o administrador seja eleito para a execução do interesse público é necessário ter em vista que a Constituição Brasileira não cria uma democracia exclusivamente representativa, mas uma democracia de participação popular em que o povo, além de titular do poder, deve ser protagonista da vida política do estado. Isso não se faz com a participação somente durante o processo eleitoral, mas no cotidiano do poder.
- d) Dentro do panorama democrático constitucional a decisão discricionária tomada com base na vontade individual do administrador e desprezando a soberania popular para a definição do interesse público viola a moralidade administrativa. Embora o interesse público possa não coincidir com o interesse da maioria é indispensável a participação popular no cotidiano da vida decisória do Estado.
- e) Menos arbitrário será um ato discricionário, quanto maior for a participação popular envolvida no seu processo decisório.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito Administrativo e Interesse Público. Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello.** A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional, fundamentos teóricos.** Vol1. São Paulo: Manole, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.111.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1989.

COSTADELLO, Angela Cássia. A supremacia do interesse público e a cidade – A aproximação essencial para a efetividade dos direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito Administrativo e Interesse Público. Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello.** A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DIAS, Luiz Claudio Portinho. A democracia participativa brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo, nº 37, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Reserva do Possível, Direitos Fundamentais Sociais e a Supremacia do Interesse Público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Coordenadores. **Direito Administrativo e Interesse Público. Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ª ed.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre governo** (1968). São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARRIA, Consuelo. Discrecionalidad Administrativa. In: **Acto Administrativo**. Vários autores. Tucuman: Unsta, 1998.

SCHIMIDT-ASSMANN, Eberhard. La teoria general del derecho administrativo como sistema. Madrid: Marcial Pons, 2003.

VIEGAS, Carlos Athayde Valadares. **Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional: cidadania e pós-modernidade**. Belo Horizonte: Editora D'placido, 2014.

ZANCANER, Weida. **Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988**. RTDP, nº 2, 1993.

Submetido em 08.08.2017

Aprovado em 04.09.2017