



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

FLÁVIO TADEU FARIAS DE MEDEIROS SEGUNDO

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA REPOSIÇÃO DE VACÂNCIAS
DE CARGOS PÚBLICOS EFETIVOS: ineficiência do serviço público por falta de
pessoal e a possibilidade de controle judicial**

**JOÃO PESSOA
2020**

FLÁVIO TADEU FARIAS DE MEDEIROS SEGUNDO

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA REPOSIÇÃO DE VACÂNCIAS
DE CARGOS PÚBLICOS EFETIVOS: ineficiência do serviço público por falta de
pessoal e a possibilidade de controle judicial**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marcia Glebyane
Maciel Quirino

JOÃO PESSOA
2020

Catálogo na publicação
Seção de Catálogo e Classificação

M488d Medeiros Segundo, Flávio Tadeu Farias de.

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA REPOSIÇÃO DE VACÂNCIAS DE CARGOS PÚBLICOS EFETIVOS: ineficiência do serviço público por falta de pessoal e a possibilidade de controle judicial / Flávio Tadeu Farias de Medeiros Segundo. - João Pessoa, 2020.

82 f.

Orientação: Marcia Glebyane Maciel Quirino.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Discricionariedade administrativa. 2. Ineficiência do serviço público. 3. Omissão administrativa. 4. Cargos públicos efetivos vagos. 5. Controle Judicial. 6. Mínimo existencial. I. Quirino, Marcia Glebyane Maciel. II. Título.

UFPB/CCJ

FLÁVIO TADEU FARIAS DE MEDEIROS SEGUNDO

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA REPOSIÇÃO DE VACÂNCIAS
DE CARGOS PÚBLICOS EFETIVOS: ineficiência do serviço público por falta de
pessoal e a possibilidade de controle judicial**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr.^a Marcia Glebyane Maciel
Quirino

DATA DA APROVAÇÃO: 02 DE ABRIL DE 2020

BANCA EXAMINADORA:

**Prof.^a Dr.^a MARCIA GLEBYANE MACIEL QUIRINO
(ORIENTADORA)**

**Prof. Dr. BASILE GEORGES CAMPOS CHRISTOPOULOS
(AVALIADOR)**

**Prof.^a Dr.^a ANA LUISA CELINO COUTINHO
(AVALIADORA)**

RESUMO

Segundo determina a Constituição Federal de 1988, o Estado possui o dever de manter serviço público adequado. Serviços públicos permanentes – como saúde e educação – exigem, além de estrutura física, que haja força de trabalho capaz de materializar as atividades, ou seja, servidores públicos. Por óbvio, só haverá prestação de serviço de saúde adequado se houver médicos e enfermeiros em quantidade suficiente à demanda exigida; só haverá serviço educacional se houver professores no exercício da função. Tendo isso em vista, apresenta-se o seguinte questionamento hipotético: o que se fará quando um Chefe do Poder Executivo de determinado ente federado – no qual se constate manifesta insuficiência de profissionais da saúde nos hospitais públicos – decida, valendo-se de sua “discricionariedade”, que não irá autorizar a reposição das vagas dos cargos públicos enquanto durar seu mandato, por motivos de “economia”. A inoperância dos serviços hospitalares será aceitável neste caso? A população necessitada poderá ficar entregue a própria sorte sem os serviços básicos de saúde? No Brasil, o fenômeno da omissão administrativa em repor vacâncias de cargos públicos vem sendo percebido com notoriedade em atividades essenciais, fato que inevitavelmente enseja ineficiência do serviço público e insatisfação da sociedade. Ante a reflexão suscitada, o presente trabalho abordou a possibilidade de o Poder Judiciário – mediante provocação – condenar a Administração Pública na obrigação de autorizar e realizar concurso público para provimento de cargos públicos efetivos vagos. É certo que a separação dos poderes é um princípio que deve ser respeitado, não cabendo ao Judiciário intervir na discricionariedade da Administração Pública quando esta não afrontar os preceitos constitucionais. No entanto, entende-se que diferente será o caso em que o Poder Público deliberadamente se omita em manter serviço público adequado e permaneça inerte diante da falta de pessoal efetivo, comprometendo a efetivação de direitos fundamentais. Tal situação revela evidente arbitrariedade por omissão e legitima o controle judicial da discricionariedade administrativa.

Palavras-chave: Discricionariedade administrativa. Ineficiência do serviço público. Omissão administrativa. Cargos públicos efetivos vagos. Controle Judicial. Mínimo existencial.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 AS ORIGENS DA DISCRICIONARIEDADE E DO SERVIÇO PÚBLICO	10
2.1 A FORMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E AS RAÍZES DA DISCRICIONARIEDADE	10
2.1.1 O paradoxo da Legalidade e Autoritarismo na França	11
2.2 AS ORIGENS E EVOLUÇÕES DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO	16
2.2.1 A doutrina francesa do Serviço Público	16
2.2.2 As Public Utilities nos países de Common Law	22
3 NEOCONSTITUCIONALISMO, SERVIÇOS PÚBLICOS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	26
3.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E OS SERVIÇOS PÚBLICOS	26
3.2 A EVOLUÇÃO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA: O SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE	31
3.3 O SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988	36
3.4 O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE MANTER SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO	39
3.5 VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE NAS COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS	43
3.5.1 Discricionariedade na aplicação das normas jurídicas indeterminadas e a delimitação da fluidez conceitual	46
3.6 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA REPOSIÇÃO DE VACÂNCIAS DE CARGOS PÚBLICOS EFETIVOS	48
4. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA MANUTENÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL	54
4.1. DO PODER AO DEVER DISCRICIONÁRIO NA MANUTENÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: A ARBITRARIEDADE POR OMISSÃO	54
4.2. A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL: A FALTA DE PESSOAL NO SERVIÇO PÚBLICO E A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL	60
4.3 A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES QUANTO AO CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA INCONSTITUCIONAL	70
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os contornos da discricionariedade administrativa no que toca ao dever estatal de manter serviço público adequado, precipuamente quanto ao aspecto da quantidade de cargos públicos providos. A discussão tratada ganha lugar em razão de um problema que vem sendo notado na Administração Pública brasileira contemporânea, qual seja, a precarização do serviço público ocasionada por déficit de pessoal, especificamente quando há excesso de vacâncias de cargos públicos efetivos por omissão dos gestores em autorizar ou realizar concurso público.

Parte-se do pressuposto de que a competência administrativa para realizar concurso público (e prover cargos efetivos) situa-se na margem de discricionariedade do gestor, e, então, busca-se compreender se o ordenamento jurídico nacional possui limites que impeçam a ineficiência administrativa por excesso de vacâncias.

Segundo determina a Constituição Federal de 1988, o Estado possui o dever de manter serviço público adequado¹. Serviços públicos permanentes – como saúde e educação – exigem, além de estrutura física, que haja força de trabalho capaz de materializar as atividades, ou seja, servidores públicos. Por óbvio, só haverá serviço de saúde adequado se houver médicos e enfermeiros em quantidade suficiente à demanda exigida; só haverá serviço educacional se houver professores no exercício da função. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, os servidores públicos são o instrumento de atuação do Estado na concretização das finalidades constitucionais², o qual deve, para tanto, recrutá-los mediante prévia aprovação em concurso público e dar-lhes provimento nos cargos públicos criados por lei³.

Tendo isso em vista, apresenta-se o seguinte questionamento hipotético: o que se fará quando um Chefe do Poder Executivo de determinado ente federado – no qual se constate manifesta insuficiência de profissionais da saúde nos hospitais públicos – decida, valendo-se de sua “discricionariedade”, que não irá autorizar a reposição das vagas dos cargos públicos existentes enquanto durar seu mandato, por motivos de “economia”. A inoperância dos serviços hospitalares será aceitável neste caso? A população necessitada poderá ficar entregue a própria sorte sem os serviços básicos de saúde?

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 175, “parágrafo único”, IV.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 261.

³ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 37, II.

A ilustração descrita acima não é mera abstração. No Brasil, o fenômeno da omissão administrativa em repor vacâncias de cargos públicos vem sendo amplamente percebido. Segundo consta no Painel Estatístico de Pessoal – PEP⁴ do Ministério da Economia, no ano de 2017 ocorreram 22.430 aposentadorias no serviço público federal, 18.839 no ano de 2018, e **37.758 em 2019**. Paralelamente, em 2017 ingressaram no serviço público federal 21.956 servidores efetivos, 14.516 em 2018, e **13.350 em 2019**.

Como se percebe, o déficit entre o número de evasões e o número de ingressos no serviço público federal vinha aumentando paulatinamente nos últimos anos, sendo de aproximadamente quinhentas pessoas em 2017 e quatro mil pessoas em 2018 (o que em parte se justifica, haja vista a contínua substituição do homem pela tecnologia). No entanto, em 2019 o déficit entre servidores efetivos ingressantes e servidores que se aposentaram saltou para **cerca de vinte mil cargos vagos**, no intervalo de um ano; força de trabalho que não foi reposta – ou não autorizada a sua reposição – pelo Poder Executivo da União.

Não são raras as denúncias no noticiário brasileiro de casos de hospitais públicos que têm seu funcionamento prejudicado por falta de médicos, enfermeiros e demais profissionais de saúde. Cite-se o exemplo ocorrido no Município de Campo Largo no Paraná, onde a falta de profissionais ensejou o fechamento de vários leitos médicos em hospital público da região, conforme reportagem do Portal G1⁵:

HOSPITAL INFANTIL DE CAMPO LARGO FECHA LEITOS DE UTI POR FALTA DE MÉDICOS

O Hospital Infantil Waldemar Monastier, de Campo Largo, na Região Metropolitana de Curitiba, está desde domingo (14) com os 10 leitos da Unidade de Terapia Intensiva (UTI) pediátrica fechados por falta de médicos. A informação foi confirmada pela direção do hospital nesta sexta-feira (19). Por causa do fechamento dos leitos, pacientes foram transferidos para outros hospitais do estado ou foram para a enfermaria, informou o diretor-geral do hospital, Adriano Huber Junior. Segundo ele, a decisão foi tomada após o pedido de descredenciamento do responsável técnico pela unidade por dificuldade no fechamento da escala dos profissionais da UTI pediátrica. **"Hoje, salvo engano, temos três médicos credenciados. Não fechava a escala. São necessários de sete a oito profissionais"**, explica o Huber Junior. (grifo nosso)

A referida omissão atinge diversas áreas da Administração Pública⁶, mas é nos órgãos e autarquias encarregadas de gerir serviços públicos essenciais que o problema ganha maior repercussão. Recentemente, a imprensa brasileira vem alertando para o crescente déficit de

⁴ BRASIL. *Painel Estatístico de Pessoal*. 2020. Acesso em 18 março 2020.

⁵ HISING, Ederson; BRODBECK, Pedro. “Hospital infantil de Campo Largo fecha leitos de UTI por falta de médicos”. G1 PARANÁ, 2019.. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/07/19/hospital-infantil-de-campo-largo-fecha-leitos-da-uti-por-falta-de-medicos.ghtml>. Acesso em: 18 mar. 2020.

⁶ BENITES, Afonso. “Só 43% dos fiscais ambientais da União atuam na função e agravam déficit na vigilância”. EL PAÍS, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/29/politica/1548798612_050181.html. Acesso em: 18 mar. 2020.

servidores públicos que acomete o **Instituto Nacional do Seguro Social**, autarquia responsável por apreciar os requerimentos de benefícios previdenciários e assistenciais no Brasil. Em última escala, pode-se dizer que o INSS exerce a função de efetivar direitos fundamentais, haja a vista que a previdência social e a assistência aos desamparados são direitos sociais positivados no art. 6º da Constituição Federal, e a sua concretização se materializa mediante prévia análise técnica feita pelos servidores efetivos da referida instituição⁷, agentes públicos que possuem a função privativa de decidir sobre o direito a concessão de benefícios nos processos administrativos da Previdência Social⁸.

Como talvez possa parecer, a falta de servidores no INSS não ocorreu a partir da Reforma Previdenciária de 2019; na verdade, o déficit de pessoal já vinha sendo anunciado na imprensa **ao menos desde fevereiro de 2018** (data bem anterior à Emenda Constitucional nº 103, de 12.11.2019). Segundo consta em reportagem do site Extra (G1)⁹, o número de aposentadorias de servidores do instituto cresceu vertiginosamente em 2018, ao passo que o Governo Federal permaneceu omissos quanto à autorização de concurso público para reposição das vacâncias; o fato foi alertado pelo próprio Presidente da Autarquia como um motivo de futuro colapso nos serviços prestados. Veja-se:

SEM PREVISÃO DE NOVO CONCURSO, INSS ANUNCIA APOSENTADORIA DE 300 SERVIDORES

Conforme o EXTRA publicou, em entrevista exclusiva concedida pelo **presidente do INSS, Francisco Lopes, existe a possibilidade de que a falta de servidores “vire uma bola de neve e leve à perda de controle na linha de frente da Previdência Social, que é a concessão de aposentadorias, pensões e auxílios”**. Segundo informou Lopes, não existe, hoje, indicativo do Ministério do Planejamento de que haverá um novo concurso para o INSS em 2018. Para que o concurso aconteça, destacou, é necessário fazer as contas, botar tudo na ponta do lápis, para ver se será possível uma seleção de servidores ainda esse ano. (grifo nosso)

Em outra reportagem, publicada um ano depois pelo site Gazeta do Povo¹⁰, noticiou-se o enorme prejuízo sofrido pelos segurados do INSS na demora de análise de benefícios. Em 28.04.2019, o INSS contava com mais de 270 mil requerimentos de benefícios atrasados, sem

⁷ BRASIL. Lei nº 10.855, de 1º de abril de 2004. *Dispõe sobre a reestruturação da Carreira Previdenciária, de que trata a Lei nº 10.355, de 26 de dezembro de 2001, instituindo a Carreira do Seguro Social, e dá outras providências*. Brasília, DF, Art. 5º-B, I, “a”.

⁸ BRASIL. Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018. *Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União*. Brasília, DF, Art. 3º, I.

⁹ DUTRA, Bruno. “Sem previsão de novo concurso, INSS anuncia aposentadoria de 300 servidores”. EXTRA (G1), 2018. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/economia/sem-previsao-de-novo-concurso-inss-anuncia-aposentadoria-de-300-servidores-22392265.html>. Acesso em: 18 março 2020.

¹⁰ ALBUQUERQUE, Filipe. “INSS atrasa mais de 40% dos benefícios. E pode piorar com corrida por aposentadoria”. GAZETA DO POVO, 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/aposentadoria-inss-atraso-beneficios/>. Acesso em: 18 mar. 2020.

que houvesse sido realizada a análise no prazo legal de 45 dias. A resposta à pergunta sobre a causa da demora é clara: falta de servidores públicos. Segundo consta na reportagem, o problema também fora percebido pelo Tribunal de Contas da União – TCU, que havia acendido o sinal de alerta para a falta de profissionais capacitados.

Não é difícil notar que a omissão estatal na reposição de vacâncias de cargos públicos efetivos gera grandes prejuízos aos cidadãos que dependem do serviço público, tendo em vista a ausência de servidores importa em inoperância dos serviços e, conseqüentemente, ineficiência da atividade pública. Nesses casos, a postura de inércia do Poder Executivo diante da ineficiência administrativa se mostra um problema de difícil solução, vez que a decisão de autorizar a realização de concurso público e de prover cargos públicos é ato autorizativo de despesa, de competência discricionária dos gestores públicos, em regra. Nesse contexto, caso se entenda a discricionariedade da Administração Pública como algo intocável, a referida prerrogativa poderá se transformar em escudo para as mais diversas omissões violadoras de direitos fundamentais.

O caso do Instituto Nacional do Seguro Social é paradigmático. O déficit de servidores da autarquia ocasionado por excesso de vacâncias, a conseqüente acumulação de tarefas nas mãos de poucos servidores e o atraso nas análises de benefícios chegaram a tamanha gravidade que, diante de recusa da União Federal em autorizar a realização de concurso público para repor as vacâncias, o **Ministério Público Federal** ajuizou a Ação Civil Pública nº 1021150-73.2019.4.01.3400¹¹ na data de 31.07.2019, objetivando a condenação da União e INSS na imediata recomposição do quadro de servidores da autarquia, em prazo determinado.

Segundo consta nos dados oficiais utilizados pelo MPF na referida Ação Civil Pública¹², o INSS possuía em julho de 2019 **19.638 cargos vagos**, sendo 17.392 Técnicos do Seguro Social e 2.246 Analistas do Seguro Social. Dentre as conseqüências advindas do problema, constatou-se no ano de 2019 que **21.386 seguradas gestantes** esperavam há mais de 150 dias na fila do INSS para terem os seus requerimentos de salário-maternidade apreciados, e outras 58.863 esperavam há mais de 90 dias¹³. Semelhantemente, havia **37.641 requerimentos de pensão por morte** aguardando apreciação há mais de 150 dias, e outros 79.639 há mais de 90 dias. Em outras palavras, todos esses segurados e dependentes ficaram

¹¹ BRASIL. Justiça Federal da Primeira Região. 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Ação Civil Pública nº 1021150-73.2019.4.01.3400. AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; RÉU: UNIÃO FEDERAL, INSS. Data da instauração do processo: 31.07.2019.

¹² BRASIL. Ministério Público Federal. Sala de Imprensa. Inicial ACP - SERV INSS, p. 07. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/inicial-acp-serv-inss.pdf>. Acesso em: 20 mar 2020.

¹³ BRASIL. Ministério Público Federal. Sala de Imprensa. Inicial ACP - SERV INSS, p. 04. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/inicial-acp-serv-inss.pdf>. Acesso em: 20 mar 2020.

desamparados pela Seguridade Social por tempo desbordante do razoável, logo em momentos de grande necessidade.

Como se nota, a omissão administrativa em manter serviço público adequado é causa geradora de graves prejuízos à população dependente da atividade pública, problema que acaba por erodir a consciência constitucional do povo no Estado Democrático de Direito.

Ante a reflexão suscitada, o presente trabalho abordou a seguinte questão: nos casos em que a vacância excessiva de servidores públicos ensejar manifesta ineficiência nos serviços públicos essenciais, ligados à efetivação do mínimo existencial dos indivíduos, poderá ser mitigada a discricionariedade da Administração Pública e legitimado o controle judicial da omissão administrativa? É legítimo que o Judiciário condene a Administração na obrigação de realizar concurso público e/ou prover cargos vagos?

