

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO JOÃO DEL-REI
PÓS-GRADUAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA

Ritiéli Aparecida Tavares Lima
Matrícula 2017200530260

A DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: CORRELAÇÃO ENTRE
PODER DISCRICIONÁRIO E A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

São João Del-Rei
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO JOÃO DEL-REI
PÓS-GRADUAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA

A DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: CORRELAÇÃO
ENTREPODER DISCRICIONÁRIO E A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

Monografia apresentada a Universidade Federal de São João Del-Rei como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Gestão Pública.

Orientador: Prof. Ana Cristina de Lima Pimentel

Dedico este trabalho aos meus pais Luciene e Dimas, minha irmã Elaine que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida e a todos aqueles que estão próximos de mim e fazem a vida valer cada vez mais a pena.

AGRADECIMENTOS

“Tudo vem a mim com facilidade, alegria e glória”.

Primeiramente agradecer a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como universitária, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

Aos meus pais e minha irmã pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

“O prazer no trabalho aperfeiçoa a obra”.

Aristóteles

RESUMO

Este estudo apresenta uma análise da correlação entre a discricionariedade dos atos administrativos e o princípio da supremacia do interesse público. Trata-se de um tema em alta na sociedade nos dias atuais. O administrador não pode agir destoando seus atos daqueles que são de interesse do administrado e da moral. Deve agir seguindo rigorosamente a lei sempre buscando a finalidade de alcançar o bem da coletividade. A partir desta concepção, tem-se clara a necessidade de uma reflexão sobre a questão da liberdade concedida ao administrador para tomada de decisão e a importância da moralidade implícita dentro do ato administrativo discricionário. Assim, para alcançar os objetivos aplica-se um recorte teórico baseado na análise comparativa de conceitos e ideias de vários autores de renome a fim de verificar as medidas que se deve tomar, por parte do Direito, para invalidar as práticas abusivas do Estado. Logo, é possível concluir que a discricionariedade é de caráter subjetivo e a prática do ato deverá se embasar na legalidade bem como no atendimento ao interesse público e não o interesse do administrador, sob a análise do mérito administrativo da conveniência e da oportunidade.

PALAVRAS-CHAVE: Atos administrativos, discricionariedade, legalidade, interesse público.

ABSTRACT

This study presents an analysis of the correlation between the discretionary nature of administrative acts and the principle of the supremacy of the public interest. This is an issue in society today. The trustee can not act undoing his acts of those that are of the manager's interest and morals. He must act strictly following the law always seeking the purpose of achieving the good of the community. From this conception, it is clear the need for a reflection on the issue of the freedom granted to the administrator for decision making and the importance of the implicit morality within the discretionary administrative act. Thus, to achieve the objectives, a theoretical cut based on the comparative analysis of the concepts and ideas of several renowned authors is applied, in order to verify the measures that must be taken by the Law to invalidate the abusive practices of the State. Therefore, it is possible to conclude that discretion is of a subjective nature and the practice of the act should be based on legality as well as on serving the public interest and not the interest of the administrator, under the analysis of the administrative merit of convenience and opportunity.

KEY WORDS: Administrative acts, discretion, legality, public interest.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	REFERENCIAL TEÓRICO	10
2.1	Administração pública e sua finalidade	10
2.2	Os princípios da Administração pública	11
2.3	Poderes e deveres da Administração Pública	12
2.4	Os atos administrativos e o poder discricionário	15
	<i>2.4.1 Atributos dos atos administrativos</i>	15
	<i>2.4.2 Atos Vinculados e Atos Discricionários</i>	16
	<i>2.4.3 Discricionariade dos Atos Administrativos</i>	18
	<i>2.4.4 Discricionariade x atos discricionários</i>	21
2.5	Interesse Público e sua primazia sobre o direito privado	23
2.6	Desvio de poder ou de finalidade	26
3	METODOLOGIA	29
4	APRESENTAÇÃO, ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS DO ESTUDO	31
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	36
	REFERÊNCIAS	38

1 - INTRODUÇÃO

A proposta será refletir sobre o Poder discricionário nos atos administrativos, no qual o administrador possui certa margem de liberdade em relação as suas decisões administrativas, levando em conta os critérios de conveniência e oportunidade no atendimento ao interesse público.

Esta liberdade, mesmo havendo margem para a discricionariedade, é limitada, pois o gestor não poderá praticar ato que não esteja consoante com a legalidade e com a moralidade administrativa, sujeitando-se ao controle e as sanções previstas pela Lei 8.429 de 02 de junho de 1992, a lei de improbidade administrativa.

No entanto, essa liberdade deve andar conjuntamente com os princípios básicos da administração amparados pela legislação vigente para embasar corretamente suas decisões, quer dizer considerando não somente o aspecto legal e o interesse público, mas também da moral e dos bons costumes.

Contudo, ao estabelecer que o princípio da legalidade e da moralidade em conjunto com o interesse público são reguladores do ato administrativo discricionário, são pressupostos de validade, uma vez que os atos praticados de forma desleal para com o administrado, serão ilegítimos caso não haja a devida observância de tais princípios.

Portanto, o poder público deverá deixar transparecer o interesse supremo do Estado, e que as decisões por ele tomadas, sejam pautadas nos princípios implícitos e explícitos da Administração Pública, com a finalidade do bem maior da coletividade, e não no interesse pessoal de seus administradores.

Com o propósito de facilitar o entendimento discorrer-se-á sobre o conceito e as diferenças entre o poder vinculante e o poder discricionário que é o tema principal do estudo em epígrafe. A vista disso, o ato discricionário se difere do ato vinculado pela maior parcela de liberdade de ação que lhe é conferida ao administrador público em consonância com o entendimento de Maria Sylvia Di Pietro (2014, p.91). A autora esclarece que para praticar de um ato vinculado o administrador público fica preso estritamente aos ditames da lei, ao passo que o ato discricionário é livre, dentro do que a lei estabelece e o que é de interesse público.

Neste sentido, Meireles (2003, p.116) explica ainda que “essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador em contato com a realidade” o que por sua vez, que seria impossível ao legislador.

Além disso, é de suma importância conceituar os atributos da Administração Pública, como a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade, considerando que

estes atributos não se confundem com arbitrariedade, quer dizer, não se confundem com uma ação contrária ou excedente da lei, na hora da decisão.

Neste contexto preceitua Hely Lopes Meirelles (2016, p. 140) que o “Ato discricionário, quando autorizado é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.”. Isto posto, ainda seguindo esta linha de raciocínio Di Pietro (2014, p. 221) explica “que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei”.

Ao passo que estudamos os poderes e os deveres na gestão pública, delinearemos especificamente o poder discricionário e a discricionariedade, no qual será perquirida qual a função do referido poder e quais são os seus limites. Mesmo havendo a discricionariedade, não quer dizer que o poder seja absoluto, pois mesmo diante dessa liberdade, o administrador não fica totalmente livre para decidir, devendo obedecer aos limites impostos pela legislação e os princípios inerentes a Administração Pública e os preceitos de oportunidade, conveniência, justiça e equidade próprios da autoridade, o que se diz em consonância com o entendimento dos autores Celso Bandeira de Mello (2010) e Di Pietro (2014).

Por fim, far-se-á uma ligação entre o poder discricionário e o princípio da supremacia do interesse público. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2010), a supremacia dos interesses coletivos sobre os interesses particulares é pressuposto natural de qualquer ordem social firme e justifica a existência de prerrogativas favoráveis a Administração Pública. Esta ligação se torna imperiosa haja vista a importância dos princípios da Administração pública que limitam a aplicação do poder discricionário, uma vez que a inobservância destes princípios caracteriza a improbidade administrativa (DI PIETRO, 2014; p. 32). Entendendo que esse poder não pode estar dissociado das bases e princípios legais, nem mesmo por tal decisão ter sido provinda de ato discricionário do gestor público, pois o que se deve esperar da Administração Pública é a tutela dos bens públicos e não a vontade discricionária do servidor em benefício de alguns.

