



A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E O ATO DISCRICIONÁRIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tatiane Campelo da Silva Palhares*

RESUMO: Este ensaio analisa a formação do ato discricionário da Administração Pública em face do interesse público a partir do pressuposto da teoria de justiça de John Rawls. O trabalho objetiva refletir sobre a discricionariedade do ato administrativo e os limites da liberdade para aplicação do interesse público. O problema da pesquisa corresponde a seguinte indagação: a discricionariedade administrativa pode ser considerada ilimitada e assim um poder livre para o exercício das competências públicas, afastando, assim o interesse público? Destaca-se na pesquisa o método qualitativo, ao qual parte de aspectos subjetivos para demonstrar a ênfase em elementos normativos da justiça.

Palavras-Chave: Discricionariedade; Ato administrativo; Teoria da justiça; Liberdade; Administração Pública.

THE SUPREMACY OF PUBLIC INTEREST AND THE DISCRETIONARY ACT IN THE PUBLIC ADMINISTRATION

ABSTRACT: This essay analyzes the formation of the discretionary act of Public Administration in the face of public interest from the assumption of John Rawls' theory of justice. The work aims to reflect on the discretion of the administrator and the limits of freedom to apply the public interest. The research problem corresponds to the following question: can the administrative discretion be considered unlimited and thus a free power for the exercise of public powers, thus removing the public interest? The research emphasizes the qualitative method, to which part of subjective aspects to demonstrate the emphasis on normative elements of justice.

Keywords: Discretionary; Administrative act; Theory of justice; Freedom; Public administration.

* Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza -UNIFOR; Graduação em Ciências em Ciências Sociais- UFRN e Direito-CIESA; professora do Centro de Ensino Superior do Amazonas – CIESA; Servidora do Sistema de Segurança Pública do Amazonas – SSP/AM; possui MBA em Governança Administrativa pela FAEL; Especialização em direito Público – UNISUL e Direito Administrativo-UNIDERP. Email: tatianepalhares@hotmail.com



1. INTRODUÇÃO

Discorrer sobre interesse público na formação do ato administrativo torna-se uma atividade desafiadora e intrigante. Esse ensaio traz um arcabouço inovador a partir do pressuposto de justiça de John Rawls que trata as instituições como fator basilar e conseqüentemente a uniformização e equidade das decisões de seus agentes públicos, enquanto administradores dessas instituições.

Como *múnus público* a atividade administrativa torna-se a gestão de bens e interesses públicos, visando o bem comum que representa toda a coletividade e o dever de privilegiar a coisa pública. A natureza da administração pública, enquanto atividade administrativa é de *múnus* público, de encargo para quem exerce, caracterizando-se como um dever de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesse da coletividade, não se permitindo a liberdade para a perseguição de outros interesses. Com isso, define-se interesse público como a manifestação do interesse coletivo, normalmente explicado por meio de atividades de prestação de atividades públicas do Estado.

O artigo objetiva refletir sobre a discricionariedade do administrador e os limites da liberdade para o interesse público. A pesquisa aborda o método qualitativo, ao qual parte de aspectos subjetivos para demonstrar a ênfase em elementos normativos da justiça e sistematizar parâmetros de sindicabilidade do ato administrativo. No tocante ao problema estudado temos: a discricionariedade administrativa pode ser considerada ilimitada e assim um poder livre para o exercício das competências públicas, afastando, assim o interesse público? A discricionariedade, mostra-se, assim, como um mecanismo imprescindível para otimizar a aplicação do direito e obter eficiência do órgão administrativo, que ao fim se encontra mais próximo do interessado.

De toda sorte, o que se verifica na administração pública é o uso fragmentado e injustificado de princípios e normas nas tomadas de decisões por administradores que estão (des) preparados para aplicar as demandas do interesse público sobre o privado. O (des) preparo é percebido, quando, em nome do interesse público se aponta a causa ou objeto do ato sem motivar. O presente preâmbulo, encerra-se com a seguinte estrutura e desenvolvimento do artigo:

1 - O exercício da discricionariedade da administração pública - abordando a utilização da discricionariedade como um ato que não possui autonomia fora da lei ou do direito;



2 - Conceito jurídico indeterminado e princípio da supremacia do interesse Público - explicitando as possíveis formas de interpretação do interesse público;

3 - Consenso sobreposto da teoria de justiça de John Rawls e o interesse público - esclarecendo sobre o referido consenso sobreposto e a relação com o interesse público. O consenso sobreposto que surge como uma forma voluntária de atender aos anseios do interesse público e amenizar o sofrimento de grupos menos favorecidos.