Para tentar responder a questão, investigou-se – no decorrer dos capítulos – as origens históricas da discricionariedade administrativa e do serviço público, a disciplina jurídica do serviço público no Brasil, as mudanças ocasionadas pela “constitucionalização” do direito, os elementos das normas jurídicas discricionárias, além do controle judicial dos atos administrativos.

No desenvolvimento do trabalho, foi utilizada a seguinte metodologia: pesquisa teórico-dogmática, sendo abordados estudos de doutrinadores, jurisprudências, legislação constitucional e infraconstitucional. Quanto à abordagem, optou-se pelo método dedutivo, tendo em vista que se investigou as premissas maiores, consistentes em entendimentos firmados no meio jurídico sobre as normas jurídicas de manutenção de serviços públicos e sobre as hipóteses autorizadas de controle judicial da discricionariedade administrativa, assim como a premissa menor, consistente na omissão dos gestores em repor vacâncias de cargos públicos efetivos, para que se chegasse a uma conclusão sobre a possibilidade de correção judicial nestes casos.

Optou-se por uma pesquisa descritiva, pois foram apresentados os fundamentos doutrinários e jurisprudenciais que se aplicam à hipótese em estudo. Quanto às técnicas da pesquisa, foi utilizada a documental indireta, realizada a partir da análise de livros, ações judiciais e notícias que abordaram o tema.

2 AS ORIGENS DA DISCRICIONARIEDADE E DO SERVIÇO PÚBLICO

Para que se possa compreender as controvérsias contemporâneas atinentes ao controle judicial dos atos discricionários, será abordado neste capítulo um breve histórico acerca da origem da discricionariedade administrativa presente na legalidade jurídica, que nasce após o surgimento do Estado de Direito.

Posteriormente, será tratada a origem do instituto do serviço público, que nasce na França no período acima narrado, tendo influenciado fortemente o modelo existente no Brasil.

2.1 A FORMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E AS RAÍZES DA DISCRICIONARIEDADE

O termo “*discricionariedade administrativa*” remonta ao contexto jurídico-político da Europa ocidental dos séculos XVI a XVIII, tempo no qual vigorou o sistema de poder denominado Absolutismo. Neste modelo de Estado, a discricionariedade era entendida como sinônimo da vontade do monarca e de seu poder ilimitado. No Absolutismo, não havia distinção entre Governo e Administração Pública, de modo que frequentemente o poder do governante se revelava como arbitrário, visto que não podia ser contido; inexistiam, naquela época, mecanismos de controle da atuação administrativa¹⁴.

Somente após a Revolução Francesa de 1789 e com a paulatina edificação do Estado de Direito – calcado nos princípios da soberania popular e da separação de poderes – é que a ideia de se estabelecer limitações à conduta da administração pública ganhou relevo na comunidade jurídica. Segundo Gustavo Binimbojm, o grande problema do nascente Estado de Direito foi justamente a dificuldade de se acomodar a discricionariedade da conduta administrativa – tradicionalmente autoritária – junto aos ditames da nova legalidade democrática¹⁵.

Deste modo, antes de adentrar propriamente nos aspectos elementares da “discricionariedade administrativa”, se faz necessário abordar o contexto do surgimento do Estado moderno na França, para que se tenha uma visão mais pormenorizada sobre a natureza desta prerrogativa estatal.

¹⁴BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 207-208.

¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 208.

2.1.1 O paradoxo da Legalidade e Autoritarismo na França

O Estado de Direito se caracteriza essencialmente pelo aspecto de submissão total do Poder Público às diretrizes da legalidade, traço presente em todas as nações democráticas contemporâneas. Hodiernamente, a legalidade é identificada, em um primeiro momento, nas normas da Constituição, e em um segundo momento, nas determinações esculpidas nas leis. Em última escala, há os atos normativos infralegais expedidos pelo Poder Público, que devem se compatibilizar com as normas superiores. Segundo aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, a conduta da Administração Pública não poderá escapar dessa hierarquia normativa¹⁶.

Historicamente, a fundação da República foi influenciada por duas correntes filosóficas: o pensamento de Jean-Jacques Rousseau e do Barão de Montesquieu. O raciocínio de Rousseau é firmado a partir do conceito de igualdade entre os homens; ao viverem em associação, cada um dos indivíduos entrega parte de seu poder ao Estado para que este o exerça em nome da coletividade. A partir dessa concepção, o poder passa a se justificar não mais em origens divinas ou na simples imposição da força, mas, de modo diverso, o Estado se originaria da vontade conjunta dos membros que compõem a sociedade; essa vontade seria então formalizada através de leis que expressassem os interesses sociais, vinculando toda a sociedade. Essa é a noção de **democracia e soberania popular** apresentada por Rousseau¹⁷.

Por outro lado, Montesquieu construiu seu pensamento político sob a seguinte premissa: “*todo aquele que tem o poder tende a abusar dele*”. Assim, para que a sociedade escape dessa tendência, seria necessário que houvesse limitações institucionais aos ocupantes do poder. Neste sentido, Montesquieu formulou sua ideia clássica de **separação dos poderes** estatais em pelo menos três atividades: legislativa, executiva e jurisdicional¹⁸.

O pensamento de Montesquieu foi posteriormente consagrado no contexto da Revolução Francesa (1789), que marcou a ruptura com o antigo regime absolutista. Até então, o Estado era governado pela figura do rei, que concentrava todos os poderes públicos e fazia valer a força de sua vontade – por fundamentos religiosos ou por imposição da força. Até essa época, não se falava na existência de direitos aos demais membros da sociedade, que eram denominados de súditos. Segundo Hely Lopes Meirelles, a teoria da separação dos poderes de

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 10-11.

¹⁷ ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato Social*, tradução espanhola, Editorial Maucci, Barcelona, especialmente capítulos I e II apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 11.

¹⁸ De L’Esprit des Lois, Paris, Garnier Frères, Libraires Éditeurs, 1869, com notas de Voltaire, de Crevier, de Mably, de La Harpe, etc., pags. 142 e 143 apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 12.

Montesquieu “*veio a ensinar a especialização das atividades do governo e dar independência aos órgãos incumbidos de realizá-las*”¹⁹.

O Estado de Direito é entendido, a partir de então, como aquele que formula— por meio de normas jurídicas — e obedece as hipóteses de restrição à autonomia dos indivíduos em prol do interesse público, bem como respeita os limites de sua própria atuação. Carlos Ari Sundfeld justifica a divisão moderna das funções constitucionais, pois, segundo ele, a eficácia no cumprimento da lei depende de que a autoridade legislativa não seja também aquela que irá executá-la, sob risco de o executor alterar a finalidade pública das leis e aplicá-la para satisfazer seus interesses particulares. Ademais, também é necessário que haja uma autoridade distinta das duas primeiras, dotada de independência e imparcialidade, para que legitimamente possa julgar conflitos surgidos entre leis ou sobre a sua execução²⁰.

De outro lado, Sundfeld aponta que a separação de poderes deve ser rígida de tal maneira que não possa ser aviltada pelo legislador ordinário, sob pena de reduzir a autoridade do Executivo e do Judiciário ou abolir direitos fundamentais por simples edição de novas leis. Por isso, convém que exista uma norma de categoria superior a todas as outras — dotada de vinculação e estabilidade —, que estabeleça a organização do Estado e resguarde os direitos dos indivíduos, ou seja, a Constituição. Assim, o autor defende a existência de “pedras de toque” no Estado de Direito, todas indispensáveis e dependentes uma das outras para a integridade da estrutura. São elas “*a) a supremacia da Constituição; b) a separação dos Poderes; c) a superioridade da lei; e d) a garantia dos direitos individuais*”²¹.

É no contexto do nascimento do Estado de Direito que surge o Direito Administrativo, momento no qual se viu a necessidade de se firmar um regramento autônomo acerca das relações jurídicas entre as entidades estatais e entre o Estado e os indivíduos, que deixaram de ser tratados como meros súditos subservientes e foram alçados ao posto de sujeitos de direitos. Destaque-se que este contexto histórico do surgimento do regime administrativo foi marcado por conquistas sociais revolucionárias, que buscaram proteger os cidadãos contra abusos de poder comuns no antigo Estado de Polícia. Bandeira de Mello²², por exemplo, apresenta a visão de que os ideais da Revolução Francesa teriam inspirado a criação do Direito Administrativo:

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 54.

²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 38.

²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 38-39.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 47.

Portanto, o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder Estatal. *Ele é, por excelência, o direito defensivo do cidadão* – o que não impede, evidentemente, que componha, como tem que compor, as hipóteses em que os interesses individuais hão de se fletir aos interesses do todo, exatamente para a realização dos projetos de toda a comunidade, expressados no texto legal. É, pois, sobretudo, *um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: O Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder.* (grifo do autor)

Na mesma linha de raciocínio, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que o Direito Administrativo foi construído sob os postulados da legalidade e da separação de poderes, cujo objetivo era resguardar os direitos individuais dos cidadãos:

Mas a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de **Estado de Direito**, estruturado sobre o **princípio da legalidade** (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o **princípio da separação de poderes**, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado. (grifo da autora)²³.

No entanto, o doutrinador Gustavo Binzenbojm diverge ligeiramente deste entendimento clássico da doutrina quanto ao conteúdo “*garantístico*” supostamente presente na gênese da dogmática administrativista, que teria sido embasada nos preceitos democráticos da separação de poderes e da legalidade.

Segundo essa visão, certos institutos próprios do Direito Administrativo tradicional (como a discricionariedade e supremacia do interesse público) possuiriam suas raízes no autoritarismo monárquico até então tradicional, representando “*antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação*”. Ao contrário da tese propagada de que o Direito Administrativo teria nascido democraticamente pela vontade do legislador francês, Binzenbojm sustenta que o regime de prerrogativas do poder público foi desenvolvido pela jurisprudência do Conselho de Estado francês, órgão do próprio Poder Executivo, fato que permite afirmar que os institutos próprios do Direito Administrativo foram criados de maneira alheia à legalidade democrática²⁴.

O administrativista português Paulo Otero²⁵ também apresenta este entendimento:

²³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 02.

²⁴ BINZENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11.

²⁵ Paulo Otero, Legalidade e Administração Pública - O Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisprudência, 2003, p. 271 apud BINZENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 12.

"[...] a idéia clássica de que a Revolução Francesa comportou a instauração do princípio da legalidade administrativa, tornando o Executivo subordinado à vontade do Parlamento expressa através da lei, assenta num mito repetido por sucessivas gerações: **a criação do direito administrativo pelo Conseil d 'État, passando a Administração Pública a pautar-se por normas diferentes daquelas que regulavam a actividade jurídico privada, não foi um produto da vontade da lei, antes se configura como uma intervenção decisória autovinculativa do Executivo sob proposta do Conseil d 'État.** (grifo nosso)

O Conselho de Estado francês foi criado pelas autoridades revolucionárias na Constituição de 22 Frimário do ano VIII, em 15 de dezembro de 1799, tendo sido instituído como uma instância própria para a resolução dos conflitos administrativos. Até aquele momento, as relações jurídicas na França eram regidas tradicionalmente pelo Direito Comum e apreciadas pelos juízes. A mudança desse paradigma, segundo aponta Bandeira de Mello, deu-se em razão da desconfiança das autoridades revolucionárias para com os membros do Poder Judiciário da época, pelo receio de que estes impedissem a administração revolucionária de implementar seus ideais. Foi por esse motivo que o poder político francês definiu que as controvérsias envolvendo a Administração Pública seriam excluídas da competência do Poder Judiciário, passando à apreciação de uma instância administrativa contenciosa investida de jurisdição. Assim descreve o autor²⁶:

[...] após a Revolução Francesa, desenvolveu-se naquele país uma singular concepção de tripartição do exercício do Poder, segundo a qual haveria uma violação dela se o Judiciário controlasse atos provenientes do Executivo. **Em verdade, esta teorização foi simplesmente uma forma eufêmica de traduzir a prevenção que os revolucionários tinham com o Poder Judiciário** (então denominado “Parlamento”), o qual, além de um arraigado conservantismo, de fato invadia competências administrativas e arvorava-se em administrador. **Havendo o receio de que persistisse agindo de tal modo e perturbasse os rumos da Revolução**, já em 1790 – ou seja, um ano depois da Revolução –, com a lei de 16-24 de agosto, foi estabelecido que: **“As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas; os juízes não poderão, sob pena de crime funcional [forfaiture] perturbar seja de que maneira for as operações dos corpos administrativos, nem citar perante si os administradores em razão de suas funções”** (Título III, art. 13). (grifo nosso)

Foi o Conselho de Estado francês, através da “Jurisdição Administrativa”, quem desenvolveu jurisprudencialmente o regime administrativo de exorbitâncias públicas²⁷. Essa decisão política expandiu a margem de liberdade de decisão dos gestores públicos, conferindo-lhes uma verdadeira imunidade ao controle judicial e reproduzindo as práticas do Antigo Regime, no qual o Poder Executivo julgava a si próprio. Por esta razão, Binenbojm sustenta que **a gênese do Direito Administrativo não teria um caráter “garantista” em**

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.39-40.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.42.

prol dos cidadãos. Ao contrário, foi um Direito originalmente autoritário e voltado para as garantias da própria Administração. Isso porque o modelo de jurisdição administrativa não possui a imparcialidade natural de um órgão equidistante e desinteressado quanto ao objeto dos litígios administrativos, como seria o Poder Judiciário²⁸.

O paradoxo autoritário da origem dos institutos do Direito Administrativo, como o *“sistema de prerrogativas, discricionariedade e insindicabilidade do mérito administrativo”*, é justamente o seguinte: os institutos jurídicos administrativos não foram criados pela vontade comum dos cidadãos, sintetizada na lei, mas sim por decisões de um órgão do Poder Executivo (Conselho de Estado), que deliberava em caráter definitivo sobre seus próprios conflitos com os administrados, insubordinando-se à vontade do Parlamento e esquivando-se do controle do Poder Judiciário²⁹. Essa constatação demonstra o menosprezo – na gênese do regime administrativo – aos dois fundamentos do Estado de Direito liberal: a *legalidade* e a *separação de poderes*, conforme sustenta Binenbojm³⁰:

De fato, a atribuição da função de legislar sobre direito administrativo a um órgão da jurisdição administrativa, intestino ao Poder Executivo, não se coaduna com as noções clássicas de legalidade como submissão à vontade geral expressa na lei (Rousseau) e de partilha das funções estatais entre os poderes (Montesquieu). **Nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados.** (grifo nosso)

Em face disso, Binenbojm entende ser *“romântica”* a concepção de que o Direito Administrativo teria surgido de uma inspiração iluminista, haja vista que o regime de direito público serviu, em sua gênese, de aparato retórico para blindar a conduta administrativa do controle judicial, impedindo os demais Poderes de exercerem atos de controle sobre os abusos da Administração Pública, o que contraria a finalidade da teoria da separação dos poderes de Montesquieu³¹.

Como se percebe, a tradição continental européia, capitaneada pela França, construiu o Direito Administrativo com a marca da “desigualdade”, justificada pela tese de que a Administração deveria ser colocada num patamar superior aos direitos individuais para que pudesse realizar o interesse público. Salta aos olhos o fato de que este regime jurídico desenvolvido no berço do liberalismo político não tenha sido fruto de deliberação da

²⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 13.

²⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11-18.

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11-12.

³¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 14-18.

soberania popular, representada pelo Poder Legislativo, mas sim produto de um órgão do Poder Executivo³².

Paralelamente à França, a doutrina aponta que a disciplina do Direito Administrativo foi desenvolvida de modo diverso em outras nações da Europa. Nos países de *common law*, como a Inglaterra, o Poder Judiciário julgava os litígios envolvendo a Administração Pública com as mesmas leis e as mesmas normas processuais que decidia conflitos entre os indivíduos. O direito administrativo inglês (anglo-saxão) não se formou como uma estrutura outorgante de privilégios aos gestores públicos. Havia “*a vedação genérica, em princípio, a tratamentos privilegiados para o Poder Público*”, e, inclusive, esta foi uma das razões para que o processo de reconhecimento da autonomia metodológica do Direito Administrativo tenha sido tardio naquele país³³. Assim, fala-se em uma “*fenda*” entre as experiências do Direito Administrativo europeu continental e europeu anglo-saxão, pois a Europa continental desenvolveu uma Administração Pública protagonista na construção de normas e na regulação das relações econômicas e sociais privadas; de modo contrário, na Inglaterra e Estados Unidos a Administração Pública exerceu um papel tradicionalmente de mera execução material, submetida ao Direito Comum e controlável pelo Poder Judiciário³⁴.

Como se viu, a discricionariedade administrativa dos gestores públicos nasce na França com a Lei 16-24 de agosto de 1790, e foi originalmente utilizada como escudo pelas autoridades revolucionárias francesas contra a vigilância do Poder Judiciário, em desacordo com a ideia proposta por Montesquieu de contenção dos abusos do poder.

Feita esta análise acerca da origem da discricionariedade no Direito Administrativo, se faz necessário discorrer sobre o serviço público, suas origens e evolução, para que adiante se possa compreender a correlação entre discricionariedade administrativa com o regime jurídico do serviço público no Brasil.

2.2 AS ORIGENS E EVOLUÇÕES DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

2.2.1 A doutrina francesa do Serviço Público

Dinorá Grotti relata que o termo “serviço público” foi cunhado pela primeira vez por Jean Jacques Rousseau na obra “O Contrato Social”, na qual o pensador francês utiliza a

³² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 16.

³³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 15.

³⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 17.

expressão para mencionar as funções exercidas pelo Estado de Direito. Esse vocábulo fora utilizado por Rousseau sob dois aspectos: o primeiro, indicava aquele serviço prestado à população com escopo de atender às necessidades coletivas não satisfeitas pela iniciativa privada; o segundo, é que a expressão “serviço público” foi utilizada como um contraste ao antigo “serviço do Rei”, vigente no Absolutismo, que foi extinto com a instauração da Primeira República Francesa³⁵.

A ideia de serviço público, portanto, deve ser entendida a partir do contexto histórico em que surgiu, no qual se operava profundas transformações no vínculo entre Estado e indivíduos. Antes da Revolução Francesa, havia atividades semelhantes às do serviço público moderno, sob o aspecto material. No entanto, não eram compreendidas como “serviço do público”, e seu significado se dava em um contexto no qual o poder estatal se concentrava na vontade do Rei. Logo, o instituto jurídico do serviço público nos moldes de hoje, voltado para a população, não existia no Estado Absolutista³⁶.