O tema em questão está em alta na sociedade pelos inúmeros casos de escândalos pelo poder público e pelos agentes políticos. É um tema de extrema importância, de âmbito constitucional, para os gestores que atuam diretamente na Administração Pública e para todo e qualquer cidadão que perdeu a credibilidade da instituição pública. O trabalho busca apresentar ao leitor que a Administração Pública à qual são confiados os bens e interesses da coletividade não pode agir destoando seus atos daqueles que são de interesse do administrado e da moral.

2 - REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 - Administração pública e sua finalidade

O objetivo real da administração nada mais é do que o interesse público ou o bem da sociedade como um todo. O que se deve esperar da Administração Pública é a tutela dos bens públicos e não a vontade discricionária do servidor em benefício de alguns.

Hack (2010, p. 104) conclui que “todo agir administrativo deve atender a finalidade do interesse público”, não se admitindo agir que não atenda este requisito.

Neste sentido, a Administração Pública objetiva o trabalho em benefício do interesse público, além de objetivar os interesses e os direitos de seus administrados, quer dizer satisfazer as necessidades da sociedade através da prestação de serviços públicos.

Do mesmo modo, acerca da administração pontua Di Pietro (2014, p. 49) que “Administrar significa não só prestar serviço executá-lo como, igualmente, dirigir, governar, exercer à vontade com o objetivo de obter um resultado útil e que até, em sentido vulgar, administrar quer dizer traçar programa de ação e executá-lo”

Hely Lopes Meirelles (2016, p. 66), por sua vez faz uma comparação entre Administração e Governo, no qual temos:

Comparativamente, podemos dizer que Governo é atividade política e discricionária; a Administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica. Governo é conduta independente; Administração é conduta hierarquizada. O Governo comanda com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução; a Administração executa sem responsabilidade constitucional ou política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução. A Administração é o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo. Isto não quer dizer que a Administração não tenha poder de decisão. Tem. Mas o tem somente na área de suas atribuições e nos limites legais de sua competência executiva, só podendo opinar e decidir sobre assuntos jurídicos, técnicos, financeiros ou de conveniência e oportunidade administrativas, sem qualquer faculdade de opção política sobre a matéria.

Seguindo esta linha de raciocínio temos Diógenes Gasparini (2011) que ensina que “o fim é sempre o interesse público ou o bem da coletividade. Toda atividade administrativa deve ser orientada nesse sentido.”

2.2 - Os princípios da Administração pública

No direito administrativo, existem cinco princípios básicos dos quais é imensamente importante a análise para a correta aplicação dos atos administrativos. Sendo eles: os princípios da *Legalidade*, *Impessoalidade*, *Moralidade*, *Publicidade* e *Eficiência*.

A respeito do princípio da legalidade Diógenes Gasparini (2011, p. 61) defende que “o princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor” e Hely Lopes (2003, p. 86), por sua vez exemplifica que “a lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

Quanto à impessoalidade Maria Sylvia Di Pietro (2014, p.68) ilustra que “exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração” e ainda complementa que “a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento”.

Henri Walter, 1929, p. 74 *apud* Meirelles, 2003, p. 88, ao tratar sobre o princípio da moralidade explica que é sempre bom diferenciarmos que a moral administrativa é diferenciada da moralidade comum que é a distinção entre o bem e mal, uma vez que a moralidade administrativa é composta por regras de boa administração e também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa.) Assim, concordando com o ideia de Lacharrière (1938), a moral administrativa, “É o conjunto de regras que, para disciplinar o exercício do poder discricionário da Administração, o superior hierárquico impõe aos seus subordinados.”

O princípio da publicidade para Hely Lopes Meirelles (2003, p. 92), “é a divulgação oficial do ato para conhecimento público [...]” e “além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral”. Di Pietro (2014, p. 74) completa o conceito explicando que a publicidade “exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração”.

Di Pietro (2014, p. 84) ainda traz o conceito de eficiência apresentando-o sob dois aspectos, a saber:

pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a

Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Finalmente, Hely Lopes Meirelles (2003, p.102) considera a eficiência um dever da Administração Pública, conceituando-o como "o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional".

2.3 - Poderes e deveres da Administração Pública

A administração Pública no exercício de suas atribuições possui *poderes e deveres*, ou seja, o gestor possui encargos daqueles bens que lhe são entregues para a sua tutela. Os poderes e deveres são expressos em lei, os impostos pela moral administrativa e os exigidos pelo interesse da coletividade (MEIRELLES, 1998, p.91).

Quanto aos deveres tem-se o dever de agir, o dever de eficiência, dever de probidade e dever de prestar contas. No que lhe concerne aos poderes tem-se o poder normativo, o disciplinar, os decorrentes da hierarquia, o poder de polícia, além do poder vinculado e o discricionário que se verá adiante.

Hely Lopes preceitua que "O *poder* tem para o agente público o significado de *dever* para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. Em suma, o *poder de agir* se converte no *dever de agir*."

O *poder* tem significado de *dever* ao administrador público, pois, quem o detém sempre estará na obrigação de exercitá-lo. No entanto, nenhuma liberdade sobra ao administrador público para que deixe de praticar os atos de sua competência legal, que ocorre quando a omissão da autoridade ou o silêncio da Administração, quando deva agir ou se manifestar, gerando responsabilidade para o agente público omissor, e autorizando a obtenção do ato omitido por via judicial, por meio dos remédios jurídicos, como o mandado de segurança, se lesivo de direito líquido e certo do interessado (MEIRELLES, 2016).

O dever de eficiência é considerado um basilar da Administração pública estando disciplinado no artigo 37, caput da Constituição Federal e corresponde ao dever de boa administração (CARVALHO SIMAS *apud* MEIRELLES, 2016, p. 116).

O *dever de probidade* está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário à legitimidade de seus atos (MEIRELLES, 2016, p. 118). O administrador, em obediência ao dever de probidade, deve buscar o melhor para a

Administração Pública, assim, quando houver duas ou mais opções permitidas pela legislação, o administrador terá que escolher aquela que é a mais vantajosa para a Administração.

Para Diógenes Gasparini (2011, p. 206), o conceito do *dever de prestar contas*,

É da essência da gestão de bens, direitos e serviços alheios o dever de prestar contas, conforme estabelece o art. 68 do Código Civil. É, portanto, encargo ou obrigação de quem administra coisas de terceiros. Na Administração Pública, não é diferente e mais se justifica. Trata-se da prestação de contas sobre a gestão de um patrimônio que pertence à coletividade.

Seguindo o mesmo entendimento Hely Lopes Meirelles (2003, p. 103),

O administrador público deve contas de toda sua atuação aos administrados. Esse dever de prestar contas mais se acentua na gestão financeira, onde a Carta da República o impõe expressamente (arts. 70 a 75) não só para os *administradores* como para os demais *responsáveis por bens e valores públicos*.

Portanto, o dever de prestar contas garante que o administrador tem o dever de zelar e conservar os bens e interesses do povo, nada mais justo do que prestar as contas de sua gerência a coletividade.

Diógenes Gasparini (2011, p. 202) ensina que “Não se aceita a possibilidade, sequer, de o agente público praticar intempestivamente atos de sua competência quando ocorre a oportunidade de agir [...]”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 90) é categórica ao afirmar que na realidade não se trata apenas de poder ou uma faculdade do administrado, mas “trata-se de poder-dever, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis”.

Deste modo, é possível entender que quando o agente público é encarregado do *poder*, não pode deixar de executá-lo quando há necessidade, e sempre com a finalidade do benefício comum. Para o administrador público é agir uma obrigação, ao contrário do Se para o particular no qual o agir é uma faculdade.

Assim, passa-se a análise dos poderes da Administração Pública:

O poder hierárquico é o dispõe o Executivo para a distribuição e escalonamento das funções de seus órgãos, e ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoa (MEIRELLES, 2016, p.142).