O interesse público pertencente ao conjunto de conceito jurídico indeterminado, não pode ser apressado e descontextualizado em face de uma questão numérica, sob pena de ser odiosa a ruptura com o princípio democrático e os direitos fundamentais que gravitam na órbita constitucional. O interesse público trata de um conceito muito mais qualitativo do que quantitativo.

2. EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O intento legal de conferir à Administração Pública certa margem de liberdade para decidir nos casos singulares, de acordo com as finalidades expostas no ordenamento jurídico, é a razão pela qual parte da doutrina considera a necessidade de atribuição de competência discricionária ao órgão executor. O fato de que não poderia ter uma previsão geral de todos os acontecimentos no âmbito da administração pública, permite o desenrolar do exercício discricionário. A discricionariedade mostra-se como uma técnica, uma solução em face da impossibilidade de tudo que se prever na letra da norma.

O exercício dessa liberdade conferida à Administração Pública em face do poder discricionário deverá sempre guardar correlação com aspectos relacionados a vinculação à Constituição, à lei infraconstitucional e aos princípios constitucionais, ou seja, à juridicidade, ensejando o controle jurisdicional, quando houver ofensa ao ordenamento jurídico.

Assim, doutrinadores destacam que o exercício discricionário corresponde a uma medida de competência de poder, e não, simplesmente a um poder. O que significa dizer que o administrador público se submete não apenas à lei, mas ao direito, e este pode ser instrumentalizado por outros meios que não a lei formal.

O autor Amaral (2012, p. 90) esclarece que nem sempre a melhor solução, será a única decisão possível extraída da lei, porque sempre há de ficar para a Administração uma margem de apreciação e de decisão, sob pena de se negar o poder discricionário. O que significa dizer que dentro dos parâmetros legais e da juridicidade, a Administração avaliará qual a melhor



solução que corresponda ao interesse público, já que sua decisão deve ser sempre fundada nos critérios indicados pela lei.

O conceito antigo e ultrapassado de discricionariedade administrativa, em que a Administração Pública poderia escolher a via que entendesse a mais adequada, segundo critérios de conveniência e oportunidade não se coaduna como o Estado Democrático de Direito. Por isso é que se pode afirmar que a discricionariedade administrativa pura não existe: o agente público deverá, sempre, motivar e fundamentar o ato administrativo sob pena de emitir ato inválido.

A denominação de ato discricionário pode contribuir para que o agente público tenha um entendimento equivocado de que estaria livre para fazer o que quisesse, por conveniência e oportunidade (ABBOUD, 2014, p.16). A superação desse entendimento em que administrador pode decidir segundo critérios de conveniência e de oportunidade foi corretamente apreendida, pois começa por descrever as várias faces dadas à discricionariedade administrativa pela doutrina publicista, tanto nacional como estrangeira e, que, ainda, continua fazendo juízo crítico dessa doutrina, culminado por dar à discricionariedade seu verdadeiro e atual contorno (ABBOUD, 2014, p.16).

Conforme ABBOUD (2014, p.50) a análise da discricionariedade administrativa propriamente dita é feita mediante uma classificação em cinco grandes modelos:

- 1) interpretativa – em que o ato discricionário é classificado como oposto ao ato vinculado. Somente haveria interpretação na produção do primeiro;
- 2) optativa – a mais frequente consistente na possibilidade de se escolher uma dentre diversas escolhas legítimas;
- 3) performática – blinda o ato de qualquer revisão jurisdicional porque deve está assentado em enunciados e oportunidade;
- 4) volitiva – ato administrativo se justifica por estar baseado na vontade da lei ou do administrativo;
- 5) técnica – a utilização de critérios metajurídicos tornaria o ato insindicável, porque fundado em elementos técnicos.

O elemento comum de toda manifestação de discricionariedade é a aleatoriedade: a fuga do jurídico. Decide-se discricionariamente para não se decidir em parâmetros jurídicos.