Grotti³⁷ descreve que a ideologia liberal capitaneada pela burguesia francesa do século XIX pregava o afastamento do Estado da vida privada dos indivíduos, ao passo que conferia ao mesmo Estado a função de garantidor das liberdades individuais; tal ideologia repudiava as entidades que se colocassem entre o Estado e os indivíduos, como as associações e igrejas que prestavam serviços sociais. A autora afirma que a repulsa dos órgãos estatais a essas organizações ocorria em razão do temor de que aquelas pudessem constranger a autonomia dos indivíduos. Exemplo disso foi a Lei *Le Chapelier*, de 14-17 de junho de 1791, que vedava a existência de corporações no país: “*Não há mais corporações no Estado; há somente o interesse particular de cada individuo e o interesse geral. A ninguém é permitido inspirar um interesse intermediário aos cidadãos, separá-los da coisa pública por um espírito de corporação*”.

A situação se mostrou posteriormente um paradoxo, pois, segundo Grotti, esse comportamento da burguesia francesa acabou por impulsionar a concentração das atividades de interesse social nas mãos do próprio Poder Público, haja vista que as necessidades sociais deixaram de ser supridas pelas entidades tradicionais³⁸.

³⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 19-20.

³⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 20-21.

³⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 23.

³⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 23.

Neste contexto de crescente titularização do Estado sobre atividades de interesse coletivo, destacou-se um caso reconhecido pela doutrina como paradigmático para a ideia de serviço público; o “*Arrêt Blanco*”, julgado em 1873 pelo Tribunal de Conflitos da França, tratava de um requerimento indenizatório formulado pela família da criança Agnes Blanco contra o Estado francês, em razão de ter sido atropelada por um veículo pertencente à Administração Pública. No julgamento, o Tribunal de Conflitos entendeu que a demanda deveria ser decidida pela Jurisdição Administrativa, pois se tratava de responsabilização do Estado por ato praticado no exercício do “serviço público”, o que mereceria um julgamento com base em regras específicas de direito público³⁹.

Segundo Alexandre Santos de Aragão⁴⁰, os juristas franceses começaram a se debruçar efetivamente sobre o conceito de serviço público após as decisões jurisprudenciais do Conselho de Estado. Grotti⁴¹, no mesmo sentido, relata que a necessidade de encontrar critérios de distinção entre a competência da jurisdição comum e a da jurisdição administrativa foi determinante no desenvolvimento do conceito de serviço público e do próprio Direito Administrativo.

O primeiro doutrinador de destaque que desenvolveu uma teoria do serviço público foi o autor francês Léon Duguit, considerado o precursor da “Escola do Serviço Público”. Segundo Aragão⁴², Duguit pregava que o Estado deve se submeter a uma ordem concebida não pela vontade do próprio governante, mas pela vontade popular, que se constrói sobre a ideia de “solidariedade social”. Além do mais, a ordem jurídica somente limitaria de fato a conduta administrativa se o Direito fosse algo diverso da vontade pessoal dos administradores.

Duguit entendia que a solidariedade social é a verdadeira força criadora do Estado de Direito, sendo o serviço público o conjunto de atividades indispensáveis ao pleno funcionamento da sociedade, de modo que caberia aos gestores públicos assegurá-lo. O autor francês⁴³ assim define serviço público:

(...) é toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que só possa ser

³⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 27.

⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 259

⁴¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 26-27.

⁴² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 81-82.

⁴³ DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho* (trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén), Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, pp. 37, 39-40 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 82-83.

assegurado plenamente pela intervenção da força governante (...). Dizer que um serviço é um serviço público quer dizer que esse serviço é organizado pelos governantes, funcionando sob a sua intervenção e devendo ter por eles assegurado o seu funcionamento sem interrupção. (grifo nosso)

Grotti afirma que Duguit construiu sua doutrina sobre a premissa de um ordenamento jurídico que positivaria as regras e práticas reconhecidas pela consciência popular, e não pela simples manifestação da soberania estatal. Para Duguit, o critério adequado para definir os serviços que deveriam ser públicos era a vontade popular, e a partir de tal critério se distinguiria a esfera pública da esfera privada. A autora diz que Duguit teria atribuído ao serviço público um conceito mais sociológico do que propriamente jurídico, o que dificulta a sua identificação dentro do Direito⁴⁴.

Aragão concorda com essa visão, e relata que Duguit nunca teria explicado o modo de reconhecer a “*communis opinio*” sobre as atividades que deveriam ser prestadas pelo Estado, sendo essa lacuna uma das fragilidades apontadas pelos críticos à teoria do francês⁴⁵. No entanto, Grotti reconhece que Duguit teve o relevante mérito de deslocar o enfoque do Direito Administrativo da ideia de poder – como manifestação da soberania –, para a ideia de dever, ou seja, do dever fundamental de bem servir ao público⁴⁶.

Um segundo expoente da doutrina administrativista do serviço público foi Gaston Jèze, também membro da Escola de Bordeaux, que se contrapôs à visão sociológica de Duguit sobre o serviço público. Jèze entendia que não seria possível ao Poder Público satisfazer todas as necessidades sociais; por isso, defendia que o conceito de serviço público deveria se restringir ao conjunto de atividades prestadas pelo Estado sob o regime de Direito Público, independentemente de serem ou não atividades essenciais à coletividade, ou de serem prestadas diretamente pelo Estado ou através de delegatários⁴⁷. Grotti afirma que Jèze se diferenciava de Duguit por apresentar uma doutrina menos sociológica e mais propriamente jurídica. Para Jèze, o elemento diferencial do “serviço público” seria o regime especial de direito público. Tal regime de prerrogativas especiais seria necessário para possibilitar ao administrador capacidade de responder agilmente às exigências coletivas. Jèze defendia que

⁴⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 32-34.

⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 84-85.

⁴⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 32-34.

⁴⁷ JÉZE, Gaston. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris, 1914, p. 241 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 86-87.

nem toda atividade do Estado seria serviço público, mas somente aquelas regulamentadas pelo regime especial⁴⁸.

Um terceiro autor francês, no entanto, se distanciou ainda mais de Duguit do que havia feito Jèze. Trata-se de Maurice Hauriou, que, em sua doutrina, colocava como núcleo do Direito Administrativo não a prestação de serviços públicos aos indivíduos, mas sim o “*poder de império*” que a Administração Pública exercida sobre os cidadãos. Aragão⁴⁹ conta que Hauriou enxergava a “*puissance publique*” como a principal incumbência estatal, que se traduz nas funções essenciais de defesa, justiça e polícia, as quais o Estado deveria garantir para que a sociedade pudesse atingir o desenvolvimento social e econômico de maneira autônoma. Para Hauriou, o regime jurídico de Direito Público serviria para delimitar a área de domínio público, cuja importância seria proteger o espaço privado da interferência do Estado. Embora o autor francês privilegiasse as funções estatais de polícia, ele também admitia a existência dos serviços públicos prestacionais, mas somente enquanto fossem necessários à ordem pública, e não como fim último do Estado – o que demonstra o caráter liberal de sua teoria, radicalmente diferente do pensamento de Duguit.

Um quarto autor de grande influência na disciplina do serviço público foi Louis Rolland. O francês pregava que haveria serviços públicos em sentido amplo e outros em sentido restrito, sendo estes últimos aqueles sujeitos ao regime público. Rolland compreendia o serviço público como um dever estatal de atender as necessidades coletivas, que justificaria a atribuição de poderes especiais aos administradores. Aragão reconhece a significativa contribuição do autor francês por ele ter sintetizado as premissas basilares do serviço público moderno, como os princípios da continuidade, atualidade e igualdade⁵⁰.

A disciplina do serviço público francês influenciou fortemente outros países romano-germânicos, e isso se explica, segundo Aragão, pela expansão da cultura e ideais da Revolução francesa sobre o mundo ocidental, bem como pela dominação do Império Napoleônico sobre o continente europeu no século XIX⁵¹. O Brasil, segundo o autor, possui forte influência da doutrina francesa nos institutos jurídicos de serviço público.

A influência francesa na Administração Pública brasileira ajuda a entender porque a discricionariedade administrativa é algo tão pouco enfrentado pelo Judiciário brasileiro. É possível encontrar no Brasil semelhanças com a cultura jurídica administrativista da França ao

⁴⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 35-36.

⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 90-95

⁵⁰ ROLLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif*, 9ª ed., Dalloz, Paris, 1947, pp. 16 a 24 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 89-90.

⁵¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 76-77.

menos desde a Primeira República (1889). Ballan Junior⁵² percebe essa influência francesa e afirma haver, na maioria dos tribunais, uma tradição histórica de abstenção do Poder Judiciário quanto à apreciação judicial dos atos administrativos discricionários. O autor remonta à Lei Federal nº 221, de 20 de novembro de 1894, que organizou a Justiça Federal no Brasil na nascente República brasileira. Tal lei estabelecia uma limitação expressa sobre o alcance do controle judicial no que toca a discricionariedade dos administradores, o que em muito se assemelhava às leis francesas do período pós-revolução⁵³. Veja-se:

Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.

[...]

§ 9º Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resolução em questão é illegal, o annullará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor.

a) Consideram-se illegaes os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. **A autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões juridicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade;**

b) **A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionario sómente será havida por illegal em razão da incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder.**⁵⁴ (grifo nosso)

Importante ressaltar que o diploma legal em comento foi positivado numa época em que as discussões na comunidade jurídica convergiam para aspectos “legalistas”⁵⁵, e não se debatia muito acerca da eficácia dos princípios jurídicos.

Ballan Junior⁵⁶ afirma que ainda hoje é possível observar a tradição estampada nesta antiga lei, havendo decisões de Tribunais brasileiros que, apreciando demandas contra o Poder Executivo, chegaram a afirmar que “*cada macaco deve ficar no seu galho*”⁵⁷. No entanto, tal visão é deveras radical ao interpretar o postulado da separação dos poderes, e se for levada a cabo, poderá permitir que se perpetrem as mais variadas distorções e arbitrariedades sob o escudo da insindicabilidade do mérito administrativo.

⁵² BALLAN JUNIOR, Octahydes. *Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa: Limites ao poder de decisão do administrador visando a implementação de direitos fundamentais sociais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 17.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.40.

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894. *Completa a organização da Justiça Federal da Republica*.

⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 61.

⁵⁶ BALLAN JUNIOR, Octahydes. *Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa: Limites ao poder de decisão do administrador visando a implementação de direitos fundamentais sociais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 17-18.

⁵⁷ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação / Reexame Necessário - 32948. Segunda Turma. Relator(a): Desembargador Federal Vladimir Carvalho. Data de julgamento: 08/03/2016. Data de publicação: 11/03/2016. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/data/2016/03/ESPARTA/200982000003002_20160311_6612291.pdf>. Acesso em: 17 mar 2020.

É possível dizer que o Brasil possui uma tradição administrativista de influência marcadamente francesa, na qual se percebe que o pensamento de León Duguit sobre os serviços públicos prestacionais, fundado na interdependência social, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, pois o Estado assumiu diversas funções de interesse social, conforme será tratado adiante neste trabalho. Notável também é a influência de Louis Rolland, que idealizou os primeiros postulados do serviço público: continuidade, atualidade e igualdade, que foram adotados, por exemplo, na Lei nº 8.987/1995⁵⁸.

Adiante, serão brevemente abordados alguns aspectos da tradição jurídica anglo-saxã, que apresenta uma concepção diversa sobre os serviços de interesse social.

2.2.2 As Public Utilities nos países de Commom Law

Os países da tradição do *commom law*, precipuamente Inglaterra e Estados Unidos, possuem uma compreensão de interesse público distinta da tradição continental europeia e latina, o que explica o regime diferente dos serviços públicos nestes países. Diferentemente da concepção francesa, que trata o serviço público como um dever ético do Estado para com os cidadãos, os países anglo-saxões desenvolveram-se historicamente com forte apego aos princípios do liberalismo econômico, o que diz muito sobre o diminuto espaço de institutos publicistas nestes sistemas jurídicos. Essa diferença de concepção é apresentada por Aragão⁵⁹:

Note-se ainda que, até o fim do século XIX, não era sequer cogitada a existência de um Direito Administrativo nos EUA, partindo-se do pressuposto firmado por DICEY em 1885 na Inglaterra de que “não havia Direito Administrativo porque a existência das mesmas normas para a atividade de funcionários e particulares e da mesma jurisdição para ambos atendia ao *rule of law*, que é o traço característico do Direito inglês; a diferenciação de normas e de jurisdição, típica do Direito Administrativo francês, não se verifica no Direito Inglês, porque contrariava o *rule of law*”. Via-se então o Direito Administrativo como uma espécie de direito de exceção, aplicável somente aos casos em que uma das partes fosse o Estado.

Nos EUA as atividades econômicas sempre foram consideradas, com raríssimas exceções pontuais, como sendo da órbita exclusiva da iniciativa privada, editando o Estado, quando a auto-regulação não fosse suficiente, regras de política, assecuratórias da ordem, da saúde e da segurança. (grifo nosso)

A democracia das nações anglo-saxãs é fortemente assentada nas ideias de livre mercado e livre concorrência, sendo mal vista a existência de privilégios para parcela dos atores sociais (como a Administração Pública). Esta é a razão pela qual o Estado não é visto como o condutor da vida social nestes países, e explica porque os serviços de interesse da

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências*. Brasília, DF.

⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 101-102.

coletividade são tradicionalmente de titularidade da iniciativa privada, ao contrário da concepção francesa que entende os serviços públicos como um dever do Estado para com os indivíduos⁶⁰.

No entanto, até mesmo estes países tradicionalmente liberais – ainda que de maneira tardia e mais branda – reconheceram a necessidade de certa atuação do Estado na prestação dos serviços de relevância pública. Nos EUA, percebeu-se no final do século XIX que o mercado privado não era apto a barrar a formação de monopólios empresariais e nem de atender satisfatoriamente os interesses da coletividade por sua autorregulação. Aragão relata que determinadas conjunturas políticas locais relativas a abusos econômicos no mercado de distribuição de grãos fizeram com que os EUA implementassem um sistema das agência reguladoras sobre serviços de interesse social, que, por sua vez, eram denominados de *public utilities*⁶¹. Nesse sentido:

Foram editadas, então, leis disciplinadoras das atividades privadas com especial pertinência ao interesse público, limitando-lhes o ingresso e estabelecendo normas finalísticas (não mais meramente mantenedoras da ordem pública) para o seu exercício. “As *public utilities* apresentam-se como atividades que se encontram (*are affected with*) com o interesse público e por isso sujeitam-se a um controle de preços (para que se tenha um preço *reasonable*), ao controle da qualidade dos serviços e outros controles, realizados, de regra, por agências reguladoras independentes. Busca-se na regulação dos monopólios privados fazer face às falhas de mercado e garantir a concorrência.” (grifo nosso)

Como se denota, nos países anglo-saxões a Administração Pública culturalmente limita sua interferência à atividade de regulação, por meio de agências reguladoras, a fim de fixar balizas legais à prestação dessas atividades pela iniciativa privada.

É notável a diferença entre a concepção anglo-saxã de serviços públicas e a visão francesa. Enquanto os países do continente europeu e América Latina tratam os serviços públicos como deveres prestacionais do Estado – ainda que possam ser delegados a particulares –, os países anglo-saxões compreendem os serviços de interesse social como atividades pertencentes ao mercado privado, podendo ser eventualmente regulados pelo Estado com o objetivo de se preservar a concorrência, qualidade e modicidade dos custos para os destinatários dos serviços⁶².

Com o passar dos séculos e o advento da globalização dos fluxos econômicos, o serviço público no modo idealizado na França recebeu graduais influências do liberalismo econômico. Tal fenômeno desencadeou – nos países de tradição administrativista francesa – um processo de aproximação do serviço público tradicional às *public utilities* (modelo dos

⁶⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 102.

⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 102-103.

⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 105.

países anglo-saxões), pois os Poderes Legislativos de tais nações passaram a entender que **certas atividades** seriam melhores prestadas caso fossem entregues aos mercados privados, excluindo-se do Estado o exercício dessas funções, que passou a atuar apenas em sua regulação (a exemplo da telefonia no Brasil)⁶³.

Segundo observa Aragão, o grande marco transformador do serviço público moderno foi a inclusão dos mercados privados na prestação de atividades que eram de competência exclusivamente pública, em um processo gradual de derrocada dos monopólios estatais em prol da livre concorrência. No entanto, mesmo com essa tendência neoliberal, ainda assim existem atividades que não são satisfatoriamente prestadas pela livre iniciativa, tendo em vista que a característica central do mercado privado é atuar em busca do lucro, o que é incompatível com certas funções públicas, como a assistência social. Por esse motivo, Aragão⁶⁴ sustenta que

O fundamento último da qualificação jurídica de determinada atividade como serviço público foi e é ser pressuposto de coesão social e geográfica de determinado país e da dignidade dos seus cidadãos. **Os serviços públicos constituem prestações sem as quais, em determinada cultura, as pessoas se vêem desvestidas daquele mínimo que se requer para a viabilização adequada das suas vidas.** A aplicação da concorrência em seu seio só se legitima, diante da realidade social e econômica de cada país, enquanto for instrumento da implementação prática dos objetivos constitucionais de efetivação dos direitos fundamentais, que expressamente ou não sempre fundamentaram a necessidade de um regime jurídico especial para os serviços públicos, ainda que muitas vezes o foco fosse colocado mais sobre as prerrogativas do Estado existentes na prestação dos serviços públicos do que nos direitos a serem por eles atendidos. (grifo nosso)

No Brasil, a partir da década de 90, observou-se uma aproximação parcial dos serviços públicos com o modelo anglo-saxão das *public utilities*⁶⁵, materializada na edição de leis que criaram agências reguladoras estatais, encarregadas de regular e fiscalizar a atividade privada na prestação de determinados serviços de interesse social, a exemplo da Lei nº 9.427/1996 (Lei da ANEEL)⁶⁶, Lei nº 9.472/1997 (Lei da ANATEL)⁶⁷, Lei nº 9.782/1999 (Lei da ANVISA)⁶⁸, e Lei nº 9.961/2000 (Lei da ANS)⁶⁹.

⁶³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 260.

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 260.

⁶⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 102-103.

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. *Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências*. Brasília, DF.

⁶⁷ BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. *Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995*. Brasília, DF.