Como elucidada Hely Lopes Meirelles (2016, p. 142/143) acerca da hierarquia “A hierarquia é a relação de subordinação existente entre os vários órgãos e agentes do

Executivo, com a distribuição de funções e a gradação da autoridade de cada um”. Do poder hierárquico decorrem faculdades implícitas para o superior, tais como a de *dar ordens* e *fiscalizar* o seu cumprimento, a de *delegar* e *avocar* atribuições e a de *rever* os atos dos inferiores. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.71),

[...] os órgãos da Administração Pública são estruturados de tal forma que se cria uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros, cada qual com atribuições definidas na lei. Desse princípio, que só existe relativamente às funções administrativas, não em relação às legislativas e judiciais, decorre uma série de prerrogativas para a Administração: a de rever os atos dos subordinados, a de delegar e avocar atribuições, a de punir; para o subordinado surge o dever de obediência.

O poder disciplinar é aquele conferido a Administração Pública para que possa apurar infrações cometidas pelos administradores, para aplicar penalidades aos servidores públicos e as demais pessoas sujeitas as penalidades decorrentes da atividade administrativa (DI PIETRO, 2014, p. 95), quer dizer no uso do poder disciplinar ela controla o desempenho dessas funções e a conduta interna de seus servidores, responsabilizando-os pelas faltas cometidas (MEIRELLES, 2016, p.145).

Meirelles (2016, p. 150) conceitua o *poder regulamentar* como sendo “a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei”. Insere-se, portanto, o poder regulamentar como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução (DI PIETRO, 2014, p. 92).

Por fim, para Meirelles (2016, p. 152) “*Poder de polícia* é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”. Di Pietro (2014, p. 122) por sua vez, complementa ao explicar que “O fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados”.

Ainda sobre o poder de polícia Bandeira de Mello (2010, p.683), aclara que “pelo poder de policia, o Estado, mediante lei, *condiciona, limita,* o exercício da liberdade e da propriedade dos administrados, a fim de compatibilizá-las com o bem-estar social”.

2.4 - Os atos administrativos e o poder discricionário

Hely Lopes Meirelles (2016, p. 385) conceitua o ato administrativo em sentido amplo, no qual abrange, pois, atos gerais abstratos, como costumam ser os regulamentos, as instruções (e muitas resoluções), e atos convencionais, como os chamados contratos administrativos. Ainda traz um conceito de ato administrativo em sentido estrito, restringindo a noção a uma categoria menor de atos, associados por uma quantidade maior de traços de afinidade, excluindo-se dela tanto os atos abstratos (como os regulamentos, instruções etc.) quanto os atos convencionais (como os “contratos administrativos”).

2.4.1 Atributos dos atos administrativos

Não há uma consonância entre a doutrina no que concerne aos atributos do ato administrativo. Parte da doutrina considera apenas a executoriedade, outra parte acrescenta a presunção de legitimidade, outra parte ainda acrescenta outros inúmeros atributos.

Aqui se vê apenas presunção de legitimidade ou de veracidade, a imperatividade, a executoriedade e a autoexecutoriedade, que correspondem, na realidade, a verdadeiras prerrogativas do poder público, conforme pontua Di Pietro (2014, p. 206).

A presunção de legitimidade decorre do *princípio da legalidade da Administração* (art. 37 da CF) e diz respeito à conformidade do ato com a lei, no qual se presumem verdadeiros os fatos alegados pela Administração (DI PIETRO, p. 206/207).

Portanto, "a presunção de legitimidade constitui um princípio do ato administrativo que encontra seu fundamento na presunção de validade que acompanha todos os atos estatais, princípio em que se baseia, por sua vez, o dever do administrado de cumprir o ato administrativo" (CASSAGNE apud DI PIETRO, 2014, p. 207).

Já a presunção de veracidade refere-se aos *fatos* alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário (MEIRELLES, 2016, p. 183).

A Imperatividade, por sua vez, é o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância (DI PIETRO, 2014, p.209). Meirelles (2016, p. 185) complementa este conceito explicando que a *imperatividade* é o atributo do ato administrativo que impõe a coercibilidade para seu cumprimento ou execução

e decorre da só existência do ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade.

A *autoexecutoriedade* consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial (MEIRELLES, 2016, p. 185). Di Pietro (2014, p.209) conclui o conceito ao aclarar que a autoexecutoriedade consiste em atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Bandeira de Mello (2010, p.422) explica que pela exigibilidade pode-se induzir a obediência, pela executoriedade pode-se compelir, constranger fisicamente.

A exigibilidade é a regra e a executoriedade existe nas seguintes hipóteses¹:

- a) quando a lei prevê expressamente, que e o caso óbvio;
- b) quando a executoriedade e condição indispensável a eficaz garantia do interesse publico confiado pela lei a Administração;

Por fim, a tipicidade “é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei” (DI PIETRO, 2014, p. 210).

Lyra² finaliza explicando que “A presença de todos esses elementos é obrigatória para que o ato administrativo exista, seja perfeito, válido e produza efeitos jurídicos. Uma vez existente, goza de pressupostos típicos, quais sejam a presunção de legitimidade, a imperatividade e a coercibilidade”.

2.4.2 – *Atos Vinculados e Atos Discricionários*

Os atos administrativos se dividem em atos vinculados e atos discricionários.

Hack (2010, p.101) ilustra que os poderes do estado são limitados pelo princípio da legalidade, pois a lei descreve como deve ser o agir do agente e restringe seus poderes,

¹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p.422.

² LYRA, Leandro J. **O controle da discricionariedade do ato administrativo pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/20019-20020-1-PB.pdf> Acesso em 28 jul 2017.

podendo a atuação ser mais ou menos livre conforme preceitua a lei. Logo, desta descritiva pode-se verificar a diferença entre os atos vinculados e os atos discricionários.

Atos vinculados, conforme conceitua Hely Lopes Meirelles (2016, p.430), são aqueles que, por "existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedir os, não interfere com apreciação subjetiva alguma".

Por sua vez, define os atos discricionários como os atos que "a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita a lei reguladora da expedição deles".

Noutros falares, Di Pietro (2014, p.91) também faz a distinção entre o poder vinculado e poder discricionário, tema central deste estudo, *in verbis*:

O chamado "poder vinculado", na realidade, não encerra "prerrogativa" do Poder Público, mas, ao contrário, dá ideia de restrição, pois, quando se diz que determinada atribuição da Administração é vinculada, quer-se significar que está sujeita à lei em praticamente todos os aspectos. [...] A discricionariedade, sim, tem inserida em seu bojo a ideia de prerrogativa, uma vez que a lei, ao atribuir determinada competência, deixa alguns aspectos do ato para serem apreciados pela Administração diante do caso concreto; ela implica liberdade a ser exercida nos limites fixados na lei. [...]

Ainda, no que atina a discricionariedade Di Pietro (1991) amplia o conceito ao explicar que se trata de uma "faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito".

De forma mais didática, Hack (2010, p. 102/103) esclarece que os atos vinculados são aqueles em que não há espaço para o agente decidir como vai agir, ou seja, como a lei já prevê os elementos, o agente apenas deve cumprir o que lhe é imposto. Já os atos discricionários são aqueles em que a atuação da Administração é mais livre dentro do que a lei impõe, isto é, essa liberdade não é absoluta, levando em conta o mérito administrativo que corresponde aos critérios de conveniência e oportunidade no atendimento do interesse público.

A par disso, Lyra³ pontua que

A discricionariedade é representada pelo chamado mérito do ato administrativo que é a possibilidade de opção pelo Agente dentro dos ditames legais. A relevância acerca da distinção entre ato vinculado e ato discricionário reside na questão inerente às matérias que poderão ser levadas ao Judiciário, que poderá julgar acerca da competência do agente, da forma, da finalidade e dos motivos do ato, mas não

³ LYRA, op.cit.

poderá analisar se o ato deveria ou não ter sido praticado, pois isto é a discricionariedade do ato, o mérito do ato administrativo.

Portanto, os atos vinculados, são aqueles em que a norma criada define de forma minuciosa e expressamente como o Administrador deve agir e os atos discricionários mesmo sendo regidos por lei possuem certa liberdade de agir ao administrador, ou seja, o administrador tem liberdade para escolher qual o melhor caminho a seguir para atingir o interesse público.