Portanto, diferentemente do entendimento da antiga doutrina, a discricionariedade não é uma hipótese de liberdade ilimitada frente a norma, ao contrário:

[...] a discricionariedade é um caso típico de remissão legal: a norma remete parcialmente ao preenchimento do quadro regulador da potestade e de suas condições de exercício para uma apreciação administrativa, só que não foi feita [...] pela via normativa geral, mas de modo analítico, caso a caso, sopesando-se circunstancias singulares e realizada ao mesmo tempo em precede o processo de aplicação da Lei [...] Não há, assim, discricionariedade à margem da lei, mas que justamente, apenas em virtude da Lei e na medida em que a Lei assim o tenha disposto (ENTERRÍA FERNÁNDEZ, 2014, p. 463).

Não há discricionariedade fora da previsão legal, mas tão somente em virtude da lei e nos moldes que ela dispõe. É a lei que traça quais elementos podem ser avaliados subjetivamente, ou seja, sobre quais elementos a Administração Pública pode decidir discricionariamente, já que não se pode estender a discricionariedade a todos os elementos de um ato.

Dessa forma, e como base na lei, a discricionariedade é o domínio da norma, tratando-se, pois, de determinados efeitos jurídicos da norma; nas decisões de ponderação, valoração ou prognose da administração. Conforme Moraes (2016), a discricionariedade continua a ser um poder político, cujo limite é definido pela lei. Entretanto, é limitada também por outros princípios previstos de forma implícita ou explícita na Constituição, como moralidade, razoabilidade, interesse público entre outros. Qualquer outra interpretação significa a perda da segurança jurídica essencial para proteger os direitos dos cidadãos em face do poder público.

Após o entendimento do que venha a ser discricionariedade, torna-se preciso esclarecer que a discricionariedade não é sinônimo de mérito administrativo. Sendo aquela forma técnica em que a lei atribui competência para o agente administrativo, utilizando critérios objetivos, possa fazer escolhas, por meio de avaliação subjetiva. Não seria desejável e nem possível que a lei detivesse toda uma previsão e solução a ser adotada por ocasião de sua aplicação. Já o mérito, segundo Moreira Neto (2011) é o conteúdo das considerações discricionárias da administração quanto à oportunidade e conveniência de praticá-lo, ou seja, é o produto do exercício da discricionariedade.

Para o administrativista, o mérito é a área de atuação conferida pela lei ao agente público, a ser exercida por meio do poder discricionário que lhe é outorgado e que lhe permite decidir sobre a oportunidade e conveniência. Por oportunidade, entende-se a satisfação dos pressupostos de fato e de direito que a Administração considere necessários e suficientes para



a prática de um ato, voltado a atender certa finalidade pública estabelecida por lei específica e a ela cometida.

No tocante a conveniência, entende-se o tipo e a intensidade de eficácia jurídica que a Administração considere necessários e suficientes para a prática de ato, cujo conteúdo esteja adequado à produção de resultados que satisfaçam à finalidade pública que o justifica.

O mérito, portanto, pode ser considerado o campo de liberdade conferido pela lei para que o administrador, aplicando os critérios de conveniência e oportunidade, eleja, diante do caso concreto, entre as soluções possíveis, aquela que atenda exatamente a finalidade legal.

3. CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O interesse público deve ser relacionado ao “bem comum”, e não ao interesse de grupos individuais de pessoas. Não há qualquer previsão normativa no sentido de anunciar que o interesse público tem prevalência sobre o interesse privado. Apesar disto, é possível por meio de outras previsões legais, afirmar a existência de uma prevalência do interesse público e, especialmente, a existência de um dever da Administração Pública de zelar por sua proteção. O interesse público deve assim orientar a atividade administrativa e legislativa (MORAES, 2016, p.287). Assim, destaca-se que:

O agir conforme o interesse público exige certo grau de coragem do agente público, que muitas vezes opta por medidas menos econômicas simplesmente para assim evitar o risco de ser acusado da prática favorecimento a determinada pessoa ou o risco de ser questionado perante os órgãos de fiscalização de suas atividades. O momento atual, no entanto, exigiu um aperfeiçoamento dos agentes públicos e as Fazendas Públicas estão cada dia melhor representadas em juízo e, também um pouco como reflexo disto, a cada instante novos diplomas legislativos surgem no sentido de autorizar a desistência de recursos, a possibilidade de acordos judiciais, o não ajuizamento de demandas de baixo valor (MORAES, 1999, p.288).