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. *Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências*. Brasília, DF.

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000. *Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências*. Brasília, DF.

No entanto, essas inovações não permitem dizer que tenha havido uma transformação total do serviço público brasileiro no modelo anglo-saxão, até porque a própria Constituição continua mantendo certos serviços sob a titularidade do Estado, além de definir expressamente o dever de atuação pública em áreas não exclusivas (como saúde e educação). Assim observa Di Pietro⁷⁰:

O que tem ocorrido é uma parcial liberalização de serviços públicos no âmbito da legislação ordinária, como ocorreu com a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16-7-97), que, em nenhum momento, utiliza a expressão serviço público, preferindo falar em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito, estes últimos submetidos aos princípios constitucionais da ordem econômica, abertos à livre iniciativa e à competição.

Tenta-se acabar com os monopólios estatais (no âmbito da energia elétrica, dos correios, das telecomunicações, da exploração de minas e jazidas) e tenta-se introduzir a ideia de competição na prestação de serviços públicos. Além disso, a "mercadorização" dos serviços públicos, referida por Vital Moreira, também se verifica quando, em determinadas concessões, o critério de julgamento, na licitação, é o da maior oferta pela outorga do serviço, que acaba por onerar o usuário, com o acréscimo no valor da tarifa.

Mas esses avanços não permitem falar ainda em crise na noção de serviço público no direito brasileiro. **A Constituição prevê determinadas atividades como exclusivas do Estado, permitindo que sejam desempenhadas diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização. E atribui ao Estado o dever de prestar determinados serviços sociais não exclusivos do Estado (especialmente nas áreas da saúde e educação). Nesses casos, a atividade é prestada sob regime jurídico total ou parcialmente público, a gestão fica a cargo da própria Administração Pública direta ou indireta ou de empresas privadas que atuam sob delegação do Estado. Continuam a aplicar-se os princípios da prestação de serviços públicos.** A responsabilidade rege-se por norma de direito público (art. 37, § 62, da Constituição). (grifo nosso)

Conforme exposto, o Brasil – país latino de colonização continental-europeia – possui grande influência da França na gênese de seu regime administrativo⁷¹, marcada por traços de autoritarismo, disparidade de poder nas relações entre Administração e indivíduos, e ausência de controlabilidade dessas relações por outros órgãos estatais⁷².

Do mesmo modo, a disciplina do serviço público francês influenciou fortemente o direito brasileiro, em razão da expansão da cultura e ideais da Revolução francesa sobre o país⁷³. Já na década de 1990, o sistema anglo-saxão de *public utilities* foi incorporado parcialmente ao Brasil, mas não extinguiu o modelo de serviço público tal qual foi pensado por Duguit⁷⁴, titularizado pelo Estado e calcado na busca pelo bem estar dos indivíduos.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 112.

⁷¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 76-77.

⁷² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 18.

⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 76-77.

⁷⁴ DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho* (trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén), Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, pp. 37, 39-40 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 82-83.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO, SERVIÇOS PÚBLICOS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Neste capítulo, será abordado – sem intenção de esgotar o tema – o processo histórico de constitucionalização do direito ocorrido no século XX, que foi responsável pela evolução da tradicional ideia de legalidade (prestigiada no período do positivismo jurídico) até se chegar à ideia de juridicidade, que inclui os princípios jurídicos como normas vinculantes. Também será abordado a alocação da dignidade da pessoa humana para o centro do sistema jurídico, tendo o serviço público ganhado relevante papel concretizador de direitos fundamentais.

Adiante, serão apresentadas as modificações ocorridas nos serviços públicos pela influência do neoconstitucionalismo, que impôs um novo filtro interpretativo à atuação dos gestores públicos – vinculando-os ao cumprimento dos princípios constitucionais e efetivação dos direitos fundamentais –, e que, conseqüentemente, reduziu a margem de liberdade dos administradores.

Em seguida, serão apresentados o conceito de discricionariedade administrativa e os elementos que compõe uma norma jurídica discricionária. Para tanto, serão utilizadas, especialmente, as lições do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, que dedicou uma obra inteira ao assunto⁷⁵, bem como ensinamentos de outros autores, de maneira subsidiária.

3.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E OS SERVIÇOS PÚBLICOS

Segundo Basile Christopoulos⁷⁶, o Estado Liberal advindo com a Revolução Francesa foi forjado sob a ideologia do “Estado mínimo”, no qual se buscava a libertação do controle e intervenção pública na vida privada dos indivíduos, para que estes – em tese – pudessem desenvolver suas potencialidades socioeconômicas de maneira independente. Naquele período histórico, os direitos de Primeira Geração, em especial os direitos de liberdade e propriedade, eram o foco de prestígio nos ordenamentos jurídicos.

Na época do Estado Liberal, o centro axiológico do Direito romano-germânico era o Código Civil, e não a Constituição. A Carta Política era visualizada como um conjunto de valores e orientações que serviam apenas de inspiração para o parlamento, sem possibilidade

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

⁷⁶ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 30-31.

de ser aplicada diretamente pelo Poder Judiciário. Tal período é denominado por Binенbojm de “*legicentrismo*”, tendo em vista que os juizes atuavam apenas como “a boca da lei”⁷⁷.

No entanto, diversos fatores históricos ocorridos entre o fim do século XIX e início do século XX ensejaram uma paulatina transformação do modelo de Estado Liberal para um novo modelo político. Fenômenos como a crescente participação das camadas sociais desfavorecidas na vida política através de eleições, o fortalecimento de sindicatos de trabalhadores e as consequentes reivindicações por prestações positivas do Estado levaram os governos nacionais a promoverem uma maior intervenção econômica na vida coletiva, o que ensejou o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social⁷⁸.

Além do mais, o mundo observou que o positivismo jurídico meramente legalista permitiu que fossem perpetrados grandes horrores à humanidade, a exemplo do nazismo e do holocausto, que foram cancelados pelo direito posto na Alemanha; com o fim deste período histórico, várias nações chegaram ao consenso de que deveria haver limites à atuação do Estado, inclusive aos próprios Poderes Legislativos. Segundo Binенbojm, a crise do Estado burguês-liberal e a ascensão do Estado de Bem Estar Social desencadearam uma “inflação legislativa” com uma concomitante “descodificação” do direito, onde o ora prestigiado Código Civil perdeu a posição de cerne do ordenamento jurídico. Estes fatores acabaram por superar a tradição meramente legalista, vindo a instaurar uma nova ordem jurídica na qual a Constituição foi alçada a uma função central nos Estados Democráticos de Direito⁷⁹.

Após as lições e traumas da Segunda Guerra Mundial, a força normativa da Constituição foi cada vez mais consolidada e ensejou uma verdadeira modificação nas bases da ciência jurídica, com consequências em vários ramos do direito. A jurisdição constitucional passou a ganhar destaque, ao passo que firmou-se a ideia segundo a qual a Constituição “*é, antes de tudo, norma jurídica, dotada de eficácia e aplicabilidade direta*”⁸⁰.

Esse movimento, denominado *neoconstitucionalismo*, também se caracterizou por um aumento das matérias regulamentadas pela Constituição, pois, até aquele momento, as

⁷⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 61-62.

⁷⁸ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 31-32.

⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 62.

⁸⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 63.

constituições eram mais sucintas e disciplinavam apenas as liberdades negativas e a organização básica estatal⁸¹.

A partir de então, as sociedades passaram a exigir da Administração Pública o papel de gestora das necessidades coletivas, visão oposta à antiga ideologia liberal de um Estado ausenteísta. Segundo Basile Christopoulos, é possível identificar uma concomitância histórica entre a consagração de Direitos Sociais e o aumento da atividade financeira estatal, que passou a atender necessidades coletivas por meio de uma maior arrecadação de tributos, haja vista que a iniciativa privada não se mostrava capaz de satisfazê-las⁸². Assim, as constituições passaram a ser tratadas como o “*estatuto fundamental da sociedade*”, e incluíram novas disposições, como o dever do Estado de atuar na prestação de certos serviços e utilidades aos indivíduos. A ascensão paulatina do Welfare State teve como marcos iniciais a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919⁸³.

Essa mudança paradigmática também enalteceu a função dos princípios constitucionais. Até aquele momento, os valores constitucionais eram tratados como retórica política, sendo inaplicáveis por decisões judiciais. Com o neoconstitucionalismo, a comunidade jurídica passou a prestigiar a força vinculante da principiologia constitucional, ascendendo os princípios a verdadeiras normas vinculantes, de aplicação imediata; ou seja, deixou de ser imprescindível a intermediação de leis infraconstitucionais para que o Judiciário e Executivo aplicassem a Constituição e resguardassem direitos fundamentais. No mesmo contexto, a inclusão no sistema jurídico de elementos normativos permeados de valores humanistas – princípios como dignidade, igualdade e liberdade – ocasionou um retorno da conexão entre o direito e a moral, atribuindo um caráter ético à ordem jurídica⁸⁴.

As Constituições passaram a ser dotadas de superioridade sobre as demais normas do sistema jurídico, além de rigidez, necessária à proteção dos direitos individuais contra as vontades eventualmente opressoras de maiorias eleitas. Esse fenômeno é denominado de *constitucionalização do direito*, conforme descreve Binzenbojm⁸⁵:

É neste quadro geral que se fala em um processo da constitucionalização do direito. Este não se esgota na mera disciplina, em sede constitucional, de

⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 63.

⁸² CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 32.

⁸³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 63.

⁸⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 64.

⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 65.

questões outrora reguladas exclusivamente pelo legislador ordinário. Ele implica, mais que isso, no reconhecimento de que toda a legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica. Tal concepção, que vem sendo rotulada como neoconstitucionalismo, impõe aos juristas a tarefa de revisitar os conceitos de suas disciplinas, para submetê-los a uma releitura, a partir da ótica constitucional. Trata-se de realizar uma verdadeira filtragem constitucional do direito, de modo a reinterpretar os seus institutos, buscando-se não só evitar conflitos com a Lei Maior, mas também potencializar os valores e objetivos que esta consagra. (grifo nosso)

Binenbojm afirma ainda que a constitucionalização dos diversos ramos do direito brasileiro acentuou-se após a Carta Magna de 1988, que se baseou em dois pilares: o *sistema de direitos fundamentais* e a *democracia*. Tais elementos conferem legitimação e estruturam o Estado democrático de Direito no Brasil⁸⁶.

Os **direitos fundamentais** têm como substratos os postulados morais, principalmente no reconhecimento da dignidade humana, proposta por Kant, que formulou a ideia segundo a qual o homem é um ser merecedor de consideração moral, insuscetível de objetificação, e, portanto, sujeito de direitos que preservem a sua dignidade⁸⁷.

Além de um conceito moral, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida como um preceito jurídico, base de todos os direitos fundamentais. Tal postulado passou a ocupar o centro normativo dos ordenamentos jurídicos modernos:

A ideia de dignidade da pessoa humana, traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, eleva-se à condição de princípio jurídico, origem e fundamento de todos os direitos fundamentais. **A centralidade moral da dignidade do homem, no plano dos valores, corresponde a centralidade jurídica dos direitos fundamentais, no plano do sistema normativo.**⁸⁸(grifo nosso)

Através do processo legislativo/constituente, cada nação define o seu rol de direitos fundamentais, que são reconhecíveis na ordem jurídica através das normas de direito fundamental. Segundo Robert Alexy⁸⁹, o critério adequado para se reconhecer uma norma de direito fundamental é o critério formal, ou seja, a simples verificação se o direito em questão está na Constituição. O autor afirma que não são adequados critérios estruturais ou materiais, que busquem um padrão de essencialidade no conteúdo das normas, pois se a definição do que é “fundamental para o ser humano” não estiver expressa no direito positivo, a

⁸⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 66.

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 70 e ss apud BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 50.

⁸⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 50.

⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 66-68.

identificação ficará a cargo de cada aplicador da lei, o que ensejaria uma grande insegurança jurídica, haja vista que cada indivíduo tem perspectivas próprias sobre aquilo que lhe é fundamental. Por isso, o autor afirma que o critério formal é o modo seguro de identificar se determinada norma é um direito fundamental, ou seja, a simples verificação se a norma foi positivada na Constituição.

A **democracia**, por sua vez, é compreendida como o sistema jurídico no qual a coletividade governa a si própria, atuando na condição de editora das normas jurídicas e de sujeita a estas normas. No entanto, a regra do governo da maioria somente é justificável a partir da compreensão de que os membros da sociedade são dotados de autonomia e devem se tratar com o mesmo respeito. Tal reciprocidade de tratamento ético é o pressuposto do princípio jurídico da isonomia, que, conseqüentemente, legitima a regra da maioria como forma coletiva de decisão⁹⁰.

Binjenbojm afirma que há uma “*relação de interdependência ou reciprocidade*” entre os pilares da democracia e dos direitos fundamentais. A combinação de tais postulados constitui o Estado democrático de direito atual, “*estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana*”⁹¹.

Uma das consequências do neoconstitucionalismo foi o reconhecimento dos serviços públicos como especialmente relevantes para a concreção dos direitos fundamentais. Nas constituições modernas, como a brasileira, o próprio texto constitucional avoca para si a disciplina básica dos serviços públicos, tamanha a sua relevância social⁹².

Segundo Aragão, a razão da existência do serviço público é ser condição essencial para a harmonia social da sociedade e para a dignidade de seus membros. A relevância social do serviço público é descrita por Lorenzo Martín-Retortillo Baquer⁹³, citado pelo autor, segundo o qual:

Em uma situação em que apenas poucas camadas sociais têm como resolvidos determinados problemas vitais, a idéia de serviço público certamente serve para ampliar a base e se generalizar. É muito presente, então, a nota de solidariedade, tão característica da noção francesa do serviço público, e que oferece claras conotações políticas. Ela só é alcançada mediante um esforço

⁹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 50.

⁹¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 50-51.

⁹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 533.

⁹³ BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. “Derecho de Acceso a los Servicios de Interés General (El Artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, in *Estudios de Derecho Público Económico: libro en homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 514 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 531-532.

consistente, e para levá-lo adiante é demandada uma decidida determinação social e política (...). Se trata de um largo processo, custoso e complicado de ser alcançado e mantido, mas que tem como aspiração a generalização do que até um momento anterior apenas poucos podiam desfrutar. (grifo nosso)

Aragão aponta a influência do pensamento de Duguit⁹⁴ nos ordenamentos jurídicos romano-germânicos, tal qual o brasileiro, no qual os serviços públicos foram institucionalizados como as prestações mínimas que viabilizam a harmonia da sociedade, cabendo ao Estado prestá-las em razão da insuficiência dos mercados privados.

Sabe-se, no entanto, que os serviços públicos gratuitos são financiados pelo montante advindo da arrecadação tributária do Estado; ou seja, as prestações materiais fornecidas pela Administração Pública naturalmente pressupõem uma “atividade financeira”⁹⁵. Por esse motivo, Basile Christopoulos identifica que a atividade financeira do Estado é o pressuposto crucial para que ocorra a implementação de direitos fundamentais⁹⁶.

Ocorre que não somente os direitos fundamentais de Segunda Geração demandam despesas públicas, mas também os de Primeira Geração, haja vista que bens jurídicos como liberdade e propriedade são garantidos por meio de estruturas de segurança pública (como as corporações de policiais, equipamentos e veículos) e de justiça (juízes, servidores, estruturas físicas de trabalho).

Se até mesmo direitos fundamentais que reclamam afastamento do Estado exigem que a Administração Pública financie a proteção desses direitos contra terceiros, é errônea a ideia de que o Estado não poderia implementar Direitos Sociais porque estes seriam dispendiosos; como visto, todos os direitos fundamentais geram despesas, inclusive as liberdades individuais⁹⁷.

3.2 A EVOLUÇÃO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA: O SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

A ideia de *legalidade administrativa* – vinculação do administrador à lei – surgiu pela primeira vez na França revolucionária, onde, segundo as lições do autor europeu Otto Mayer, seria a ideia segundo a qual os administradores públicos deveriam atuar na concretização dos

⁹⁴ DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho* (trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén), Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, pp. 37, 39-40 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 82-83.

⁹⁵ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 26.

⁹⁶ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 32-34.

⁹⁷ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 34-37.

comandos abstratos expressos na lei, materializando-os em atos administrativos. A ideia surge pela busca da administração de atuar similarmente ao que faziam os juízes nas sentenças judiciais. Mayer entendia que o ato administrativo era uma materialização da finalidade legal, à qual o Estado individualizaria no mundo real e lhe aplicaria o comando normativo previsto⁹⁸.

No entanto, Binenbojm afirma que este conceito ficou obsoleto, haja vista que a noção de legalidade administrativa se tornou inapta a abarcar a infinidade de práticas da administração pública. O autor relata que, antes do positivismo jurídico, a interpretação da legalidade administrativa se dava de modo diferente para cada Poder constituído, atribuindo-se graus de vinculação à legalidade de acordo com a forma de investidura. Segundo a antiga tradição, o Poder Executivo, por ser investido através de eleições democráticas, possuiria uma esfera de legitimidade maior na prolação de suas decisões. Por outro lado, o Poder Judiciário – composto geralmente por membros não investidos por eleições – teria uma menor esfera de legitimidade política, cabendo-lhe a literal aplicação da lei aos casos por ele apreciados. Por esta perspectiva, enquanto os juízes somente poderiam aplicar a lei, o administrador poderia fazer aquilo que a lei permitisse e também aquilo que ela não proibisse. A antiga noção de legalidade administrativa consistia numa **vinculação negativa à lei**, “*erigindo-se a noção de discricionariedade administrativa como o poder conferido à Administração para agir nos espaços livres da regulamentação da lei*”⁹⁹.

Essa noção de *vinculação negativa da Administração à lei* foi criticada por autores europeus como Eduardo García de Enterría, que indicaram que ela seria quase que uma continuidade da prática do Antigo Regime. Segundo Binenbojm¹⁰⁰,

García de Enterría enxerga, aqui, um *eco histórico* do princípio monárquico, que pretende derivar da condição de Chefe do Poder Executivo, ostentada pelo monarca, uma original liberdade de determinação para organizar e conformar o funcionamento da Administração Pública, independentemente de qualquer disposição legal. A doutrina da *negative Bindung* – a vinculação negativa à lei – encontrou, assim, na tradição monárquica, terreno fértil para germinar e propagar-se por toda a Europa continental, prevalecendo como concepção dominante até o primeiro pós-guerra. (grifo nosso)

⁹⁸ Otto Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo I, parte geral, 1949, p. 37, apud BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 141-142.