2.4.3 – *Discricionariedade dos Atos Administrativos*

Assim é *mister* destacar que o poder discricionário não se confunde com arbitragem na hora da decisão. A discricionariedade e a arbitrariedade são totalmente diferentes. O primeiro é a liberdade conferida ao administrador para que se tenha escolha dentro dos limites da lei, enquanto o segundo é ação contrária ou excedente da lei. A respeito, algumas considerações de Hely Lopes (2016, p. 433) se impõem:

Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado a satisfação do interesse público no caso concreto.

Arrematando a ideia, Hack (2010, p. 103) aclara que a arbitrariedade é a extrapolação da competência por parte de autoridade administrativa para a prática do ato, é o agir com excesso, extrapolando os limites impostos pela lei.

Permite-nos acrescentar que Di Pietro (2014, p. 222) esclarece que a fonte da discricionariedade é a própria lei e esta se dá nas lacunas que esta deixa. Neste sentido, ainda explica que normalmente essa discricionariedade existe:

- a) quando a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção ex officio do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço;
- b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico;
- c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em

que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde.

Portanto, a Administração Pública apenas poderá atuar conforme a lei e somente poderá agir valendo-se da discricionariedade respaldado pela própria lei sob pena de tornar o ato nulo, sem se esquecer de que o Estado é obrigado a escolher sempre os melhores meios para atender o interesse público. Para tanto, Bandeira de Mello (2010, p. 962) ilustra que:

Se a lei todas as vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizaria sempre a solução, tomando-a invariável mesmo perante situações que precisariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança, justamente porque a realidade do mundo empírico e polifacética e comporta inumeráveis variantes.

A discricionariedade não é absoluta podendo incidir apenas em alguns elementos do ato administrativo ao passo que os demais serão sempre vinculados⁴.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2003, p. 114), “Elementos *vinculados* serão sempre a *competência*, a *finalidade* e a *forma*, além de outros que a norma legal indicar a consecução do ato”.

A lei pode deixar margem de liberdade de análise para a Administração (MEIRELLES, 2010, p. 433), quando regula situações, quanto:

- a) ao momento da prática do ato;
- b) a forma do ato;
- c) ao motivo do ato;
- d) ao conteúdo do ato;
- e) a finalidade do ato.

A respeito, algumas considerações de Hack (2010, p. 96/104) se impõem:

- Quanto ao momento do ato, o autor entende como a manifestação do critério da oportunidade na análise do mérito administrativo.

- Quanto a forma do ato, o autor define como sendo a forma como o ato deve ser externalizado, obedecendo as formalidades que a lei estabelece e finaliza esclarecendo que os atos geralmente são escritos, mas existem exceções no qual os atos podem ser verbais ou até mesmo gestuais;

⁴ Cf. LYRA, op.cit.

- Quanto ao motivo, o autor explica que se trata de um elemento formal, que vem descrito na própria lei que deve estar devidamente exposto no ato, ou seja, a autoridade deve explicar no próprio ato as razões para sua prática.

- Quanto ao conteúdo, o autor define como sendo o objeto do ato, ou seja, o efeito jurídico que este ato produzirá e frisa que não há nenhum ato que não vise qualquer efeito.

- Por fim, quanto à finalidade, o autor explica que tal elemento é o resultado que se quer alcançar com o ato, quer dizer, para cada ato a ser praticado existe uma finalidade. Importante assinalar que o autor é claro ao afirmar que os fins não justificam os meios, haja vista que se um ato não pode ser praticado fora da finalidade pretendida mesmo que esta seja alcançada.

Por sua vez, Lyra⁵ acrescenta que ainda há dúvida acerca de a finalidade admitir ou não a discricionariedade e complementa ao explicar que “apesar de ser imperioso que a finalidade dos atos seja sempre o interesse público, e aí haveria vinculação, tem-se de levar em consideração que na finalidade da norma com frequência é dada ao Administrador a ponderação sobre referido interesse público.”

Desta forma temos o seguinte entendimento de Hely Lopes (2016, p. 192)

a atividade discricionária não dispensa a lei, nem se exerce sem ela, senão com observância e sujeição a ela” e os “atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.

Robustecendo a ideia, Bandeira de Mello (2010, p. 962) completa ao dizer que caberá ao administrador “preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei”.

Todavia, vale lembrar que mesmo diante dessa liberdade, o administrador não fica totalmente livre para decidir, ele deverá obedecer aos limites impostos pela legislação e os princípios inerentes a Administração Pública, como por exemplo, os aspectos de *competência, forma e finalidade*, que não aspectos que a legislação impõe suas limitações, uma vez que “a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser **arbitrária**, ou seja, *contrária à lei*” (DI PIETRO, 2014, p. 221, grifo do autor).

Indo ao encontro deste raciocínio explica Hely Lopes Meirelles (2003, p. 115), acerca do poder discricionário que:

⁵ LYRA, op.cit.

O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado por forma diversa da prescrita em lei, ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo. Em tal circunstância, deixaria de ser ato discricionário para ser ato arbitrário – ilegal, portanto.

Lyra⁶ pontua que “esta liberdade deve observar as hipóteses objetivas previstas em lei, para que não se incorra em arbitrariedade, que é ilegítima, fazendo-se demonstrar pelo desvio de poder, em detrimento da discricionariedade”, e finaliza explicando que “caso isso ocorra, cabível será o controle judicial, que poderá anular o ato administrativo”.

Como ensina em sua obra, quanto ao ato discricionário e sua eficácia, Di Pietro (2014, p. 241) elucida que “é ato discricionário, porque o examina sob os aspectos de conveniência e oportunidade para o interesse público; por isso mesmo, constitui condição de eficácia do ato”.

Complementando, Hack (2010, p. 104) explica que a conveniência é o juízo de adequação que autoridade faz, e a oportunidade é o momento adequado para a prática do ato, sempre considerando a necessidade da Administração.

O ato administrativo é definido por Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 368) como:

declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Por conseguinte, é uma espécie de ato jurídico dotado de características próprias como a condição de sua válida produção e a forma de eficácia que o individualizam.

A fonte do ato discricionário é a própria lei, o administrador mesmo para praticar o ato discricionário, deverá obedecer a sua competência legal, sua forma e sua finalidade legal, para todo ato administrativo, que é o interesse da coletividade.

2.4.4 - *Discricionariedade x atos discricionários*

Ainda quanto as expressões discricionariedade e atos discricionários Hely Lopes (2016, p. 192), esclarece:

⁶ LYRA, op.cit.

A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público. Daí a justa observação de Nunes Leal de que só por tolerância se poderá falar em ato discricionário, pois o certo é falar-se em poder discricionário da Administração. Com essa ressalva conceitual, continuaremos a nos referir a atos discricionários, porque, embora inadequada, a expressão está consagrada na doutrina e na jurisprudência.

Arrematando a ideia, Hely Lopes (2016, p. 432/433) define a discricionariedade como

A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.

Para o desempenho das funções públicas estatais, a Administração Pública dispõe de poderes que lhe conferem posição de superioridade sobre os indivíduos, ou seja, sobre o particular, sem esses poderes ela não atingiria os fins necessários desejados pelo Estado.

O poder discricionário é praticado seguindo os preceitos de oportunidade, conveniência, justiça e equidade próprios da autoridade, pois não são definidos previamente pelo legislador. Reforçando a ideia, Di Pietro (2014, p. 32) ensina:

Hoje a discricionariedade é limitada por princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, interesse público, impessoalidade, segurança jurídica, sem mencionar os valores inseridos nos artigos 1º a 4º da Constituição. A tal ponto vai a importância dos princípios. Que a sua inobservância caracteriza ato de improbidade definido no artigo 11 da Lei nº 8.429, de 2-6-92. São princípios e valores que devem ser observados pelo legislador e pela autoridade administrativa e que, em consequência, podem ser apreciados pelo Poder Judiciário, seja para decretar a inconstitucionalidade de leis, seja para declarar a nulidade de atos administrativos.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 223), a discricionariedade existe: *“Quando a lei expressamente a confere à administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção ex officio do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço”*. Existe também quando:

[...] b) a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade devesse decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico.
c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; (DI PIETRO, 2014, p. 223).

Marçal Justen Filho (2006, p. 161), por sua vez, define a discricionariedade como um *“dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto”*.