Nessa quadra, o interesse público não seria um interesse abstrato ou um bem que pertença a uma esfera totalmente distinta da esfera do cidadão. O interesse público é, sem perder a sua qualidade de interesse superior e sem se resumir na soma dos interesses, ou seja, a soma das unidades em que o resultado seria o interesse particular dos grupos.



Seguindo essa mesma linha de pensamento, Carvalho Filho (2010), assenta que o interesse público não é o somatório dos interesses individuais dos componentes do grupo social, mas traduz o interesse coletivo, gerador de satisfação geral, e não individual, enfim busca o bem comum.

Esse debate é redimensionado por Justen Filho (2005), inicialmente com base em uma conceituação negativa de interesse público, ou seja, a partir daquilo que não se configura o conceito ou com ele se confunde, a fim de chegar ao que poderia ser assim definido. Primeiro, cabe reconhecer que o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, já que este é, sim, instrumento de realização daquele. O interesse público sequer é essencialmente de titularidade do Estado, já que existem interesses públicos não estatais, como o caso do chamado terceiro setor.

Com efeito, o interesse público também não pode ser simploriamente qualificado como o interesse da maioria da população (critério quantitativo), o que afronta sobremaneira ao princípio do Estado democrático de direito, destruindo e marginalizando o interesse das minorias, em uma perigosa supremacia ou ditadura dos interesses da maioria, quase sempre eventual, sazonal e manipulável.

Nessa abordagem de interesse público, vem à tona o conceito jurídico indeterminado como sendo um caso de aplicação da lei em que se cuida de subsumir em uma categoria legal determinada a uma dada situação real, ou seja, corresponde a um processo hermenêutico de interpretação e aplicação jurídica, de forma que as doutrinas desenvolvidas influenciam as teses acolhidas por quem enfrenta o tema.

Moraes (1999, p. 71) leciona que os conceitos jurídicos indeterminados podem ser vinculados ou não e, quando não são vinculados é a possibilidade de facultar mais de uma solução que se aparenta justa e razoavelmente sustentável juridicamente. Explica a autora que os conceitos indeterminados são discricionários quando, além de compreenderem a complementação do tipo aberto, encerram um conflito axiológico, uma ponderação valorativa dos interesses concorrentes, à luz do interesse público privilegiado pela norma jurídica.

A autora, ainda ressalta que não se pode confundir a discricionariedade com os conceitos verdadeiramente indeterminados, em razão da diferenciação dos métodos utilizados para complementação da norma:

A diferença entre a margem de livre apreciação e discricionariedade reside apenas na circunstância de a primeira envolver juízo autônomo de prognose somente subordinado ao critério de aptidão, ao passo que a discricionariedade envolve a



ponderação autônoma dos interesses em conflito à luz de critérios de aptidão, indispensabilidade e equilíbrio ou razoabilidade. Os limites internos e externos da legalidade põem-se de igual modo para as duas figuras, cujos vícios podem ser os mesmos (MORAES, 1999, p. 73).

Assim, os conceitos jurídicos indeterminados precisam seguir uma lógica em face de ponderação jurídica e de princípios que contribuam para a aplicação significativa da atividade do administrador, e, que embora haja similitude entre conceito jurídico e discricionariedade torna-se preciso distingui-los em prol do interesse público. Ademais, temos:

EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer de cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8429/92 e art. IX, da Lei 8.112/90. 2. A autoridade administrativa esta autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica valida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de conceito indeterminados, estão sujeitos ao exame e controle do poder judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia – art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do poder judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido (RMS 24.699, Relator: Min. EROS GRAU. (DISTRITO FEDERAL, 2004).

E, no julgado acima o relator ressalta claramente a distinção que se faz entre discricionariedade e interpretação do direito. Destaca também que inexistente uma única resposta correta e verdadeira para todos os casos jurídicos, uma vez que no caso concreto, o aplicador do direito pode, fazendo o prudente juízo interpretativo, escolher uma entre as possibilidades que vislumbra como correta.