⁹⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 143.

¹⁰⁰ Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. 1, 1999, p. 438, apud BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 144.

Neste sentido, juristas adeptos ao positivismo jurídico se opuseram ao antigo conceito de legalidade administrativa como vinculação negativa à lei (*negative Bindung*), em especial Hans Kelsen¹⁰¹, que apresentou a ideia de que nenhum poder estatal poderia advir senão do próprio direito posto (positivo). Ou seja, sempre que houver um poder jurídico, necessariamente deverá haver uma norma anterior que lhe atribua validade no ordenamento. Sobre o ordenamento jurídico, Binjenbojm¹⁰² aponta que:

[...]Kelsen concebe-o como um sistema escalonado e hierarquizado, em que a norma de escalão inferior tem seu fundamento de validade na norma de escalão superior. Seguindo uma direção ascendente, da base rumo ao topo da pirâmide normativa, a sentença judicial e o ato administrativo (normas para o caso concreto) teriam fundamento de validade na lei (norma geral), enquanto a lei encontraria seu fundamento de validade na Constituição (norma superior que representa o escalão de direito positivo mais elevado). Como fundamento de validade último do ordenamento jurídico, situada no vértice da pirâmide, Kelsen concebe uma norma fundamental, que não é posta enquanto norma de direito positivo, mas pressuposta. Para distingui-la da Constituição em sentido jurídico-positivo, o autor a designa como "Constituição em sentido lógico-jurídico", cujo preceito seria o seguinte: as normas elaboradas de acordo com a Constituição devem ser cumpridas.

No modelo piramidal e ordenado, proposto por Kelsen, as normas superiores condicionam a criação das normas inferiores. A Constituição define o rito formal de produção das leis, enquanto as leis definem o rito formal de produção dos atos administrativos e sentenças judiciais.

No entanto, segundo narra Binjenbojm¹⁰³, o próprio Kelsen teria observado que essa vinculação hierárquico-normativa não é absoluta, porque uma regra jurídica não tem a capacidade de regular todos os casos possíveis no mundo real. Assim, Kelsen¹⁰⁴ reconheceu que existe uma inevitável *indeterminação* que impregna a aplicação do direito, que tanto pode advir de uma opção intencional de um órgão normatizador (Legislativo através de leis e Executivo através de regulamentos) como pode se originar de uma causa involuntária, em que a multiplicidade de sentidos dos signos linguísticos pode conferir ao aplicador várias conclusões igualmente admissíveis. A esse respeito, Kelsen¹⁰⁵ argumenta que,

"[...] o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato

¹⁰¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 216-217.

¹⁰² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 144-145.

¹⁰³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 146.

¹⁰⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 388-389.

¹⁰⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390.

que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível."

A partir desse movimento, chamado "positivismo jurídico", compreendeu-se que a Administração Pública faz parte da cadeia de produção normativa, e, conseqüentemente, sua atuação está sujeita a normas jurídicas superiores, seja quando produz normas infralegais, seja quando pratica atos meramente executivos. Esta corrente de pensamento, capitaneada por Kelsen, interpreta a legalidade administrativa como **vinculação positiva à lei** (*positive Bindung*), tendo esse entendimento sido consagrado na Constituição da Áustria de 1920, em seu art. 18, que determinava que o Estado necessariamente devia ter a lei como base de sua atuação¹⁰⁶.

Binenbojm descreve que a visão de legalidade como vinculação negativa à lei (*negative Bindung*) é aplicável por excelência aos particulares, haja vista que a estes se impõe a regra geral de liberdade, somente restringível pelo Estado por meio da lei. No entanto, a *negative Bindung* não seria compatível com a atuação do Poder Público, haja vista que o Estado é uma instituição jurídica de escopo instrumental, constituído como um meio para executar as finalidades de interesse público, de modo que a Administração Pública não pode ser regida pelo princípio da liberdade, mas sim pelo "dever" de perseguir o interesse da coletividade¹⁰⁷.

Com o advento da crise da legalidade e da ascensão do neoconstitucionalismo, a atuação da Administração Pública não pôde mais ser compreendida com base apenas na vinculação positiva à lei formal (*positive Bindung*). No ordenamento jurídico moderno, as leis formais deixaram de ser as únicas normas que regem a atividade administrativa, haja vista que passaram a conviver juntas diferentes categorias e hierarquias de normas nos ordenamentos jurídicos, como regras e princípios, todas elas condicionando a atividade administrativa¹⁰⁸.

Com o neoconstitucionalismo, a Administração Pública não se submete apenas as leis em sentido estrito, mas se vincula ao sistema jurídico como um todo, fenômeno que o doutrinador alemão Adolf Merkl denominou de "***princípio da juridicidade administrativa***"¹⁰⁹. Essa concepção passou a ser consagrada nos ordenamentos jurídicos hodiernos, inicialmente

¹⁰⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 146.

¹⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 146.

¹⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 146-147.

¹⁰⁹ Adolf Merkl, *Teoría General de Derecho Administrativo*, 1935, p. 132 e SS, apud BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 147.

na Constituição da Alemanha de 1949 (Lei Fundamental de Bonn), em seu art. 20, § 3º, que estabeleceu que o Poder Executivo e o Poder Judiciário vinculam-se não somente à lei, mas ao direito como bloco único. Segundo Binjenbojm, essa idéia se tornou um marco paradigmático da superação do positivismo jurídico puramente legalista e significou a transição para um sistema jurídico fundado não só em regras, mas também em princípios¹¹⁰.

Acerca dos princípios, é clássica o conceito de Robert Alexy¹¹¹, segundo o qual os princípios são “**mandamentos de otimização**”, normas de cogência ampla e geral, que produzem efeitos sobre uma quantidade muito maior de casos concretos. A amplitude dos princípios significa que eles devem ser aplicados “*na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*”. Como se percebe da definição de Alexy, o efeito otimizador dos princípios se estende até o limite das possibilidades de cada situação, o que permite concluir que eles podem “*ser satisfeitos em graus variados*”.

Pela perspectiva da juridicidade, a Constituição passa a ser o fundamento que estrutura “*todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo*”. O paradigma da legalidade administrativa transforma-se a partir do deslocamento da Constituição para o centro de vinculação da Administração Pública, que passa a respeitar não somente as leis formais, mas à juridicidade como um sistema uno. Consequentemente, deixa de ser indispensável a existência de leis intermediárias para que haja sujeição da atividade administrativa aos princípios constitucionais. Atualmente, a Constituição é a base vinculativa da atuação estatal¹¹².

Essa foi uma grande virada paradigmática do Direito Administrativo, que passou a pautar a conduta dos agentes públicos tendo como norte os princípios constitucionais e a concretização dos direitos fundamentais. Assim descreve Gustavo Binjenbojm¹¹³:

Como assinala Santa Maria Pastor, as bases profundas do direito administrativo são de corte inequivocamente autoritário; até que fosse atraído para a zona de irradiação do direito constitucional, manteve-se ele alheio aos valores democráticos e humanistas que permeiam o direito público contemporâneo.

Partindo da premissa de que a Constituição de 1988 ocupa o centro da ordem jurídica brasileira hodierna, impõe-se uma revisão à luz do texto constitucional sobre paradigmas até então firmados no Direito Administrativo.

¹¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 146-147.

¹¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 90.

¹¹² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 147-148.

¹¹³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 148.

Conforme ensina a doutrina, a consolidação do princípio da supremacia da Constituição enseja uma inevitável irradiação das normas constitucionais sobre a atividade do Estado. Dentre os dogmas jurídicos afetados pela constitucionalização, está o princípio da *legalidade*, que acaba sendo incluído em um conceito mais amplo, qual seja, a *juridicidade administrativa*¹¹⁴.

O entendimento vigente até a Constituição de 1988 era o de que apenas as leis regeriam a conduta da Administração Pública. No entanto, a partir da constitucionalização do direito no Brasil, a legalidade e a discricionariedade passam a conviver com princípios constitucionais, em especial aqueles estampados no art. 37 da Carta Magna. Nessa nova sistemática, a Constituição prescinde de regulamentação legal para que os juízes e administradores possam efetivar os princípios constitucionais¹¹⁵.

Em certos casos, a lei será o único fundamento da atuação administrativa; mas, em outras situações, os princípios constitucionais poderão ser utilizados para motivar condutas não expressas na lei, ou, em situações mais remotas, até contra textos legais, desde que o intérprete justifique a incompatibilidade da lei com os dispositivos da Constituição¹¹⁶.

Em resumo, o neoconstitucionalismo acabou por transformar a tradicional ideia de legalidade estrita, dando lugar ao primado da vinculação dos atos administrativos à juridicidade, que alçou os princípios jurídicos à qualidade de normas jurídicas diretamente aplicáveis pelo Poder Judiciário.

3.3 O SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A doutrina administrativa atual consente em reconhecer ao menos três elementos essenciais ao serviço público, segundo Grotti¹¹⁷: 1º) a presença de uma pessoa jurídica de direito público na atividade, ainda que indiretamente; 2º) o atendimento de uma necessidade social; e 3º) a presença de um regime jurídico especial apto a conferir agilidade e máxima satisfação das necessidades públicas.

¹¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 70.

¹¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 71.

¹¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 71.

¹¹⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 42.

Sob uma perspectiva formalista, a autora afirma que cabe a cada nação – por meio de seu processo legislativo – definir o que será serviço público, de acordo com suas peculiaridades e necessidades sociais¹¹⁸:

[...] não há um serviço público por natureza ou por essência. Só o serão as atividades que estiverem definidas na Constituição Federal – ou na própria lei ordinária, desde que editada em consonância com as diretrizes ali estabelecidas –, decorrendo, portanto, de uma decisão política.

[...] Na Constituição Federal atual dois critérios são frequentemente atribuíveis a tal expressão: o sentido orgânico ou subjetivo, com **significado de aparato administrativo do Estado** (arts. 37, XIII; 39, § 7º; 40, III, 40, § 16; 136, § 1º, II; ADCT art. 2º, § 1º; art. 8º, § 4º; 19 e 53) e o objetivo, **significando uma modalidade de atividade de natureza pública** (arts. 21, X, XI, XII, XIV; 30, V 37, § 6º; 54, I, “a”; 61, § 1º, II, “b”; 139, VI; 145, II; 175; 198; 202, § 5º; 223; 241; ADCT art. 66). (grifo nosso)

Observando a Constituição brasileira de 1988, percebe-se que ela não é unívoca quanto ao conceito de serviço público. O texto constitucional cita o termo “serviço público” em diversos contextos, ora sobre o viés de atividade econômica divisível e remunerada (art. 145, II e art. 175), ora com o significado de Administração Pública em sentido orgânico (art. 37, XIII); em outros trechos, trata das atividades de saúde como serviços públicos propriamente ditos (art. 198), além de admitir que este tipo de serviço seja prestado também pela iniciativa privada, de maneira regulada, quando então as denomina de “serviços de relevância pública” (art. 197). Veja-se:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de **remuneração de pessoal do serviço público**; (...)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...)

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos **serviços de relevância pública** aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; (...)

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...]

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de **serviços públicos específicos e divisíveis**, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. (...)

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a **prestação de serviços públicos**; (...)

Art. 197. São de relevância pública as ações e **serviços de saúde**, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e **serviços públicos de saúde** integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) (grifo nosso)¹¹⁹

¹¹⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 88-89.

Todavia, Grotti¹²⁰ identifica uma diferença no rol de atividades às quais a Constituição denomina de serviços públicos, qual seja, a titularidade sobre o seu exercício. Atividades privativas do Estado são aquelas que a ordem jurídica só permite a sua execução pela própria Administração Pública ou através de delegatários. Já as atividades não-privativas são aquelas que podem ser exercidas pelos particulares concomitantemente com o Poder Público, sem a necessidade de haver delegação. No entanto, estas últimas caracterizam-se por sofrerem estreita regulação estatal, dada a sua relevância social acentuada (a exemplo dos serviços de saúde e previdência privada).

As “atividades de natureza pública” prestadas pelo mercado privado não são consideradas como serviço público. Não obstante, isso não significa que tais atividades não sejam serviço público quando prestadas pelo Poder Público; tanto é que a Constituição de 1988 trata expressamente os serviços de saúde (não-privativos) fornecidos pelo Estado como serviços públicos, assim como determina que o Estado deverá prestar obrigatoriamente serviço de educação infantil, que se faz sob regime jurídico de Direito Público¹²¹.

A característica fundamental para se conceituar determinada função como “serviço público”, segundo Grotti, é a assunção pelo Estado de sua titularidade, seja exercendo-o diretamente ou condicionando o exercício pelos particulares a uma prévia delegação ou regulamentação, processo denominado pela doutrina de “ato de *publicatio*”¹²². Nesse sentido, aquilo que for definido como serviço público pela Carta Magna não poderá ser suprimido, senão mediante processo legislativo formal¹²³:

A expressa referência constitucional de alguma atividade como serviço público elimina qualquer objeção que se pudesse fazer à sua identificação como tal, além de inviabilizar a sua supressão sem a correspondente reforma constitucional. Existirá serviço público porque assim foi determinado pela Constituição. (grifo nosso)

Essa também é a opinião de Marçal Justen Filho¹²⁴, segundo o qual:

Discutir serviço público conduz a enfrentar questões políticas e jurídicas essenciais. Trata-se de definir a função do Estado, seus limites de atuação e o âmbito reservado

¹¹⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF.

¹²⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 88-89.

¹²¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 96-98.

¹²² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 25.

¹²³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 88-89.

¹²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 733.

à livre iniciativa dos particulares. **Essa é uma questão histórica, e cada Estado desenvolve um modelo peculiar. O elenco de serviços públicos reflete determinada concepção política. A Constituição de cada país identifica a disciplina adotada para o serviço público e a atividade econômica.** (grifo nosso)

Portanto, são a Constituição e as leis formais quem delimitam o que é serviço público no Brasil. Para os objetivos deste trabalho, é suficiente tratar os serviços prestados diretamente pelo Estado sob regime de direito público, que são os únicos nos quais há cargos públicos efetivos.

3.4 O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE MANTER SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO

Os serviços públicos sujeitam-se a um regime jurídico comum – sejam eles prestados diretamente pelo Estado ou através de seus delegatários – composto por regras e princípios que lhe conferem identidade própria no sistema jurídico. Justen Filho¹²⁵ atribui a Louis Rolland a criação dos princípios originais do serviço público, autor este filiado à mesma escola de León Duguit. São eles, em síntese, a continuidade, a mutabilidade, e a isonomia entre os usuários. Segundo a Grotti¹²⁶, as “Leis de Rolland” foram desenvolvidas ao longo dos anos pela doutrina e jurisprudência, que inclusive criaram outros princípios além daqueles idealizados inicialmente pelo francês, a depender do ordenamento jurídico de cada nação.

No Brasil, a Constituição de 1988 – em seu art. 175, IV –, atribuiu ao Poder Público “a obrigação de manter serviço adequado”, cabendo a legislação ordinária detalhar os contornos dessa obrigação. A fim de regulamentar o dispositivo constitucional, o Poder Legislativo editou a Lei nº 8.987/1995¹²⁷, que detalhou o mandamento constitucional em seu art. 6º, § 1º, nos seguintes termos: “*Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.*” (grifo nosso).

O princípio da “**continuidade**” significa que o serviço público não pode sofrer interrupções, ressalvadas as exceções explícitas na lei, haja vista que as necessidades coletivas exigem a sua contínua prestação, não podendo a sociedade ficar a mercê de pausas frequentes

¹²⁵ ROLLAND, Louis. Précis de droit administratif. 10e éd., nouveau tirage, avec addenda de mise à jour au 15 août 1955. Paris: Dalloz, 1953 apud JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 740.

¹²⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 254-256.

¹²⁷ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências*. Brasília, DF.

em seu fornecimento, sob pena de grandes prejuízos sociais (a exemplo dos serviços de distribuição de água)¹²⁸. O mesmo princípio também justifica que o Poder Público tome as medidas necessárias à manutenção do funcionamento da atividade, a exemplo da remoção de obstáculos que porventura atrapalhem a realização do serviço¹²⁹.

O princípio da “**regularidade**” significa que o Estado ou seus delegatários devem prestar os serviços públicos de maneira congruente aos regramentos jurídicos que o regem. Significa um dever de respeito, pelos agentes e autoridades públicas responsáveis pelo serviço, às normas jurídicas que disciplinam a atividade¹³⁰.

O princípio da “**generalidade**”, também chamado de universalidade por Grotti¹³¹, e de igualdade por Justen Filho¹³² determina que o serviço público seja acessível a todos os usuários que atenderem as condições pré-estabelecidas de utilização, sem discriminações ilegítimas por parte dos prestadores do serviço. A autora identifica a presença desse princípio no art. 196 da própria Constituição de 1988, que determina que “*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário às ações e serviços** para sua promoção, proteção e recuperação*” (grifo nosso).

O princípio da “**modicidade**” se aplica somente aos serviços públicos remunerados, haja vista que a Constituição de 1988 estabelece a existência de serviços públicos gratuitos (a exemplo da educação básica obrigatória)¹³³ bem como admite a existência de serviços públicos não-gratuitos, remuneráveis mediante tarifa. O princípio da modicidade, portanto, possui como razão de ser a facilitação do amplo acesso da população aos serviços, por meio de preços reduzidos, de modo a se evitar que tais atividades acabem se restringindo a uma pequena elite detentora de maiores recursos financeiros, o que contrariaria a ideia de interesse coletivo¹³⁴. Justen Filho¹³⁵ afirma, inclusive, ser possível a imposição de subsídios estatais ao

¹²⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 260-261.

¹²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 741.

¹³⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 287-288.

¹³¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 288-289.

¹³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 740.

¹³³ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 208, I e § 1º.

¹³⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 290-291.

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 740.

custo das tarifas, haja vista que a essencialidade de determinados serviços justifica a atenuação do seu custo aos mais necessitados, para que não se impeça a fruição de direitos fundamentais (como o direito à vida, impensável sem o acesso à água).

Já o princípio da “**segurança**” impõe que o serviço público seja prestado com a utilização de instrumentos preventivos contra ocorrência de danos aos usuários. Por sua vez, o princípio da “**atualidade**” foi especificado em dispositivo próprio da Lei Federal nº 8.987/1995, que assim dispõe em seu art. 6º, § 2º: “*A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço*”. Portanto, tal norma significa o dever que o Poder Público possui de acompanhar a evolução das modernizações sociais, de modo a se evitar que a atividade fique obsoleta e, portanto, inútil¹³⁶.