A par disso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014) explica que a discricionariedade ainda tem a ver com os *elementos* do ato administrativo, ao sujeito, objeto, forma, motivo e a finalidade e ainda complementa que a discricionariedade decorre de previsão legislativa, de omissão legislativa em razão da impossibilidade de previsão de todas as situações supervenientes à promulgação ou, ainda, de quando a lei prevê a competência, mas não regula a conduta a ser adotada.

Lyra⁷ ainda acrescenta que:

[...] Outro fator que permite a existência da discricionariedade relaciona-se aos conceitos indeterminados e genéricos utilizados para resolver as mais diversas situações, atingindo um fim legal, e pautando sua conduta de acordo com as finalidades públicas em geral, específicas para cada ato a ser praticado, sempre considerando que existe uma necessidade a tutelar.

Para Marçal Justen Filho (2006. p. 160):

a afirmação de um Estado Democrático de Direito e a própria existência do direito administrativo conduzem à adoção de um instituto jurídico que venha a formalizar e adequar a autonomia das escolhas do administrador público pela supremacia do princípio da legalidade. Esse instituto é a discricionariedade administrativa.

Em remate, ao atuar arbitrariamente, a Administração Pública sujeita seu ato a reexame administrativo ou judicial, uma vez que a arbitrariedade, o desvio das funções próprias da Administração e o abuso de poder vão contra as imposições legais, e uma vez que estas práticas negligentes são constatadas, carece saná-las e estes atos devem ser invalidados ou até mesmo ser considerado nulo se for o caso.

2.5 - Interesse Público e sua primazia sobre o direito privado

Em paralelo ao surgimento do interesse público nasceram os direitos sociais e econômicos. Neste sentido, o direito administrativo se caracteriza pelo binômio autoridade/liberdade. Destarte, Di Pietro (2014, p.38) complementa:

A Administração Pública tem que ter prerrogativas que lhe garantam a autoridade necessária para a consecução do interesse público. Ao mesmo tempo, o cidadão tem que ter garantias de observância de seus direitos fundamentais contra os abusos do poder.

⁷ LYRA, op.cit.

Esse binômio autoridade/liberdade está presente em todos os institutos do direito administrativo. Na evolução desse ramo do direito, pode o pêndulo do relógio pender mais para um lado do que para o outro. O ideal é que haja um equilíbrio.

Deste conceito que decorre a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas. Retrilhando caminhos, Di Pietro (2014, p. 68), ainda completa que:

Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei e do direito (incluindo princípios e valores previstos explícita ou implicitamente na Constituição); é a aplicação, ao direito público, do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular.

Conforme expõe Norberto Bobbio *apud* DI PIETRO, 1991, p.153:

A idéia do primado do público, que se desenvolveu como forma de reação contra a concepção liberal do Estado, e que se funda sobre a irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais, pode assumir diversas formas segundo os diversos modos através dos quais é entendido o ente coletivo – a nação, a classe, a comunidade do povo – a favor dos quais o indivíduo deve renunciar à própria autonomia.

O interesse público é também conhecido como princípio da finalidade pública (DI PIETRO, 2014, p. 68), na Administração Pública, ainda que não tenha previsão constitucional é próprio da atuação estatal (MORAES, 2002,p.116).

Retrilhando caminhos, Rocha⁸ especifica que

O princípio da supremacia do interesse público determina que todos os atos administrativos devem perseguir uma finalidade única, qual seja, o interesse público. Afinal, é dever da Administração agir em favor do interesse dos seus administrados como coletividade. Sendo assim, temos que o interesse público não é aquele da Administração Pública ou, muito menos, do agente público. Pelo contrário, interesse público é o interesse do povo, da sociedade, da coletividade como um todo.

Indo ao encontro desta linha de raciocínio, Hely Lopes (2016, p. 113) ilustra que “a primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado”.

⁸ ROCHA, Olga Oliveira Bandeira da. (Artigos) o princípio da supremacia do interesse público e a personalização do direito administrativo - parte I. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/20067-20068-1-PB.pdf>. Acesso em 28 jul 2018.

Importante assinalar que Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 73) elucida que "as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses público; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais"

Embora este princípio na estar explícito na Constituição, possui a mesma força jurídica e seu aproveitamento deverá ser conforme com os demais princípios. Insta salientar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular é um dos princípios fundamentais da Administração Pública e não é absoluto uma vez que em determinadas situações os interesses particulares também devem ser observados. Todavia, em casos em que houver conflitos entre o interesse coletivo e o particular, o administrador deverá buscar atender ao coletivo, conforme explana Di Pietro (2014, p. 36):

Fala-se em ponderação de interesses para substituir a ideia de supremacia do interesse público. Defende-se a aplicação do princípio da razoabilidade também em substituição ao da supremacia do interesse público. Em verdade, os que se opõem à aplicação do princípio da supremacia do interesse público partem de uma errônea interpretação de seu significado. Dão a ele uma generalização que jamais existiu, pois é evidente a impossibilidade de, em qualquer situação de conflito entre o público e o privado, fazer prevalecer o primeiro; se assim fosse, realmente não haveria como garantir os direitos individuais.

Firme na premissa Di Pietro (2014, p. 37) entende “a defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado. O Estado tem que defender os interesses da coletividade. Tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social. Negar a existência desse princípio é negar o próprio papel do Estado”. Deste modo, o princípio da supremacia do interesse público está na base de praticamente todas as funções do Estado e de todos os ramos do direito público e está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução, ou seja, inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação. (DI PETRO, 2014).

Olga Oliveira Bandeira da Rocha⁹ quanto ao interesse estatal e o interesse público ilustra que:

[...] deve-se tomar cuidado para não confundir interesse público com interesse da Administração ou, pior ainda, com interesse do administrador. O princípio do interesse público existe para cumprir a finalidade do interesse da coletividade, e nenhum outro. Portanto, surgiu a necessidade de se criar uma limitação ao princípio em pauta, de forma a evitar abusos por parte da Administração Pública. [...]

⁹ ROCHA, op. cit.

Costuma-se confundir interesse público com interesse estatal, entendendo-se que o interesse é público porque atribuído ao Estado, e é atribuído ao Estado por ser público. No entanto, a verdade é que não se pode definir interesse público a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica. Como o Estado Democrático é instrumento de realização dos interesses públicos, o correto é entender que o interesse público existe antes do Estado, e não em razão dele.

Importante assinalar que Hely Lopes Meirelles (2016) defende que na interpretação dentro do direito administrativo deve-se obrigatoriamente se observar o princípio da supremacia do interesse público. Sustenta ainda que:

Desde que o princípio da validade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode, entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo.

No que atina a supremacia do interesse público, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991, p.173) ensina que:

Finalmente, o princípio da supremacia do interesse público exige da Administração comportamentos que atendam às necessidades emergentes da vida em comunidade e não aos interesses dos entes que exercem a função administrativa, interesses estes que são secundários e só podem ser atendidos quando não conflitem com os interesses da coletividade.

Rocha¹⁰ por sua vez, aclara que a supremacia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal, uma vez que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral.

Bandeira de Mello (2010, p.73) arremata esclarecendo que

[...] as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses público; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais.

O artigo 2º, caput, da Lei nº 9. 784/99e no parágrafo único, explicita o princípio da supremacia do interesse público, o Inciso II da referida lei ainda define que "atendimento afins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei". Conforme tal dispositivo fica claro que o interesse público é irrenunciável pela autoridade administrativa (DI PIETRO, 2014).

¹⁰ ROCHA, op.cit.

2.6 - Desvio de poder ou de finalidade

A priori, Hack (2010, p.96) define a finalidade como “o resultado que se quer alcançar com a prática do ato” e que para cada finalidade existe um ato a ser utilizado. Ademais, conclui que deve haver assim uma pertinência entre a finalidade desejada e o ato praticado.

Retrilhando caminhos, Lyra esclarece que

a finalidade exerce, inclusive, papel limitador do poder discricionário, por estarem os atos administrativos vinculados a um fim público, uma finalidade específica expressa ou implícita em lei. Assim, o fato de a finalidade precisar ser, necessariamente o interesse público, também servirá como um forte instrumento na análise da legalidade dos atos administrativos.