4. CONSENSO SOBREPOSTO DA TEORIA DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS E O INTERESSE PÚBLICO

O consenso sobreposto é trabalhado na obra de John Rawls, liberalismo político, em que considera o referido liberalismo como uma doutrina que recai sob a rubrica do político e que a ideia central é que o liberalismo político se move dentro da categoria do político. O consenso sobreposto é o acordo sobre as concepções políticas centrais efetuado pelas pessoas que assumem doutrinas ou concepções de bens distintas e inclusive opostas. Revela-se no apoio livre e voluntário de pelo menos uma substancial maioria dos cidadãos politicamente ativos quanto às escolhas políticas fundamentais.

Procura-se uma concepção de justiça que possa obter o apoio de um razoável consenso sobreposto também razoável para servir de base pública de justificação, pois o pluralismo implica na existência de uma doutrina abrangente com a qual todos concordem para decidir as questões fundamentais de justiça política.

Como o interesse público também não pode ser simploriamente qualificado como o interesse da maioria da população (critério quantitativo), John Rawls por meio do consenso sobreposto destaca que a pluralidade de pensamento e comportamento precisam ser qualificados voluntariamente em pensamentos harmônicos e singulares na sociedade. Considerando que a minoria não pode ser prejudicada pelo pensar da maioria, coisa que afrontaria princípios do Estado democrático de direito.

Nessa quadra, tem-se que o mérito pode ser considerado o campo de liberdade conferido pela lei para que o administrador, aplicando os critérios de conveniência e oportunidade, eleja, diante do caso concreto, entre as soluções possíveis, aquela que atenda exatamente a finalidade legal. O que vem a afirmar a teoria do consenso sobreposto de Rawls.

A discricionariedade existe porque as leis outorgam ao administrador público a faculdade de escolha ao utilizar expressões como “poderá fazer”, “escolherá”, palavras que significam competência plural, ou seja, muitas formas de fazer cumprir o comando legal, a depender do intérprete da norma. Assim, se sobressai o consenso sobreposto quando há a possibilidade de uma pluralidade e que voluntariamente se sobrepõe a uma vontade geral (princípio da tolerância que unifica os pensamentos em face do liberalismo político) e não a vontade de todos (somatório de vontades que não integraliza a vontade geral) como expressão máxima do contrato hipotético defendido por Rawls. Quando, também, no liberalismo



político, destaca a liberdade de pensamento de forma a gerar um consenso entre os indivíduos da sociedade.

Assim, conforme Rawls, as pessoas são iguais na medida em que se ventila que todas têm, pelo menos em grau mínimo essencial, as faculdades morais necessárias para viver em sociedade, e conseqüentemente agir em prol do interesse público. Esse interesse público como resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito que, por conseguinte envolveria uma questão ética e não meramente técnica.

A perspectiva restritiva do conceito de interesse público (sentido estrito), por sua vez, vincula-se àqueles princípios, valores e objetivos que marcam o conjunto de interesses coletivos e sociais estabelecidos pela ordem normativa constitucional, conjugado em favor da comunidade política e não apenas de um ou outro cidadão individualmente.

Somente quando há um consenso sobreposto razoável a concepção política de justiça da sociedade pode ser publicamente justificada, ou seja, a discricionariedade e conceito jurídico indeterminado existem em prol de interesses razoáveis, interesses que não podem ser aleatórios, mas sim interesses que de fato possam exprimir o interesse público.

Isso viabiliza escolhas que se inserem no âmbito da definição do pluralismo razoável de Rawls, ora marcado por ideias, crenças e opiniões variada no seio social e administrativo. Implementa-se dessa forma a razão pública livre como mecanismo de exposição de ideias submetidas a juízos de verificação social.

A razão pública livre pode ser compreendida como um espaço ampliado de debate, em que pessoas, consideradas livres e iguais, debateriam sobre as concepções políticas de justiça que compreendessem como mais razoáveis. A razão pública é uma forma de argumentação apropriada para cidadãos iguais que, como um corpo coletivo, impõem normas uns aos outros apoiados em sanções do poder estatal.

O fato disso, é que quando os cidadãos professam doutrinas abrangentes que são razoáveis, embora divergentes, possam examinar se há um consenso sobreposto sobre a concepção política. Isso se torna possível, em face do termo ‘razoável’ utilizado por Rawls, que expressa uma atitude refletida de tolerância, visto que reconhece os limites da capacidade de juízo.