O princípio da “**cortesia**”, por seu turno, significa o dever que possuem os agentes públicos de tratarem de maneira urbana a população usuária do serviço, haja vista que o exercício da função pública é um dever do agente, e não um favor; em outras palavras, os representantes do Estado devem tratar com dignidade a população que os remunera, seja diretamente (através de tarifas) ou indiretamente (através de impostos)¹³⁷.

Por derradeiro, e de especial importância para a discussão deste trabalho, há o princípio da “**eficiência**”, presente na Lei Federal nº 8.987/1995 e alçado a princípio constitucional da Administração Pública após a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, quando foi inserido no “caput” do art. 37 da Constituição.

Na visão de Hely Lopes Meirelles¹³⁸, a vinculação do Estado ao princípio da eficiência significa que **a conduta administrativa deve produzir resultados satisfatórios para a população**, não se limitando somente ao cumprimento formal da lei:

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. **É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.** O princípio deve ser entendido e aplicado no sentido de que a atividade administrativa (causa) deve buscar e produzir um resultado (efeito) razoável em face do atendimento do interesse público visado. (grifo nosso)

¹³⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 293-295.

¹³⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 299.

¹³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 105.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁹, tal princípio seria decorrente de um princípio mais antigo e mais amplo, surgido no Direito Italiano, qual seja, o “*princípio da boa administração*”. O autor cita a obra do jurista italiano Guido Falzone¹⁴⁰ publicada no ano de 1953, que reconhecia a existência deste princípio desde aquela época, nos seguintes termos:

Este último significa, como resulta das lições de Guido Falzone, em desenvolver a atividade administrativa “**do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto**”. Tal dever, como assinala Falzone, “**não se põe simplesmente como um dever ético ou como mera aspiração deontológica, senão como um dever atual e estritamente jurídico**”. (grifo nosso)

Assim, seja como “*princípio da eficiência*” ou “*princípio da boa administração*”, esta norma se encontrava presente no ordenamento jurídico brasileiro ao menos desde a publicação do Decreto-Lei 200/1967¹⁴¹, ainda que de modo mais limitado e específico. O art. 26, III do Decreto-Lei 200/1967 estabeleceu que a função governamental de “*supervisão ministerial*” deve objetivar a garantia da **eficiência administrativa** dos entes da Administração Indireta; assim como já estabelecia em seu art. 100 a ordem para instauração de processos administrativos disciplinares contra “*servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem*”.

Relacionando-se com esse contexto, é pertinente a posição de Juarez Tavares¹⁴², o qual defende a existência de um direito fundamental à boa administração pública, que consiste, em apertada síntese, no dever do gestor público manejar os poderes que lhe são conferidos por lei para cumprir as regras legais e os princípios jurídicos, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais. Assim define o autor:

[...] trata-se do *direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas*. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades. (grifo do autor)

Como foi observado, na ordem constitucional brasileira, serviços públicos gratuitos como saúde e educação devem ser mantidos adequadamente, o que significa que devem respeitar as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade,

¹³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 122-123.

¹⁴⁰ FALZONE, Guido. *Il Doveri di Buona Amministrazione*. Milão, Giuffrè: 1953 apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 122.

¹⁴¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*. Brasília, DF.

¹⁴² FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 21.

generalidade e cortesia na sua prestação, além de efetivarem direitos fundamentais, de modo que não podem ser interrompidos ou defasados por mera opção do gestor público.

3.5 VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE NAS COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS

Neste item, será abordado o significado da discricionariedade, bem como os seus aspectos e limitações perante a juridicidade.

Há na doutrina administrativista brasileira uma dicotomia bastante sedimentada que divide as normas administrativas entre vinculadas ou discricionárias. Partindo da premissa de que o Poder Público somente pode agir em conformidade com a juridicidade (regras e princípios), cumpre investigar o que diz a doutrina sobre os aspectos normativos de ambos os conceitos.

Hely Lopes Meirelles¹⁴³ afirma que a diferença entre vinculação e discricionariedade consiste no grau de liberdade conferido pela norma ao administrador, que, segundo ele, é quase inexistente nos atos vinculados, e significativa nos atos discricionários. Eis a sua definição:

[...] Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.

[...] Atos discricionários são os que a Administração autorizada pela lei, pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização. (grifo nosso)

Di Pietro¹⁴⁴ apresenta raciocínio semelhante, enfocando o aspecto de que nos atos vinculados a lei determina uma única conduta possível ao agente público, e nos atos discricionários a lei permite ao agente mais de uma solução ao caso. A autora defende que a discricionariedade é uma necessidade pragmática, pois confere uma maior flexibilidade à atuação do servidor na consecução do interesse público, tendo em vista que as leis não são capazes de regular todos os casos reais nos quais o administrador é chamado a decidir, de modo que é benéfico haver um certo grau de maleabilidade na atuação do gestor público para

¹⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 191-192.

¹⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 221-222.

que se evite indesejáveis entraves burocráticos. No entanto, nem todos os elementos dos atos discricionários seriam totalmente livres, pois a competência do agente, a forma e a finalidade do ato seriam sempre aspectos vinculados, enquanto o motivo e o objeto do ato admitiriam certo grau de discricção¹⁴⁵.

Por sua vez, Juarez Tavares¹⁴⁶ sustenta que não existem atos puramente discricionários. Ou a competência administrativa é vinculada a uma regra (com alto grau de definição semântica na conduta a ser praticada), ou a competência é vinculada a princípios (que admitem relativa margem de liberdade decisória do gestor), mas em todos os casos, a atuação do gestor público estaria sujeita às normas constitucionais, e a elas o agente não pode desbordar. É o que se entende por **vinculação administrativa à juridicidade**.

Já Bandeira de Mello¹⁴⁷ trata da matéria de maneira mais detalhada, identificando que *atos administrativos vinculados são aqueles que possuem estrita objetividade quanto aos pressupostos fáticos de aplicação e uma completa definição do comportamento a ser praticado pelo agente público, que será único e obrigatório*. O autor observa, portanto, a existência de dois elementos numa norma jurídica administrativa, quais sejam, a hipótese de incidência e o mandamento. O ato administrativo vinculado é aquele que possui tanto a hipótese de incidência quanto o comando descritos de maneira completa e unívoca. Basta haver plurivocidade ou indeterminação em qualquer um desses elementos que o ato administrativo será **discricionário**.

O autor ressalta que são raros os casos em que a lei é completa e unívoca quanto aos pressupostos fáticos ou quanto ao comando da norma. Na maioria das vezes, o que ocorre é que a lei define a hipótese de incidência normativa indeterminadamente. Já em outras situações, a lei pode chegar a ser exata na descrição da hipótese de incidência, mas outorga uma margem maior de decisão ao administrador no mandamento¹⁴⁸.

Um exemplo de norma que possui ambos os elementos completos é o art. 14 da Lei Federal nº 9.784/99¹⁴⁹, que dispõe que “*O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.*” Veja-se que a hipótese de incidência da norma são os “atos administrativos de delegação ou revogação”, facilmente distinguíveis dentre as espécies de

¹⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 221-222.

¹⁴⁶ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 42.

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 17.

¹⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 17.

¹⁴⁹ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*, Brasília, DF.

atos administrativos; já o mandamento é “deverão ser publicado em meio oficial”, igualmente distinguível entre os meios existentes de publicação. Portanto, tem-se uma norma de competência vinculada, unívoca.

Por outro lado, há normas que possuem indeterminação ou plurivocidade na hipótese de incidência ou mandamento, ou em ambas; exemplo disso é o art. 45 da mesma Lei Federal nº 9.784/99, que prevê que “*Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado*”. Perceba-se que a hipótese de incidência “*risco iminente*” não é exata em seu conteúdo, cabendo ao administrador reconhecer no mundo real as situações que ele considerar como risco, e ainda as que ele considerar como iminente. Por sua vez, o mandamento da norma “*poderá*” é plurívoco, pois permite ao agente público tanto realizar a ação prevista como se abster de fazê-la. Trata-se de uma norma tipicamente discricionária.

Bandeira de Mello acrescenta uma terceira causa geradora de discricionariedade administrativa, que é a *fluidez da finalidade da norma*, que ocorre quando a norma carrega valores jurídicos em palavras “*plurissignificativas*”, como “segurança jurídica” e “moralidade”, o que ocorre com os conceitos jurídicos indeterminados e com os princípios jurídicos¹⁵⁰. Tais normas, por serem fluidas, podem ser aplicadas em graus e medidas variáveis¹⁵¹. Assim, o autor descreve que as causas da discricionariedade ensejam um “*juízo subjetivo do administrador*” na execução da norma, que pode ser expressado por cinco variáveis diferentes¹⁵²:

- a) à **determinação** ou reconhecimento – dentro de certos limites mais além referidos – **da situação fática** ou
- b) no que concerne a **não agir ou agir** ou
- c) no que atina à **escolha da ocasião asada para fazê-lo** ou
- d) no que diz com a **forma jurídica** através da qual veiculará o ato ou
- e) no que respeita à **eleição da medida considerada idônea** perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal. (grifo nosso)

Em resumo, a norma administrativa discricionária possui cinco vieses discricionários no momento de sua aplicação, segundo a teoria de Bandeira de Mello, quais sejam: a determinação ou reconhecimento da hipótese de incidência da norma; a escolha de praticar ou

¹⁵⁰ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Brasília, DF, Art. 2º.

¹⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 19.

¹⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 17.

não o ato; a escolha sobre o momento da prática do ato; a definição sobre a forma jurídica que se revestirá o ato; e a eleição do tipo de medida jurídica adequada à prática do ato¹⁵³.

De outro lado, a discricionariedade da Administração Pública na observância da finalidade da norma – que se apresenta na aplicação de princípios ou conceitos jurídicos indeterminados – merece uma digressão mais detalhada, razão pela qual será tratada no subitem a seguir.

3.5.1 Discricionariedade na aplicação das normas jurídicas indeterminadas e a delimitação da fluidez conceitual

Bandeira de Mello afirma que o caráter indeterminado de certos conceitos ou princípios jurídicos só existe na norma abstrata, pois, diante das situações concretas, será possível ao intérprete averiguar se a atuação administrativa está ou não compatível com os limites de significado da norma¹⁵⁴.

É necessário destacar que as sociedades humanas organizam-se por meio da linguagem, de modo que é possível identificar – em determinado local e período histórico – o acordo social linguístico feito pelos seres humanos acerca do conteúdo mínimo das palavras que utilizam, ou seja, o significado indiscutível e reconhecível pelos membros do corpo social¹⁵⁵.

Portanto, parte-se da premissa que sempre existirá “*algum conteúdo determinável*” nas normas jurídicas indeterminadas; seja na fluidez presente na hipótese de incidência, no mandamento ou nos princípios jurídicos, será possível delimitar uma “*densidade mínima*” no significado da palavra. Esse argumento se justifica pela constatação de que não se poderia falar na existência de um conceito jurídico se não houvesse qualquer densidade nas palavras, já que o direito precisa ter algum grau de determinação para que possa produzir efeitos sobre a conduta das pessoas; por isso, sempre será possível identificar um “*conteúdo mínimo indiscutível*” na palavra legislada¹⁵⁶.

Bandeira de Mello argumenta que o exame das condutas administrativas permitirá reconhecer uma “*zona de certeza positiva*” e uma “*zona de certeza negativa*” de

¹⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 19.

¹⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 22.

¹⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 30-31.

¹⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 29.

compatibilidade da atuação estatal com a norma jurídica. Dentro de tais zonas, será possível dizer com grau de certeza se os princípios jurídicos foram ou não respeitados pela autoridade competente¹⁵⁷.

Por exemplo, em vários casos concretos, poderá ser aferido com grau de certeza se determinado serviço público está sendo prestado de maneira “*contínua*” ou “*descontínua*”, pela simples verificação se o serviço está sendo interrompido ou não (considerando, obviamente, as eventuais exceções legais). Em outras palavras, a *fluidez* dos conceitos jurídicos indeterminados não é ilimitada, de modo que o agente público não pode aplicá-los em hipóteses desbordantes do significado da palavra legislada¹⁵⁸.

Bandeira de Mello ressalta, no entanto, que a certeza sobre o amoldamento da conduta à norma nem sempre existirá, pois, em determinados casos, as palavras poderão ter uma ambiguidade tal que não será possível dizer se a aplicação do conceito foi correta ou incorreta¹⁵⁹. Para se exemplificar, cite-se a norma de teor altamente genérico constante no art. 65 da Lei Federal nº 9.784/99¹⁶⁰, que faculta à Administração rever de ofício ou a pedido as sanções impostas aos particulares nos casos de haver “*circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada*”. Seria muito difícil a qualquer órgão controlador emitir juízos sobre o que seria e o que não seria *circunstância relevante* suscetível de justificar a inadequação da sanção aplicada. Este, no entanto, é uma das exceções de conceitos jurídicos altamente indeterminados, pois a maioria dos conceitos permite um exame tangível sobre a densidade das palavras.

Portanto, a discricionariedade administrativa encontra-se adstrita ao significado mínimo das normas jurídicas indeterminadas, de modo que a Administração deve conter-se, sempre que possível, dentro da “zona de certeza positiva” da palavra legislada, exercendo a discricionariedade entre opções razoáveis.

Do contrário, caso se entendesse pela ausência de controle da compatibilidade da atuação administrativa com o significado mínimo das normas, compactuar-se-ia com a visão de que as palavras expressas na lei não teriam qualquer força jurídica, e que seriam destituídas

¹⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 30-31.

¹⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 31.

¹⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 23.

¹⁶⁰ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*, Brasília, DF, Art. 65.

de aptidão para limitar o exercício do poder pelo administrador. Neste cenário, o poder conferido à Administração seria absoluto, de maneira a permitir que as autoridades públicas pudessem aplicar conceitos jurídicos como bem lhes favorecessem, inclusive podendo contrariar a finalidade legal pela qual lhes foi atribuída competência¹⁶¹. Certamente não é esta a interpretação mais adequada aos princípios do Estado de Direito.

Em resumo, o administrador, na aplicação da lei, não pode sobrepor sua vontade ao significado razoável da norma jurídica indeterminada. O limite semântico mínimo de aplicação da norma é determinado por aquilo que a palavra é razoavelmente reconhecida no meio social, haja vista que as leis são uma expressão da vontade popular. Por isso, a significação mínima das palavras é um critério que adensa a fluidez dos conceitos jurídicos indeterminados.

3.6 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA REPOSIÇÃO DE VACÂNCIAS DE CARGOS PÚBLICOS EFETIVOS

Feita a análise teórica dos contornos da discricionariedade administrativa, realizar-se-á uma breve digressão a respeito da discricionariedade do gestor na reposição de vacâncias de cargos públicos efetivos no serviço público. Para tanto, será traçado um panorama sobre o conceito de cargo público, a disciplina normativa de acesso e de seu provimento,

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶² afirma que a Constituição de 1988 distribuiu competências administrativas ao Estado em três escalas: a pessoas jurídicas, a órgãos públicos e a servidores estatais. Os servidores podem ser ocupantes de cargos públicos, de empregos públicos ou desempenhar funções públicas.

Cargo público, segundo o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶³,

[...] são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas casas. (grifo nosso)

¹⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 31.

¹⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 604.

¹⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 248-250; 256.

Di Pietro relata que antes da Constituição de 1988 os agentes estatais se denominavam “funcionários públicos”, que eram os indivíduos que se vinculavam ao Estado sob um regime jurídico de direito público, denominado “estatutário”, para desempenhar um conjunto de deveres fixados em lei de maneira permanente, mediante remuneração. Com o advento da Constituição de 1988, o termo “funcionário público” foi substituído por “servidor público”, sujeito que ocupa, portanto, um cargo público¹⁶⁴.

Assim, os cargos públicos são identificáveis pelas seguintes características: são criados diretamente por lei; são exercidos em uma relação perene, ou seja, não eventual; as condições de trabalho e remuneração são regulamentadas por leis específicas, do que resulta que o vínculo jurídico entre servidor e a pessoa jurídica de direito público denomina-se “estatutário”, não se aplicando à eles a lei geral dos trabalhadores do setor privado (CLT)¹⁶⁵.

Os cargos públicos diferem do emprego público. Segundo Di Pietro, o emprego público também contém uma unidade de atribuições, mas diferencia-se por serem regidos pela CLT, sob um caráter contratual típico do direito privado¹⁶⁶. Bandeira de Mello¹⁶⁷ afirma que o regime de emprego público existe nas seguintes situações: para contratação de servidores de empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), que possuem um regime jurídico predominantemente privado e, portanto, adequado ao regime da CLT; ou nos casos de servidores admitidos entre o início da vigência da Emenda Constitucional nº 19 de 04.06.1998 até a data da Medida Cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135¹⁶⁸, em 02.08.2007. Tal decisão suspendeu os efeitos da referida Emenda Constitucional no que diz respeito à alteração da redação do art. 39 da Constituição Federal, que havia suprimido a regra prevista no texto original no que atine à obrigatoriedade de instituição de regime jurídico único para os servidores públicos dos entes federados.

O cargo público difere também da função pública. O exercício da função pública não garante estabilidade aos servidores desta categoria, por ter uma natureza inerentemente temporária. Segundo Di Pietro¹⁶⁹, a Constituição prevê o exercício de funções públicas em

¹⁶⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 604.

¹⁶⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*.

¹⁶⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 604.

¹⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 254-255.

¹⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI-MC 2135/DF. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE (ART.38,IV,b, do RISTF). Data de julgamento: 02/08/2007. Data de publicação: 07/03/2008.

¹⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 604-606.

duas hipóteses: para o desempenho de atribuições de direção, chefia e assessoramento, e para o exercício de atividades por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público¹⁷⁰.

Como visto acima, após a decisão proferida pelo STF na ADI 2135/DF no ano de 2007, a regra do texto original do art. 39 da Constituição voltou à vigência, pelo qual se determinou que os entes federados instituíam regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. O regime jurídico único de direito público impõe a existência de cargos públicos efetivos, típicos de atividades perenes, não eventuais.