Em seu estudo Lyra¹¹ aponta duas teorias com o intuito de inibir a arbitrariedade e a limitação da discricionariedade, a saber: a teoria do desvio de poder e a dos motivos determinantes.

Quanto ao desvio/abuso de poder o autor pontua que está intimamente ligado ao elemento finalidade e que “o Administrador tem o dever-poder de atuar conforme a lei, até mesmo em se tratando dos atos discricionários, que são parcialmente vinculados” e completa que “o foco desta teoria é de que, quando o poder-dever discricionário deixa de ser utilizado para a busca do interesse público, é porque está sendo utilizado abusivamente”.

Por sua vez, quanto a teoria dos motivos determinantes esclarece que está intimamente ligada ao elemento motivo que leva a prática do ato, no qual “ficam a ele atrelados de tal modo que a prática de um ato administrativo mediante a alegação de motivos falsos ou inexistentes determina a sua invalidade”.

Uma das teorias apontadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014) é relativa ao desvio de poder ou de finalidade que ocorre quando o agente competente usa a discricionariedade para atingir finalidade diferente daquela fixada por lei.

Para Diógenes Gasparini (2011, p. 200):

o abuso de poder pode residir na execução do ato administrativo, não ocorre nos atos omissivos. Não se tem como caracterizar abuso na execução se nem execução existe. Há de haver uma ação na fase executória do ato para que se possa ter abuso de poder. Assim, não se há de falar em abuso de poder em ato omissivo. Só nos comissivos o abuso poder ocorrer.

¹¹ LYRA, op.cit.

O abuso do poder é considerado gênero que se subdivide em duas espécies: *excesso de poder* e o *desvio de finalidade*.

Acerca do *excesso de poder* ensina Hely Lopes Meirelles (2016, p. 122)

O excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas; Excede, portanto sua competência legal e, com isso, invalida o ato, porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe permite. O excesso de poder pode tornar o ato arbitrário, ilícito e nulo.

Logo, o *desvio de finalidade*, é visto por Meirelles (2016, p. 123) como,

O desvio de finalidade ou de poder, verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal.

Ainda sobre o abuso de poder Meirelles (2016, p.121) pontua: “O *abuso do poder* ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas.

Ao contrário do abuso de poder, o desvio de finalidade caracteriza-se pelo descumprimento da norma legal, gerando assim, um resultado diferente do esperado pelo poder público.

No que tange ao desvio de finalidade, Hely Lopes Meirelles (2016, p.123) explica que “o ato praticado com desvio de finalidade - como todo ato ilícito ou imoral - ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público”. Sob o mesmo ponto de vista, pontua Di Pietro (2014, p.67):

Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Em consequência, se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato ilegal.

Arrematando a ideia, Justen Filho (2014, p. 155) enfatiza que não se deve confundir interesse público com interesse do Estado, o que geraria um raciocínio circular, pois o interesse seria público porque atribuído ao Estado e seria atribuído ao Estado por ser público.

3 – METODOLOGIA

Este estudo, nada mais é, do que uma pesquisa exploratória, uma vez que seu objetivo é buscar familiaridade com o tema e assim entender como os princípios se aplicam a realidade no âmbito da gestão pública.

Reforçando a ideia, Gil (2002, p. 41) preconiza que a pesquisa exploratória tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses. Esta classificação de pesquisa tem como alvo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições.

Quanto à abordagem emprega-se a qualitativa por se tratar de situações subjetivas que tem como fonte o ambiente natural. Assim sendo, se pode entender a situação através dos comportamentos dos agentes e a moralidade implícita em seus atos.

Malhotra (2001) *apud* VIEIRA e TIBOLA (2005) define a **pesquisa qualitativa** como uma técnica de “[...] pesquisa não-estruturada, exploratória, baseada em pequenas amostras, que proporciona *insights* e compreensão do contexto do problema” que está sendo estudado. Vieira e Tibola (2005) ainda citam que Aaker, Kumar, Day (2001), e explica que estes autores buscavam serem mais claros e diretos, pois defendiam que a pesquisa qualitativa tem por objetivo simplesmente compreender o que está na mente do consumidor.

Para executar esta pesquisa que é exploratória, é necessário um planejamento bastante flexível, de modo a possibilitar a consideração dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado. Na maioria dos casos, essas pesquisas envolvem: (a) levantamento bibliográfico; (b) entrevistas com pessoas que tiveram experiências práticas com o problema pesquisado; e (c) análise de exemplos que "estimulem a compreensão" (Selltiz *et al apud* Gil, 2002 p.41).

A técnica aplicada é o levantamento de pesquisa bibliográfica. A revisão bibliográfica é basilar para se alcançar um recorte teórico bem definido e construído de como abordar o tema e a problematização, seja sobre múltiplos ângulos.

A respeito da pesquisa bibliográfica a consideração de Gil (2002, pag.45) se impõe, uma vez que o ilustre autor entende que

a principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente. Essa vantagem torna-se particularmente importante quando o problema de pesquisa requer dados muito dispersos pelo espaço.

Gil (2002, p. 44/45) ainda explica que a pesquisa bibliográfica é constituída por livros e artigos científicos. Quanto aos livros ele entende que “constituem as fontes bibliográficas por excelência”.

Tal linha de raciocínio foi acolhida por Lakatos e Marconi (2001, p. 183), que ainda complementam que a pesquisa bibliográfica, “[...] abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema estudado, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, materiais cartográficos, etc. [...] e sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto [...]”, de modo a evitar o desperdício de tempo com situações já solucionadas e assim buscar soluções inovadoras.

Destarte, para conduzir a pesquisa, concentraremos em autores de renome que aprofundam no ensinamento de Direito Administrativo como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antonio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Marçal Justin Filho e Diógenes Gasparini, dentre outros, cuja influência é tão marcante na doutrina brasileira.

Hely Lopes Meireles é o maior doutrinador de Direito Administrativo brasileiro, suas obras sempre fazem parte das ementas de estudo na área. Quanto ao tema deste estudo ele traz conceitos mais abrangentes de forma muito clara que contribuem para a base desta pesquisa.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro é uma das doutrinadoras mais admiradas e respeitadas no Direito Administrativo brasileiro. Seus livros são obrigatórios para todos que pesquisam na seara administrativa. Quanto ao tema ela confirma o entendimento de Hely e complementa os conceitos sob uma ótica mais didática.

Por fim, Celso Antonio Bandeira de Mello, Marçal Justin Filho e Diógenes Gasparini, dentre outros são utilizados para complementar as ideias sob o ponto de vista de outras correntes que apóiam em parte ou discordam dos conceitos para dar maior visibilidade sob o tema.

Ademais, utilizou-se de artigos científicos, periódicos e sites confiáveis para estudos acadêmicos a fim de promover uma reflexão sobre os conceitos de discricionariedade, poder discricionário, atos administrativos e princípio da supremacia do interesse público.

4 - APRESENTAÇÃO, ANÁLISE, DISCUSSÃO DOS RESULTADOS DO ESTUDO

A compreensão e leitura sobre o tema deste estudo se basearam e se consolidaram através da análise comparativa de vários autores de renome, persuasões já sabidas sobre questões vinculadas à discricionariedade dos atos administrativos e à supremacia do interesse público. No entanto, a pesquisa minudenciada é determinante para a absorção e entendimento dos tópicos e assim compreender como estes princípios correlacionados se aplicam a realidade no âmbito da gestão pública.

Hely Lopes Meirelles (2003, p. 83) conceitua a Administração pública como sendo a “gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual, ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum”.

Este conceito se apresenta como basilar deste estudo, porquanto apresenta como palavras chaves a “gestão de bens”, “preceitos do direito e da moral” e “bem comum”. Nessa acepção, é possível resumir a administração pública e a atuação dos gestores como sendo o atendimento do interesse público como preceito supremo, correlacionados com a legalidade, demais princípios do direito e a moralidade.