Nessa seara, destaca-se a tolerância como sendo aquilo que é razoável, e que não há espaço para juízos discricionários no sentido de valorações político-administrativas livres de quaisquer controles materiais. Todo agir administrativo, ainda que em diferentes gradações e



parâmetros, está inteiramente vinculado à Constituição, de onde extrai seu fundamento de validade normativa e legitimidade política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discricionariedade e o mérito administrativo não podem ser utilizadas desvirtualmente como um abre-te-sésamo a permitir desmandos administrativos, por isso, destaca-se que o agente público não é dono dos bens e interesses que administra, exercendo apenas uma função administrativa delimitada pelo respectivo rol de suas competências funcionais. Não lhe é lícito dispor de bens, interesses ou agir da Administração segundo qualquer ordem de conveniência, paixões ou demandas diversas da anunciada pela juridicidade normativa constitucional.

Daí considera-se que os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles chamados conceitos práticos, frutos de expressões vagas, fluidas, elásticas, que não comportam um único entendimento, variando de sentido tanto no aspecto temporal como espacial. Mesmo com conceito jurídico indeterminado, não pode o agente público ir de encontro ao interesse público, fato que representaria um desfavor do interesse público.

Esse desfavor é indicado quando o agente público sobrepõe seu interesse em nome da coletividade. Com isso, a arbitrariedade da escolha da melhor decisão. O que a proibição da arbitrariedade condena é justamente a falta de um fundamento objetivo na Constituição. Não se admite que o poder público, em qualquer de suas expressões, se exerça só pela vontade do agente público ou por seu capricho.

A arbitrariedade alcança a irrazoabilidade que não pode alcançar a discricionariedade nem a interpretação do conceito jurídico indeterminado. Assim, mostra-se necessário repelir quaisquer atividades que, em nome de suposta discricionariedade, transvistam-se de irregularidades, exorbitâncias, fins anômalos, ou qualquer outra forma alheia ao interesse público.

Mesmo assim, cada vez mais, os casos de evidente uso arbitrário da discricionariedade dão lugar a situações de dissimulação da conduta arbitrária das autoridades públicas. Não obstante que administradores públicos utilizam a *res pública* a seu favor, satisfazendo a interesses próprios ou que beneficiem determinadas pessoas em detrimento de outros, ou seja, verifica-se uma série de descomandos que implicam desvio da atividade administrativa.

Contrário a esses acontecimentos, deve-se buscar técnicas efetivas que garantam o exercício da atividade administrativa, na qual se insere a imprescindibilidade dos atos



discricionários e a teoria do consenso sobreposto de Rawls, pois o acordo tolerante ou contrato razoável sugerido pelo autor retrataria uma busca de conformidade entre as decisões. O consenso sobreposto representaria um acordo sobre as concepções políticas centrais efetuadas pelas pessoas que assumem doutrinas ou concepções de bens distintas e inclusive opostas.

Conforme Rawls, não há justificção pública sem que exista um consenso sobreposto razoável, e tal justificção se ajusta a ideia de estabilidade na tomada de decisão, bem como no ato discricionário. Os atos irrazoáveis são uma ameaça as instituições democráticas, pois lhe é impossível aquiescer a um regime constitucional. Sua existência estabelece um limite para o objetivo de realizar plenamente uma sociedade democrática razoável.

Apesar das mazelas contrárias ao consenso sobreposto para a formação dos atos discricionários razoáveis, a discricionariedade de que hoje se cuida não pode ser uma bomba-relógio introduzida no Direito, pronta a fazer explodir o sistema jurídico a qualquer momento, por ser uma força sem controle. Por isso, para afastar a arbitrariedade torna-se preciso motivar ou justificar os atos discricionários. A ausência de motivação, já caracterizaria um ato arbitrário.

Por todo o exposto, isso significa que não se pode descartar a vinculação do ato discricionário à Lei. Deve-se caracterizar devidamente os elementos vinculados do ato administrativo e aqueles outros em que é atribuída certa liberdade, estabelecendo o limite dessa liberdade.

Por último, procurou-se, nesse ensaio teórico, relacionar a supremacia do interesse público, com o plano de justiça de John Rawls, por meio do consenso sobreposto. O que se compacta com os critérios de interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados e da discricionariedade do interesse público de forma ponderada e razoável em face da pluralidade de possíveis formações voluntárias para a tomada de decisão do ato discricionário.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: O processo jurisdicional como *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito**. São Paulo: editora conceitual, 2011.



ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Fazenda Pública**. 2º ed. ver, ampl e atual. Salvador: *Juspovim*, 2016.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. 1º Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. **Rawls e seus críticos: revisitando a teoria da justiça**. Revista de direito constitucional e internacional. Vol 40/2002. P. 183- 204, jul-set/2002/DTR/2002/293.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 37, de 02 de dezembro de 1937.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 21, ed. Rio de Janeiro: Lumen Juis, 2009, p.10

CHIMENTI, Carlo. **Manuale di diritto público**. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 1994.

CONH, Amélia. **Descentralização, saúde e cidadania**. Revista Lua Nova, São Paulo: Marcos Zero, n.32, p.5-16, 1994.

CORAGGIO, José Luís. **Propostas do Banco Mundial para a educação: sentido oculto ou problemas de concepção?** In: TOMMASI, Livia De WARDE, Miriam Jorge e HADDAD, Sérgio (Orgs). O Banco Mundial e as políticas educacionais. São Paulo: Cortez, 1996.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio: Forense, 1989.

_____. **Empresa Pública**. São Paulo: universidade, 1973.

CALAMANDREI, Piero(1999). **Direito Processual Civil**. tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbiery. Campinas: Bookselle.

CANOTILHO, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Traducción de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendro. Buenos Aires: Edições jurídicas - Europa – America, 1959.

CHIOVENDA, Giusepe (1965a). **Instituições de Direito Processual Civil: Os conceitos fundamentais** – A doutrina das ações, 2ª ed, vol I, São Paulo: Saraiva.

_____. (1965b). **Instituições de Direito Processual Civil: Os conceitos fundamentais** – A doutrina das ações, 2ª ed, vol II, São Paulo: Saraiva.

D'ANTENA, Antonio. In: MIRANDA, Jorge, Org. **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976**. v.1. Coimbra: Coimbra, 1996.

DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. s.l: Almedina, 2005.



DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida. 2ª ed. Salvador: juspodium, 2105a.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ESTORNINHO, Maria Joao. **A fuga para o direito privado – contribuindo para o estudo da atividade de direito privado da administração pública**. Coimbra: Almeida, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de direito administrativo**. Revisor Técnico Carlos Ari Sundfeld; Tradutor José Alberto Fores Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **Da contribuição do código civil para o direito administrativo**. Revista de dir. Administrativo – RDA. Rio de Janeiro, ano, 19, n° 78, out – dez, 1964, p. 1-25.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Revolución Francesa y Administración Contemporânea**. 4. ed. Madrid : Civitas, 1994.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9º ed, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

GRECO, Leonardo. **Jurisdição voluntária moderna**. São Paulo: Dialética, 2003.

LOBO, Maria Thereza. **Descentralização: conceitos, princípios, prática governamental**. Cadernos de pesquisa. Fundação Carlos Chagas, São Paulo, n. 74, p. 5-10, agosto, 1990.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas**. São Paulo: Atlas, 2007.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana. Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.



MORAES, José Roberto de. **Prerrogativas processuais da Fazenda Pública**. In: SUNDFELD, Carlos Ari, BUENO, Cassio Scarpinella (coords). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.69.

MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. **A jurisdição uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento**. In: Direito jurisprudencial, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. Tradução de Susana de Castro. – São Paulo: WMF Martins, 2013. – (Biblioteca jurídica WMF).

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes Judiciais na Administração Pública: Limites e Possibilidades de Aplicação**. Salvador: *JusPodivm*, 2016. Coleção Eduardo Espínola.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

STEIN, Rosa Helena. Cadernos ABORN – Subsídios às conferências de Assistência Social-II- **“O sistema descentralizado e participativo, construindo a inclusão e universalizando direitos”**. Out.1997. p.5-20.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e de decisão jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Limites à invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: revista dos tribunais, 1997.

_____. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. I, 5ª ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Ainda a polêmica sobre a distinção entre a jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária. Espécies de um mesmo gênero ou entidades substancialmente distintas?**, in, revista de processo, vol.198, ano 36, p. 13-50, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ago, 2011.

VOLPATO, G. 2007. **Bases teóricas para Redação Científica**. 1ª. ed. São Paulo: Cultura Acadêmica e Scripta, 2007.