Ao tratar sobre a natureza e necessidade dos cargos públicos efetivos, Bandeira de Mello¹⁷¹ leciona que o ordenamento jurídico atribui uma série de “*proteções e garantias*” aos servidores efetivos com o objetivo de propiciar-lhes um exercício isento e técnico no cargo. Caso não houvesse essa gama de proteções, o desempenho das atividades dos servidores ficaria facilmente refém das pressões e ameaças das forças políticas momentâneas, o que ensejaria sério risco de desvirtuamento de suas finalidades públicas. É nesse sentido que o autor assevera a necessidade de existência de cargos públicos efetivos, pois as garantias constitucionais dadas aos servidores estatutários permitem que eles cumpram as finalidades públicas com retidão, independência e isonomia na prestação do serviço público, o que beneficia diretamente a coletividade¹⁷²:

Finalmente, o regime normal dos servidores públicos teria mesmo de ser o estatutário, pois este (ao contrário do regime trabalhista) é o concebido para atender a peculiaridades de um **vínculo no qual não estão em causa tão-só interesses empregatícios, mas onde avultam interesses públicos básicos, visto que os servidores públicos são os próprios instrumentos da atuação do Estado.**

Tal regime, atributivo de proteções peculiares aos providos em cargo público, almeja, para benefício de uma ação impessoal do Estado – o que é uma garantia para todos os administrados [...]. (grifo nosso)

Na esfera federal, coube a Lei nº 8.112/1990 regulamentar o “*caput*” do art. 39 da Constituição, criando o Regime Jurídico Único dos servidores públicos civis federais. A referida lei, seu art. 3º, traz o conceito jurídico de cargo público, segundo a qual é “[...] ***o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que***

¹⁷⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 37, V e IX.

¹⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 254-255.

¹⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 261.

devem ser cometidas a um servidor”. A Constituição Federal, em seu art. 37, I e II, estabelece a regra do acesso democrático aos cargos públicos efetivos a todos aqueles que desejarem ingressar no serviço público, sempre mediante prévia aprovação em concurso público e atendimento aos requisitos legais previstos.

Segundo o art. 37, II da CF/88 e arts. 6º e 7º da Lei nº 8.112/1990, o momento no qual o cargo público é provido chama-se **investidura**, quando o candidato aprovado torna-se servidor público efetivo, materializando o vínculo jurídico através do ato de posse. A investidura, no entanto, depende de prévia nomeação pela autoridade competente¹⁷³, que por sua vez está condicionada à prévia realização de concurso público¹⁷⁴.

O fenômeno contrário, de desocupação do cargo, denomina-se “**vacância**”, e ocorre nas seguintes situações: exoneração, demissão, promoção, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável e falecimento¹⁷⁵.

Segundo a Constituição, a competência¹⁷⁶ para prover cargos públicos federais é do Presidente da República. Atualmente, a atribuição foi delegada para o Ministro da Economia por meio do Decreto 9.739/2019¹⁷⁷, a quem cabe decidir sobre a autorização de realização de concursos públicos na Administração Direta, Autárquica e Fundacional, bem como sobre o provimento dos cargos públicos efetivos:

Art. 27. Fica delegada competência ao Ministro de Estado da Economia, permitida a subdelegação para o Secretário Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia para:

I - autorizar a realização de concursos públicos nos órgãos e nas entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional;

II - decidir sobre o provimento de cargos; e

III - editar os atos operacionais necessários para os fins de que trata este artigo.
(grifo nosso)

Tanto a Constituição Federal quanto a Lei nº 8.112/1990 disciplinam a obrigatoriedade de realização de concurso público como condição necessária para o provimento dos cargos

¹⁷³ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*. Brasília, DF, Arts. 6º, 9º, I e 10.

¹⁷⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 37, II.

¹⁷⁵ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*. Brasília, DF, Art. 33.

¹⁷⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 84, XXV.

¹⁷⁷ BRASIL. Decreto nº 9.739, de 28 de março de 2019. *Estabelece medidas de eficiência organizacional para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, estabelece normas sobre concursos públicos e dispõe sobre o Sistema de Organização e Inovação Institucional do Governo Federal – SIORG*. Brasília, DF, Art. 27.

efetivos. No entanto, não há dispositivo normativo que estabeleça o momento exato para que haja a autorização/realização do concurso público ou a nomeação do candidato aprovado.

Portanto, segundo as lições de Bandeira de Mello¹⁷⁸, afere-se que a norma constitucional que atribui competência à autoridade para dar provimento a cargos públicos – presente no art. 84, XXV da Carta Magna – é duplamente discricionária, pois possui tanto a hipótese de incidência quanto o mandamento plurívocos ou indeterminados.

A hipótese de incidência é discricionária porque nem a lei e nem a Constituição determinaram um momento específico para que haja a reposição da vaga/provimento do cargo. Cabe à autoridade competente identificar a necessidade de repor as vacâncias e definir o momento adequado para autorizar a realização do concurso público (que é condição *sine qua non* para que seja dado provimento original no cargo).

Uma vez reconhecido que a hipótese de incidência da norma (“*necessidade de prover os cargos*”) é discricionária, denota-se, de outro lado, que o mandamento da norma também é relativamente discricionário, pois embora o gestor não possa se esquivar de autorizar a realização do concurso público como condição prévia para o provimento dos cargos, ele poderá definir a quantidade de vagas a serem preenchidas dentre aquelas criadas por lei, além do calendário do certame e o momento de nomeação dos aprovados, o que revela um grau relativo de liberdade decisória.

Ademais, mesmo que se considere a situação hipotética na qual haja um concurso público homologado, vigente, com vagas previstas no edital e candidatos aprovados, a conclusão acima se aplicará parcialmente, pois cabe à autoridade competente, no prazo de validade do concurso, definir o momento oportuno para nomear o candidato aprovado.

Conforme a teoria de Bandeira de Mello¹⁷⁹, o processo de reposição de vacâncias de cargos públicos encontra presente três das cinco variáveis de discricionamento do ato, quais sejam: **o reconhecimento da hipótese de incidência** quanto à necessidade do ato de provimento/realização de concurso; a liberdade de **iniciativa** para prover os cargos ou autorizar a realização de concurso público; e a **escolha sobre o momento** oportuno de prover os cargos. Por outro lado, a definição sobre a **forma jurídica** que se revestirá o ato é vinculada, pois a convocação do certame se dá por “edital” e as nomeações de aprovados são

¹⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 17.

¹⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 19.

feitas por “portaria”; a eleição do “tipo de **medida jurídica** adequada à prática do ato” também é de competência vinculada, pois o provimento de cargos públicos sempre será feito mediante prévio concurso público.

Conclui-se, portanto, que a norma que atribui competência à autoridade para repor vacâncias de cargos públicos possui natureza discricionária, cabendo ao gestor, em regra, decidir o momento oportuno para que haja a nomeação dos candidatos aprovados em certame vigente, ou para que se autorize a realização de novo concurso público.

No entanto, para os fins deste trabalho, entende-se que outras normas constitucionais e infraconstitucionais podem reduzir a discricionariedade do gestor na reposição de vacâncias, como o princípio da eficiência e o dever constitucional de manter serviço público adequado.

Esta questão será tratada no capítulo seguinte.

4. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA MANUTENÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL

Neste capítulo, serão tratadas as controvérsias existentes entre o dever constitucional do Estado de manter serviço público adequado e a discricionariedade administrativa omissiva.

Serão abordados os limites aos gastos com prestações positivas pelo Estado, que devem estar contemplados no orçamento público, bem como serão tratadas as controvérsias atinentes à teoria da reserva do possível e do mínimo existencial.

Adiante, e baseando-se nas ideias apresentadas, serão delineados os fundamentos do controle judicial da discricionariedade administrativa, justificável nas hipóteses em que o agente público ofender direitos fundamentais por comportamento omissivo.

Ao final, serão expostos os requisitos e razões que justificam o controle judicial da omissão administrativa na reposição de vacâncias de cargos públicos.

4.1. DO PODER AO DEVER DISCRICIONÁRIO NA MANUTENÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: A ARBITRARIEDADE POR OMISSÃO

A ordem jurídica brasileira estabelece uma série de prioridades a serem perseguidas pelo Estado com a finalidade de efetivar o interesse público; exemplos disso são os direitos fundamentais à saúde, educação e previdência social, que possuem disposições básicas no texto da Constituição Federal. Tais prioridades comumente são materializadas através da prestação de serviços públicos, exigindo, para tanto, regulamentação legal que confira competências aos órgãos e agentes para que estes desempenhem as atividades prestacionais.

Como foi visto nos capítulos anteriores, o Estado se sujeita à juridicidade, que compreende regras e princípios jurídicos. Princípios jurídicos são mandados de otimização que irradiam seus efeitos sobre a conduta da Administração Pública, devendo ser aplicados de acordo com a máxima possibilidade fática e jurídica.

De acordo com o texto constitucional, o Estado brasileiro possui o dever de manter serviço público adequado¹⁸⁰, bem como se submete ao princípio da eficiência administrativa¹⁸¹, devendo sua aplicação ser a máxima possível.

Segundo Juarez Tavares¹⁸², a Constituição de 1988 estabeleceu “*prioridades vinculantes*” ao Estado de Direito brasileiro, algumas delas com **maior grau de precisão** (a exemplo do dever de providenciar vagas em creches a todas as crianças de até cinco anos de idade¹⁸³), e outras em **grau menor de definição** (como o dever geral do Estado de fornecer serviços públicos de saúde¹⁸⁴). O autor afirma que a margem de discricionariedade no cumprimento das “prioridades vinculantes” pelo administrador não admite que ele possa agir aquém de sua competência constitucional, haja vista que os poderes administrativos lhe são conferidos para que concretize as finalidades legais.

Bandeira de Mello¹⁸⁵, ao analisar as normas constitucionais, defende que as disposições normativas que conferem competências aos agentes e órgãos públicos possuem um caráter de dever, antes de serem um poder. É o que ele identifica como “*função*” em sentido jurídico. Segundo o autor, a idéia de função jurídica

[...] quer designar um tipo de situação jurídica em que existe, previamente assinalada por um comando normativo, uma finalidade a cumprir e que *deve ser* obrigatoriamente atendida por alguém, mas no *interesse de outrem*, sendo que, este sujeito – o obrigado – *para desincumbir-se de tal dever*, necessita manejar poderes indispensáveis à satisfação do *interesse alheio* que está a seu cargo prover. (grifo do autor)

Defende-se, portanto, que a conduta da Administração Pública deve ser pautada por um caráter funcional, e o chamado *poder discricionário* só pode ser empregado para cumprir o “*dever de alcançar a finalidade legal*”. Bandeira de Mello afirma que somente dessa

¹⁸⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 175, “parágrafo único”, III.

¹⁸¹ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências*. Brasília, DF, Art. 6º, § 1º

¹⁸² FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 30-31.

¹⁸³ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 208, IV.

¹⁸⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 196.

¹⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 13.

maneira a discricionariedade poderá ser adequadamente compreendida, principalmente quando se reconhece que o dever precede a existência de um poder¹⁸⁶.

Apresentando um raciocínio similar, Hely Lopes Meirelles compreende a discricionariedade como uma necessária dose de liberdade de atuação ao administrador, que deve ser utilizada unicamente em prol do interesse público¹⁸⁷. Por sua vez, Justen Filho chama atenção para o aspecto de que os poderes públicos não são direitos subjetivos da Administração Pública, tendo em vista que a conduta administrativa no exercício de competências discricionárias somente pode ser compreendida como uma função, criada para se cumprir um fim jurídico¹⁸⁸.

Neste sentido, Juarez Tavares¹⁸⁹ argumenta que existem dois tipos de vícios administrativos no exercício de competência discricionária – que também podem ser identificados na conduta dos Chefes do Poder Executivo. O primeiro vício seria o excesso de discricionariedade (ou “**arbitrariedade por ação**”), que ocorre quando o administrador excede o poder discricionário e atua de modo não autorizado pelo ordenamento jurídico; ou ainda, quando utiliza seus poderes em desvio de finalidade. Já o segundo vício seria a insuficiência de discricionariedade (ou “**arbitrariedade por omissão**”), que ocorre quando o agente público não exerce as competências administrativas que lhe são atribuídas pela ordem jurídica; ou ainda que as exerça, as desempenha de maneira deficiente.

Basile Christopoulos¹⁹⁰ observa que a omissão administrativa frequentemente ocorre no Brasil em relação ao orçamento público, quando o gestor deixa de executar determinada dotação orçamentária autorizada por lei, fenômeno conhecido como “contingenciamento”; neste contexto, percebe-se que a omissão do Poder Executivo em executar despesas autorizadas pelo Legislativo – como a realização de concurso público para repor vacâncias de cargos públicos – acaba resultando em ineficiência de serviços públicos por falta de servidores, causando inevitável descumprimento das finalidades constitucionais, nos moldes

¹⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 15-16.

¹⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 53.

¹⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 244.

¹⁸⁹ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 27.

¹⁹⁰ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 114.

do que ocorreu no Município de Campo Largo no Estado do Paraná em 2019¹⁹¹ e do que vem ocorrendo com o Instituto Nacional do Seguro Social desde 2018¹⁹².

Sabe-se que os serviços públicos gratuitos importam necessariamente na realização de despesas públicas, pois são custeados pelo Estado através da arrecadação de tributos. Segundo a Constituição, o modo de realizar despesas públicas é normatizado por três leis orçamentárias: o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual¹⁹³.

A primeira lei do ciclo orçamentário é o Plano Plurianual. Essa norma possui duração de 04 (quatro) anos e é a lei orçamentária mais genérica, pois tem a função de definir os objetivos de longo prazo para a atividade financeira da Administração Pública¹⁹⁴. A segunda lei do ciclo é a Lei de Diretrizes Orçamentárias, que também disciplina preceitos e finalidades a serem perseguidas pelo Estado e serve de parâmetro para a LOA, mas possui vigência pelo lapso temporal de um ano. A terceira e última lei do ciclo orçamentário é a Lei Orçamentária Anual, que se submete aos preceitos e fins estabelecidos no PPA e na LDO, e tem a função de estimar a arrecadação prevista no ano, estabelecer o limite de gastos públicos e definir as áreas contempladas com a realização de despesas¹⁹⁵.

Os dispositivos que a LOA veicula para autorizar os gestores a realizarem despesas são as *dotações orçamentárias*, que separam os recursos orçamentários em áreas definidas, a fim de serem gastos com as respectivas finalidades previstas¹⁹⁶. Após a promulgação da LOA, o ciclo da despesa pública passa para as mãos do Poder Executivo, que irá – na prática – realizar a execução orçamentária, através de empenhos, liquidações e pagamentos¹⁹⁷.

¹⁹¹ HISING, Ederson; BRODBECK, Pedro. “Hospital infantil de Campo Largo fecha leitos de UTI por falta de médicos”. G1 PARANÁ, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/07/19/hospital-infantil-de-campo-largo-fecha-leitos-da-uti-por-falta-de-medicos.ghtml>. Acesso em: 18 mar. 2020.

¹⁹² ALBUQUERQUE, Filipe. “INSS atrasa mais de 40% dos benefícios. E pode piorar com corrida por aposentadoria”. GAZETA DO POVO, 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/aposentadoria-inss-atraso-beneficios/>. Acesso em: 18 mar. 2020.

¹⁹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Arts. 165, I, II e III.

¹⁹⁴ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 46.

¹⁹⁵ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 47-48.

¹⁹⁶ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 91.

¹⁹⁷ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 61.

Basile Christopoulos¹⁹⁸ identifica algumas finalidades que estes diplomas legais cumprem, em especial, a função de controle, de planejamento e de garantia de direitos fundamentais. A função de “*controle*” remonta as origens inglesas do orçamento público, que foi o mecanismo encontrado pelo Poder Legislativo para exercer vigilância sobre a atuação da Administração Pública; além disso, o controle do orçamento é um procedimento necessário para que se possa verificar o equilíbrio entre despesas e receitas. Por sua vez, a função de “*planejamento*” serve para propiciar ao Estado certo grau de estabilidade e previsibilidade financeira, para que se evite gastos descontrolados e déficits nos cofres públicos. Já a função de “*garantia de direitos fundamentais*” se justifica pela necessidade de concretizar direitos positivados no ordenamento jurídico, que necessitam de arrecadação tributária e devida autorização legal para a sua efetivação, que se dá através da execução de novas políticas públicas ou na manutenção das despesas dos serviços públicos, incluindo-se a admissão de servidores.

A decisão sobre quais prioridades serão contempladas no orçamento é uma escolha de caráter político, tendo em vista que existem múltiplas necessidades e escassos recursos. Portanto, a Constituição atribuiu aos Poderes Legislativo e Executivo, através do devido processo legislativo, a competência de definir quais despesas poderão ser realizadas. No entanto, tais decisões políticas encontram-se condicionadas por limites definidos pela própria Constituição, que prioriza determinadas despesas e lhes vincula percentual mínimo do orçamento¹⁹⁹ (a exemplo da saúde²⁰⁰ e educação²⁰¹).

Por se tratarem de verdadeiros objetivos sólidos do Estado, Juarez Tavares²⁰² entende que as políticas públicas não podem ser tratadas como meros projetos de governos temporários. Na realidade, as políticas públicas advêm de mandamentos advindos do núcleo da ordem jurídica, que devem ser respeitados e cumpridos por todos os poderes constituídos, e não apenas pelo Poder Executivo. E justamente por estarem fixadas na Constituição, não se pode compreendê-las como programas sazonais, que mudam a cada eleição e a cada novo governo. Os direitos fundamentais reconhecidos na ordem jurídica como deveres

¹⁹⁸ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 43-46.

¹⁹⁹ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 70-71.

²⁰⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 198, § 2º.

²⁰¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 212.

²⁰² FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 33.

prestacionais devem ser tratados como verdadeiros programas de Estado, de caráter estável e permanente.