Pode-se observar a questão suscitada no dia-a-dia, inclusive em cidades pequenas, onde a administração pode ser vigiada mais de perto pelo cidadão. A liberdade do administrador é claramente necessária para o povo, pois, sem ela, o gestor público não teria como buscar melhores políticas públicas para o bem-estar da coletividade.

Ao longo do estudo foi possível perceber que o alicerce da discricionariedade, está na impossibilidade do legislador prever a solução mais adequada para problemas, uma vez que os fatos ainda não ocorreram e variam conforme o caso concreto. O legislador não encontra condições de estabelecer qual a melhor situação que vai ocorrer num caso futuro, não é nenhum profeta, ele não consegue prever exatamente como deverá se proceder cada ato administrativo em cada órgão dos municípios, do Estado e da União, uma vez que não pode dar a mesma solução para tudo que pode acontecer na prática. “O mundo é muito mais colorido do que o preto e branco da lei”.

Deste modo, fica mais fácil para o administrador analisar o caso concreto e ter esta margem de liberdade e escolher a sua forma de agir perante seus administrados. O administrador perante o caso concreto fará um juízo de conveniência, oportunidade, justiça e equidade, para dar a melhor solução de acordo com os interesses públicos. Esta facilidade que o administrador tem é o que legitima a existência do poder discricionário.

Desta forma pode-se citar como exemplos de atos discricionários:

-Quando a autoridade administrativa em processo administrativo disciplinar analisa qual a pena mais adequada ao caso concreto;

- Em caso de uma blitz, onde a legislação fala na possibilidade de se fazê-la mais não determina quando deve ser feita, como, de que forma e a frequência que deve ser feita;
- Mudança de funcionários de setor, para que o funcionário renda mais no trabalho;
- Contratação de pessoal para campanhas da área de saúde e Vigilância sanitária;
- Renovação de contrato mais vantajosos para a Administração;
- Autorização e permissão, etc.

Os modos e os meios empregados e a liberdade de escolha do mérito e do conteúdo são passíveis de se aplicar a discricionariedade, todavia a finalidade, a competência, a forma e a natureza do ato administrativo serão estabelecidas sempre dentro das fronteiras determinadas em lei, buscando o interesse público como princípio norteador e os demais princípios constitucionais.

É *mister* destacar que essa liberdade conferida pela discricionariedade necessita andar conjunto com os princípios básicos da Administração resguardados pela lei a fim de embasar corretamente as decisões.

Sobre a moralidade, princípio balizar da Administração Pública, Lyra explica que este pode ser administrativa e social, de modo que a moralidade social é inspiradora da administrativa. Neste sentido, amplia o conceito de moralidade social ao classificá-la como “o conjunto de costumes e modos de proceder pautados na ética, na boa-fé e na lealdade, pelos quais devem balizar-se todas ações do ser humano”.

Em suma, não deve considerar somente o aspecto legal e o interesse público, mas também os aspectos da moralidade e dos bons costumes, quer dizer, que o gestor público ter que seguir o rigor que a lei determina para execução de certos atos e pautar sua conduta na moral comum, sempre buscando a finalidade de alcançar o bem da coletividade.

Pode-se destacar como um dos limites do poder discricionário o motivo da decisão, uma vez que não haverá margem de discricionariedade quando o motivo estiver expresso na lei e o agir do agente obrigatoriamente estará vinculado.

Este motivo deve ser exercido conforme o mérito administrativo da conveniência e da oportunidade, com uma única finalidade: o interesse público. Neste sentido, conclui-se que o mérito da administração deve ser apreciado, mas o que é realmente determinante é a finalidade.

Vale ressaltar que mesmo que a finalidade deva ser alcançada, o interesse público não pode ser descartado. No entanto, nos casos de apreciação subjetiva no qual o agente

pode considerar seus valores, haverá a discricionariedade, mas com relação à finalidade não, uma vez que a finalidade é vinculada.

O poder discricionário, os motivos e a motivação que levam a decisão do agente são muito complexos, razão pelo qual requer pesquisas mais amplas e análises mais profundas, haja vista as inúmeras possibilidades existentes que podem levar ao abuso de poder.

Neste intento, Lyra¹² comenta que “a discricionariedade se justifica à medida que as normais legais buscam alcançar a conduta capaz de melhor atender ao interesse coletivo”.

Desta feita, ao aprofundar no estudo sobre a discricionariedade, esta deixa de ser considerada apenas como um atributo do ato administrativo e passa a ser considerada uma competência do agente no exercício de suas funções, dando-lhe condição para tomar a decisão mais adequada para o caso concreto.

Daí a importância de se compreender as diferenças entre Ato Discricionário e Ato Arbitrário por parte da Administração Pública e seus agentes.

Nesse ínterim, temos que os atos arbitrários são aqueles em que o agente age excedendo e/ou contradizendo a determinação da lei, ao contrário da discricionariedade que permite a liberdade de escolha do agente, porém dentro dos ditames da lei.

Os Atos Administrativos precisam atender as deficiências e obter sempre o fim público, para se chegar a este objetivo, a lei impõe ao Estado a prerrogativa da discricionariedade em determinados atos, entretanto, embora haja uma grande aversão da sociedade por confundir o poder discricionário com poder arbitrário, é imperioso saber que ainda que o gestor tenha liberdade de escolha, a discricionariedade estará sempre atrelada aos limites admitidos na lei, ao contrário da arbitrariedade que excede os limites da lei.

Ao conhecer a discricionariedade não como atributo do ato administrativo, mas como a competência do agente na prática do ato, ultrapassa-se a antítese entre atos vinculados e atos discricionários. Posto isto, conclui-se que a discricionariedade se apresenta não como um poder abstrato concedido ao agente pelo ordenamento jurídico, mas como condição conferida ao agente para que este, no exercício de suas funções, tome a decisão mais adequada ao caso concreto.

A proteção do interesse público decorre do Estado Social com o intuito de proteger interesses de várias camadas sociais. Este interesse público é único e difícil de ser determinado e impossível de ser definido.

¹² LYRA, op.cit.

O gestor público deve sempre buscar o que o cidadão anseia por meio de amostras, critério na maioria das vezes frágil e nem ineficazes, uma vez que a vontade de um grupo não é necessariamente a vontade de toda a comunidade, portanto mais um entrave na identificação do bem comum.

O interesse público é também um conceito complexo e amplo, que somado ao poder discricionário, configura uma situação propícia para o abuso do poder e o desvio de finalidade.

Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como se acerta também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público. Portanto, [...] interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade [...] (MELLO, 2010, p. 59-60).

Por ser um objetivo norteador da administração pública, o interesse público é ao mesmo tempo um princípio eficaz para garantir que os direitos dos administrados sejam resguardados, e também um mecanismo que abre margem para manobras de ocultação da realidade, tendo em vista a política de interesses e a sua carga ideológica.

Não resta dúvida que em se tratando do poder discricionário é onde os gestores/governantes se ancoram para praticar a maioria dos atos ilícitos por parte da administração, pois, serão neles onde a administração possuirá maior parcela de liberdade para a decisão.

Importante assinalar que ainda existe uma dificuldade muito grande em se caracterizar e comprovar o desvio de finalidade. É muito comum na política brasileira ocultar os verdadeiros motivos da prática do ato, uma vez que verdadeiro motivo pode ser camuflado sob a égide do interesse público e da margem de liberdade, discricionariedade, conferida na lei.

Os chamados atos discricionários com finalidades diversas das que a sociedade reconhece são praticados em todas as esferas do poder e não constituem crime, pois não apresentam tipificação na esfera penal.

O *uso do poder* é prerrogativa da autoridade. Mas o poder há que ser usado normalmente, *sem abuso*. [...] O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrada, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir. (MEIRELES, 2016, p. 120).

Como bem pontua Rocha¹³, a cada dia se evidencia ainda mais a falta de caráter dos políticos. A onda de corrupção que assola o Brasil está deixando os cidadãos desolados, descrentes e desapontados, acabando com os sonhos de um país justo, democrático e solidário.

Para exemplificar, pode-se citar a nomeação de cargos de comissão a pessoas não capacitadas, compra de bens desnecessários e com preços aquém e/ou além de mercado, licitações nos quais apenas determinadas empresas com requisitos além dos padrões podem se habilitar, despesas desnecessárias com propaganda e mordomias, horas extras desnecessárias, dentre outros.

Situações como estas que dilapidam os cofres públicos não podem ser toleradas, pois atentam contra a moral administrativa. Entretanto, podem ser notadas até mesmo nas esferas inferiores do poder. Em prefeituras, por exemplo, tais atos discricionários são comuns.

Veem-se também alguns desdobramentos da Lava Jato, no qual a investigação se baseia na contratação ilícita de empresas, bem como a nomeação de ministros e cargos de chefia a políticos que visam apenas atender interesses próprios e de seu grupo.

Por outro lado, entender a real correlação e a boa aplicação da discricionariedade em atendimento ao interesse público não é uma tarefa fácil, pois envolvem o comportamento dos agentes e a moralidade implícita em seus atos. Tal situação faz com que haja inúmeras controvérsias e divergências na doutrina.

Portanto, é fulgente a facilidade de se apelar para a discricionariedade, já que seu conceito é uma mistura de desígnios imprecisos, até mesmo abstratos, com relação ao interesse público. Desta feita presumidamente se conclui que é de suma importância aumentar a criação de mecanismos capazes de controlar e disciplinar os atos dos agentes.

Em face do que até aqui foi exposto, fica claro que a discricionariedade muitas vezes é exercida a *contrário sensu* da moralidade, do equilíbrio e do respeito ao cidadão e sequer é necessário analisar a intenção do gestor para constatar a imoralidade, basta apenas conferir o objeto do ato.

Para amenizar tais condutas é preciso analisar com mais afinco os limites da liberdade de decisão do agente público. É importante que haja fluidez nas expressões da lei que permite esta liberdade, de modo que as decisões inseridas no contexto da finalidade pública sejam pautadas nos critérios de razoabilidade, moralidade e ética.

¹³ ROCHA, op.cit.

A atividade discricionária encontra-se plenamente amparada e justificada na impossibilidade do legislador poder catalogar todo e qualquer ato que a prática administrativa exige. O correto seria que a legislação regulamentasse de forma meticulosa todos os atos a serem praticados pela administração, direcionando assim a forma que cada ato devesse ser seguido, contudo isso seria impossível, razão pelo qual o legislador regula somente a prática de alguns atos administrativos de maior relevância, deixando a critério do administrador público o modo e a forma de agir nos demais.

Enfim, conquistar soluções para se evitar o desvio de finalidade faz com que cada vez mais aumente a segurança jurídica na esfera administrativa, especialmente quando o interesse coletivo necessita se sobressair, já que administrar é, primeiramente, orientar-se no que é legal e legítimo.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Discricionário está dentre os poderes conferidos a Administração Pública, portanto faz-se necessário uma pesquisa de modo a aprofundar a compreensão do conceito deste poder e a sua aplicação no dia a dia do administrador público.

Na esfera administrativa, para a aplicação do poder discricionário tem que se observar a questão da conveniência e da oportunidade (mérito administrativo) do ato praticado de modo a assegurar o princípio da supremacia do interesse público.

Nesse seguimento, por definição, tem-se o poder discricionário que tem como fonte a própria lei e esta se dá nas lacunas que esta deixa, abarcando a vontade e a decisão do agente público, lembrando que este detém certa autonomia. Trata-se de um princípio que unifica a atividade administrativa, quer dizer, não diz respeito da vontade unilateral e *inter partes* do agente, mas sim a finalidade do interesse público.

À medida que se pode analisar a discricionariedade não garante liberdade absoluta, apenas relativa, pois mesmo havendo certa liberdade esta é limitada pela lei.

A liberdade conferida ao administrador pela discricionariedade é fundamental para os administrados, porquanto, se ela não existisse, o administrador não teria como escolher as melhores políticas públicas para atender o bem-estar da coletividade, sem se esquecer que essa liberdade deve andar conjuntamente com os princípios básicos da administração, a moral e bons costumes.

Justamente por dar liberdade ao administrador que é por trás do poder discricionário onde sobrevém a maior parte dos atos ilícitos que vemos na Administração Pública. Contudo, vale dizer que o ato será ilegítimo caso não observe os princípios da moralidade e da legalidade, princípios estes reguladores do ato administrativo discricionário.

Isto posto, sinaliza-se que a finalidade foi desenvolver conceitos e proporcionar o debate, de modo a alcançar o juízo indispensável para, talvez um dia, atinar-se acerca do que realmente move os gestores no uso de suas atribuições. Ainda buscou-se trazer fundamentos consistentes por meio de recorte teóricos capazes de proporcionar o exercício pleno da cidadania.

Quanto aos objetivos na parte inicial foram tecidos comentários sobre os princípios da Discricionariedade e a Supremacia do Interesse Público, sem deixar de citar os princípios da Moralidade, da Legalidade.

Perante o exposto, nota-se que a discricionariedade somente será adotada em casos onde não há vinculação da lei, quer dizer, quando da norma jurídica não ditar a solução que o

administrador deve adotar. Nestes casos, o gestor deverá considerar o mérito administrativo, a ética e justiça para atender o interesse coletivo.

Mais adiante, pode-se notar que existem diferenças entre Ato Discricionário e Ato Arbitrário por parte da Administração Pública e seus agentes e a partir dessa exposição, foi possível enxergar que além do gestor público ter que seguir o rigor que a lei determina para execução de certos atos, também deve pautar sua conduta na moral comum, sempre buscando a finalidade de alcançar o bem da coletividade em cumprimento do princípio da supremacia do interesse público.

Em suma a administração deverá tomar as suas decisões com base nos princípios e atender a finalidade do interesse público e não o interesse pessoal *inter partes* do administrador.

Tendo em vista as conclusões retiradas destes conceitos fica claro que grande parte das manobras praticadas pelos agentes públicos são feitas utilizando-se de atos discricionários, devido a esta certa liberdade que a discricionariedade pressupõe. A vista disso passou-se a verificar as medidas que se deve tomar, por parte do Direito para invalidar as práticas abusivas do Estado.

Em conclusão, o administrado deve tomar consciência do seu verdadeiro papel como cidadão e assim que tiver uma noção fundamentada do que vem a ser a discricionariedade, as chances de se evitar os desvios de finalidade aumentam consideravelmente, pois este conhecimento e a sua boa aplicação torna-se uma ferramenta vital para a administração dos bens de interesse público. Sob outra perspectiva, vemos também que ter esse conhecimento também facilita a provocação do Judiciário, uma vez que entendendo como se motiva o ato administrativo e os limites que a lei estabelece no exercício de prerrogativas discricionárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHENA, Kele Cristiane Diogo. **O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Juruá, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. "Relatividade" da competência discricionária. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 49-56, abr. 1998. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47165/45634>>. Acesso em: 29 Mar. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v212.1998.47165>.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Motivo e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CRETELLA JUNIOR, José. **O "desvio de poder" na Administração Pública**. 4.ed. Riode Janeiro: Forense, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16 ed. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002

HACK, Érico. **Noções preliminares de direito administrativo e direito tributário**. 3. Ed. Ver., atual. e ampl. Curitiba: Ipbex, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos metodologia científica**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LYRA, Leandro J. **O controle da discricionariedade do ato administrativo pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/20019-20020-1-PB.pdf> Acesso em 28 jul 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

ROCHA, Olga Oliveira Bandeira da. **(Artigos) o princípio da supremacia do interesse público e a personalização do direito administrativo - parte I**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/20067-20068-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 jul 2018.

SIQUEIRA, Marcelo Marques. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás: Poderes do Administrador Público**. Goiânia, 2001.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro: Ética e Moralidade nos Atos Administrativos**. Rio de Janeiro, 1994.

VIEIRA, Valter Afonso; TIBOLA, Fernando. **Pesquisa qualitativa em marketing e suas variações: trilhas para pesquisas futuras**. Rev. adm. contemp., Curitiba, v. 9, n. 2, p. 9-33, June 2005.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552005000200002&lng=en&nrm=iso>. accesson 27 July 2018.

YIN, R. K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2.ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.