Aragão²⁰³ reconhece que o Poder Executivo, por lidar com a realidade social mais diretamente, é o poder com mais expertise para mensurar e definir quais são as necessidades sociais prioritárias a serem atendidas pelo Estado por meio das políticas públicas. Portanto, em regra, não deve o Poder Judiciário determinar – por decisões jurisdicionais – que sejam criadas políticas públicas, por não ser essa a sua função finalística. **No entanto, isso não significa que os serviços públicos existentes não possam ser exigidos judicialmente, no caso de a prestação deficitária do serviço mantido colocar em risco o mínimo existencial da vida dos cidadãos.** Assim sustenta o autor:

Não que deva ser descartada de forma absoluta a **imposição judicial de prestações de serviço público para assegurar direitos fundamentais, o que só é admissível, contudo, nos casos concretos excepcionais em que a omissão estatal estiver atingindo a dignidade da pessoa humana**, o que não se dá simplesmente quando a pessoa não tem como usufruir uma prestação relevante, mas sim quando a ausência desta colocar em risco o mínimo existencial ou o núcleo essencial do direito fundamental em questão.²⁰⁴

Assim, um exemplo nítido de “arbitrariedade por omissão” é a conduta do Chefe do Executivo de determinado ente no qual haja manifesta escassez de médicos e enfermeiros, ocasionada por excesso de vacâncias, e ocorra abstenção deste gestor em não autorizar a reposição dos cargos vagos, mesmo havendo dotação orçamentária autorizada pelo Parlamento, prejudicando assim a eficiência dos hospitais e unidades de saúde por insuficiência da força de trabalho. Neste caso, se há vagas e autorização orçamentária para admissão, percebe-se que o princípio da eficiência não está sendo aplicado em sua máxima possibilidade devido a mero arbítrio político; segundo Alexy²⁰⁵, os princípios são mandados de otimização que devem ser aplicados “*na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*”. A inércia do gestor nesses casos ofende os direitos fundamentais das pessoas dependentes do serviço público, ora deficitário, se revelando como evidente inconstitucionalidade por omissão.

Feita a análise do dever discricionário na gestão de serviços públicos ligados a direitos fundamentais e da arbitrariedade administrativa por omissão, cabe analisar as possibilidades de controle judicial do referido vício jurídico.

²⁰³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 535

²⁰⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 537

²⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 90.

4.2. A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL: A FALTA DE PESSOAL NO SERVIÇO PÚBLICO E A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL

Após a publicação da Lei Federal nº 7.347/1985²⁰⁶, houve uma considerável ampliação no sistema de acesso à justiça no Brasil, momento no qual o ordenamento jurídico brasileiro passou a permitir ações coletivas e dispensou a exigência de esgotamento das instâncias administrativas para postulação em juízo. Poucos anos depois, com o advento da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro atribuiu aos juízes a tarefa de realizar exames de juridicidade, não mais de mera legalidade, impondo ao Poder Judiciário o papel de garantidor no cumprimento dos princípios constitucionais²⁰⁷.

Além do mais, a Carta Magna conferiu ao Ministério Público relevantes missões institucionais, em especial o dever de “*zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia*”. Dentre os instrumentos cabíveis para a correção de atos lesivos à coletividade, está a Ação Civil Pública, a qual o Ministério Público possui competência para promovê-la visando “*a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*”²⁰⁸.

Percebe-se, assim, uma significativa evolução do sistema jurídico quanto à amplitude de vigilância do Poder Judiciário, que antigamente, no caso dos atos discricionários, estava adstrito a exames de incompetência ou excesso de poder dos administradores (segundo a tradição advinda da Lei nº 221/1894)²⁰⁹. No novo constitucionalismo brasileiro, a inafastabilidade de jurisdição²¹⁰ é uma garantia fundamental que atribui ao Judiciário o dever de exercer o controle jurisdicional sobre lesões ou ameaças de lesões a direitos, não podendo

²⁰⁶ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências*. Brasília, DF,

²⁰⁷ BALLAN JUNIOR, Octahydes. *Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa: Limites ao poder de decisão do administrador visando a implementação de direitos fundamentais sociais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 101.

²⁰⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 129,II.

²⁰⁹ BRASIL. Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894. *Completa a organização da Justiça Federal da Republica*. Art. 13, § 9º, “a” e “b”.

²¹⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 5º, XXV.

o juiz se abster de decidir acerca de violações a direitos fundamentais perpetradas pelo Poder Público. Neste sentido, ensina Ballan Junior²¹¹:

De fato, a Constituição Federal erigiu o ser humano como seu norte magnético, a orientar toda a atuação estatal, inclusive do Poder Judiciário. Assim é que a dignidade da pessoa humana foi prevista como fundamento da República federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, III, CF.

Todo ato (comissivo ou omissivo) que venha a violar ou a ameaçar o postulado da dignidade da pessoa humana (e a negação de direito fundamental ameaça) é questionável em juízo, não se tratando de mera faculdade senão um dever do Judiciário agir, seguindo assim o norte magnético constitucional, como protetor da dignidade e dos direitos fundamentais que todo juiz tem o dever de ser. (grifo nosso)

Diante do desafio causado pela arbitrariedade por omissão, a questão que se levanta é saber se o Poder Judiciário pode determinar a correção das omissões discricionárias e ordenar que o Poder Executivo reponha as vacâncias de cargos públicos efetivos, para que cumpra o dever constitucional de manter serviço público adequado, seja através de condenação do Estado para realização de concurso público, seja para nomeação de candidatos aprovados em concurso vigente.

Para que isso seja possível, Basile Christopoulos observa que a apreciação de ações judiciais que visem a execução forçada de despesa pública deve levar em conta o **fator orçamentário**; ou seja, o julgador deve considerar como ponto inevitável para a resolução do litígio se há autorização do Poder Legislativo para a efetivação da despesa pública em questão, haja a vista a regra constitucional²¹² de que toda despesa deve ser autorizada no orçamento público²¹³.

Nos casos em que a prestação do direito fundamental reclamado não estiver ao menos prevista no orçamento, não haverá cabimento de controle judicial, haja vista que o Poder Judiciário não possui atribuição constitucional de criar políticas públicas.

No entanto, diferentemente ocorrerá com as situações em que a despesa pública já foi autorizada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Executivo, e se verificar que o gasto não está sendo executado por comportamento omissivo do gestor, enquanto os cidadãos sofrem os

²¹¹ BALLAN JUNIOR, Octahydes. *Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa*: Limites ao poder de decisão do administrador visando a implementação de direitos fundamentais sociais. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 117-118.

²¹² BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 167.

²¹³ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública*: estrutura, função e controle judicial. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 114.

prejuízos em seus direitos fundamentais por ineficiência do serviço público. Nesses litígios, o Juiz deverá decidir qual valor jurídico deve prevalecer: o poder discricionário do administrador (omisso) ou o cumprimento nas normas que efetivam direitos fundamentais. Sendo o caso de omissão inconstitucional, Basile Christopoulos²¹⁴ defende que o Juiz possui legitimidade para determinar a execução forçada da despesa pública, desde que se trate de despesa pública de natureza fundamental (**como os serviços públicos de saúde e previdência social**) e que esteja autorizada no orçamento, pois:

É inadmissível que diante de situações tão emergentes e com recursos públicos disponíveis o Estado simplesmente escolha não agir e não executar parte do orçamento. Neste sentido, Sabbag afirma que é preciso que a discricionariedade na gestão pública encontre *limites* nos princípios informadores do Estado de direito e nas diretrizes do orçamento. Isto é, se os direitos sociais, como todos os direitos fundamentais, no dizer de Alexy, devem ser implementados na sua máxima potencialidade, não há razão para que os orçamentos não se executem nas áreas sociais onde há mais necessidades a ser satisfeitas. (grifo do autor)

Neste contexto, Ballan Junior²¹⁵ afirma que existem dois fatores que limitam a discricionariedade administrativa e permitem seu controle judicial, ambos derivados do neoconstitucionalismo: a “**aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais**” e a garantia do “**mínimo existencial**”.

O primeiro fator que limita a discricionariedade do gestor público é o dever de implementação dos **direitos fundamentais**. Ballan Junior²¹⁶ cita Luís Roberto Barroso ao apontar que uma das grandes transformações ocorridas no pensamento jurídico moderno foi a atribuição de força jurídica ao texto constitucional, em contraste com o antigo desprezo dado à Carta Política. Atualmente, os direitos fundamentais estampados na Constituição brasileira integram o núcleo central da República, qual seja, a dignidade da pessoa humana; e considerando a garantia da inafastabilidade de jurisdição, a efetivação dos direitos fundamentais tanto pode ser exigida judicialmente como deve condicionar a atuação do Poder Público.

Por isso, no Estado constitucional brasileiro hodierno, não são apenas os excessos de poder que autorizam o controle judicial, mas também as omissões violadoras de direitos

²¹⁴ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 120.

²¹⁵ BALLAN JUNIOR, Octahydes. *Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa: Limites ao poder de decisão do administrador visando a implementação de direitos fundamentais sociais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 19.

²¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 253 apud BALLAN JUNIOR, Octahydes. *Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa: Limites ao poder de decisão do administrador visando a implementação de direitos fundamentais sociais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 25.

fundamentais²¹⁷ – perpetradas por gestores públicos –, haja vista que a Carta Magna é expressa em definir que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, não podendo a lei excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito²¹⁸.

O segundo fator que afunila a discricionariedade administrativa é o dever estatal de garantir o “**mínimo existencial**” dos indivíduos. Ballan Junior aponta que o mínimo existencial consiste nas condições materiais mínimas a uma vida digna, compreendendo-se as necessidades básicas do indivíduo. Tal conceito, segundo observa o autor, deriva da dignidade da pessoa humana, e foi regulamentado no Brasil através do Decreto Legislativo nº 226/1991 e do Decreto Federal nº 591/1992, que aprovaram o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²¹⁹. Os referidos Decretos positivaram normas no direito brasileiro que detalham os elementos do mínimo existencial, a saber:

ARTIGO 11

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (grifo nosso)

Em vista disso, Ballan Junior²²⁰ sustenta que o *mínimo existencial* é uma finalidade que deve conformar a atuação de todos os poderes constituídos, seja na edição de leis pelo Poder Legislativo, seja pela execução de políticas públicas pelo Poder Executivo, seja pelo controle judicial de ações ou omissões violadoras desses direitos. O mínimo existencial é o conjunto de condições materiais essenciais que pressupõem o direito à vida e integram o núcleo da dignidade da pessoa humana. Por esta razão, trata-se de direito exigível do Estado, que possui orçamento para tal, não sendo aceitável a mera alegação de discricionariedade administrativa para que se negue a implementação das condições mínimas de vida aos indivíduos.

²¹⁷ BALLAN JUNIOR, Octahydes. *Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa: Limites ao poder de decisão do administrador visando a implementação de direitos fundamentais sociais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 26.

²¹⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 5º, XXXV e § 1º.

²¹⁹ BALLAN JUNIOR, Octahydes. *Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa: Limites ao poder de decisão do administrador visando a implementação de direitos fundamentais sociais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 29-30.

²²⁰ BALLAN JUNIOR, Octahydes. *Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa: Limites ao poder de decisão do administrador visando a implementação de direitos fundamentais sociais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 31.

Uma das justificativas frequentemente utilizadas pela Administração Pública para se abster de concretizar direitos fundamentais é o argumento da *reserva do possível*. Tal conceito se originou de um litígio julgado pela Corte Constitucional da Alemanha, no qual firmou-se a tese de que os direitos sociais podem ser exigidos desde que a pretensão se situe na esfera razoável do que o Estado pode prestar a toda sociedade. Se o bem jurídico em questão não puder ser concedido a qualquer indivíduo que o requeira – no julgado alemão, tratava-se de educação superior –, haverá de ser respeitada a limitação da reserva do possível²²¹.

Alguns autores brasileiros já ensaiaram a conceituação do que seria a reserva do possível. Ana Paula de Barcellos²²² compreende esse conceito sob dois aspectos, um *fático*, relacionado à inexistência de dinheiro, e um *jurídico*, relacionado à ausência de autorização orçamentária para a despesa, ainda que haja dinheiro em outras pastas do orçamento:

A rigor, sob o título geral da *reserva do possível* convivem ao menos duas espécies diversas do fenômeno. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária, e pode ser identificado como uma *reserva possível fática*. É possível questionar a realidade dessa espécie de circunstância quando se trata do Poder Público, tendo em conta a forma de arrecadação de recursos e a natureza dos ingressos públicos. Seja como for, a inexistência absoluta de recursos descreveria situações em relação às quais se poderia falar de *reserva do possível fática*. O segundo fenômeno identifica uma *reserva do possível jurídica* já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular. (grifo da autora)

Barcellos²²³ alerta que o argumento da reserva do possível é repetidamente empregado pelo Poder Executivo no Brasil como uma “carta coringa” para negar direitos sociais e se esquivar de qualquer controle judicial. Conforme relata a autora, a Fazenda Pública costuma levantar a tese da reserva do possível sem motivação fundamentada que comprove indisponibilidade orçamentária, o que dificulta o exame da motivação da omissão administrativa.

Conforme destaca Juarez Tavares²²⁴, a motivação dos atos administrativos é uma garantia da sociedade contra decisões ou omissões arbitrárias, pois permite aos cidadãos e aos órgãos de controle averiguar se a conduta administrativa foi embasada – ou não – em

²²¹ BALLAN JUNIOR, Octahydes. *Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa: Limites ao poder de decisão do administrador visando a implementação de direitos fundamentais sociais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 44.

²²² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 277-278.

²²³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 278.

²²⁴ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 70-71.

pressupostos fáticos verdadeiros e em razões jurídicas válidas. Assim, no que se refere a gestão de políticas públicas, não basta ao administrador alegar genericamente “falta de recursos” como justificção suficiente para negar direitos e se omitir nas suas atribuições. Ao contrário, cabe ao gestor público explicitar de maneira fundamentada as razões para os atos que praticar. Segundo o autor, “*esquadrinhar a suficiência da motivação é elemento essencial para o controle*”.

Nessa esteira de pensamento, Ballan Junior²²⁵ esclarece que a teoria da reserva do possível foi importada para o Brasil e empregada de maneira distorcida pela Administração, que na maioria das vezes utiliza esse argumento sem apresentar quaisquer demonstrações objetivas de que os recursos orçamentários seriam de fato insuficientes para custear as prestações requeridas. Segundo o autor, o acolhimento deste tipo de alegação genérica não é compatível com a ordem jurídica, haja vista que **o sistema processual civil brasileiro impõe que cabe ao réu alegar os fatos impeditivos do direito do promovente, conforme dispõe o art. 129, II da Lei Federal nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil)**²²⁶. Assim, a cláusula da reserva do possível somente será legítima caso a Fazenda Pública demonstre documentalmente que não há norma orçamentária autorizativa para a despesa, ou, se houver, a negativa da pretensão autoral somente se justificará se o Estado demonstrar que a dotação orçamentária existente para aquele ano já fora esgotada. Do contrário, a mera falácia retórica – sem fundamentação plausível – não pode ser utilizada para negar a efetivação de direitos ligados ao mínimo existencial²²⁷ (como a saúde e previdência social), visto que estes são prioridades vinculantes da República.

O Estado, de fato, deve cumprir as finalidades constitucionais de acordo com a disponibilidade material de recursos, haja vista que o orçamento público é dividido em diversas aplicações, como educação, cultura, esporte, publicidade, saúde, infraestrutura, etc. No entanto, tal reserva do possível não pode ser imposta a direitos fundamentais, pois a negação do mínimo existencial aos cidadãos (ex: saúde) concomitante com a realização de gastos públicos supérfluos (ex: publicidade institucional) ofende à ordem de prioridades definidas pela Constituição Federal. É por essa razão que Ricardo Lobo Torres, citado por Aragão, afirma que as despesas públicas “*Encontram-se sob a reserva do possível e*

²²⁵ BALLAN JUNIOR, Octahydes. *Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa: Limites ao poder de decisão do administrador visando a implementação de direitos fundamentais sociais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 47.

²²⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF.

²²⁷ BALLAN JUNIOR, Octahydes. *Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa: Limites ao poder de decisão do administrador visando a implementação de direitos fundamentais sociais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 47-48.

*constituem meras diretivas para o Estado, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial (...)*²²⁸.

Por outro lado, sendo o caso de omissão inconstitucional, a condenação judicial da Administração Pública na obrigação de executar despesa autorizada em lei se justifica também por outro motivo: o Poder Legislativo é o órgão político com maior representação democrática, e, portanto, possui maior legitimidade entre todos para definir quais despesas serão contempladas na programação orçamentária. Ao Poder Executivo, cabe o papel de efetivar o orçamento positivado de acordo com as necessidades sociais por ele constatadas, pelo que terá certo grau de discricionariedade para eleger o momento adequado de realizar as despesas. No entanto, a discricionariedade do gestor no orçamento será limitada pelo dever de satisfazer as prestações fundamentais previstas no orçamento, que são prioritários em relação a quaisquer outras despesas. Por essa razão, Basile Christopoulos²²⁹ entende que:

Mesmo que se admita que o Judiciário deva ficar fora da programação das políticas públicas do Estado, ele pode e deve limitar as escolhas dos administradores de forma que estas contrariem evidentemente a Constituição. **Isto é, se um município possui verba destinada no orçamento para a construção de um hospital, e se pacientes morrem todos os dias nas filas e postos de saúde daquela região, por que o juiz não poderia mandar o administrador cumprir o orçamento e realizar a obra designada?** Não há razão para se pensar que nesse caso o magistrado estaria formulando políticas públicas. (grifo nosso)

Neste contexto, se uma despesa com pessoal for requerida em Juízo, o Poder Judiciário deverá levar em conta se há autorização de gasto nas normas orçamentárias, pois este será um dos critérios inevitáveis para se verificar o cabimento de controle judicial. Caso a despesa com pessoal não esteja prevista nas leis orçamentárias vigentes (PPA, LDO e LOA), haverá presunção de proibição do gasto, situação na qual não deverá o Judiciário determinar a efetivação da despesa não prevista na lei orçamentária. No entanto, caso a despesa em discussão já esteja prevista nas leis orçamentárias, de modo obrigatório ou ao menos permissivo, poderá o Juiz verificar se a conduta omissiva da Administração Pública foi razoável e proporcional. Caso verifique haver omissão inconstitucional, desbordando do significado mínimo do princípio constitucional da eficiência²³⁰ e do dever constitucional do

²²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. “A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial”, in Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado [org. Ingo Wolfgang Sarlet], Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 02 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 533-534

²²⁹ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 114.

²³⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 37, “caput”.

Estado de manter serviço adequado²³¹, haverá legitimidade do juiz para que determine a efetivação da despesa pública com admissão de pessoal, em prazo e quantidade razoáveis, pois o Judiciário não estará criando uma política pública, apenas ordenando que o Executivo cumpra a sua função constitucional²³².

No caso específico tratado neste trabalho, pode-se afirmar que os serviços públicos de hospitais e do Instituto Nacional do Seguro Social estão diretamente ligados à garantia do mínimo existencial, pois os servidores públicos dessas entidades são aqueles que de fato materializam as prestações médicas ou analisam os requerimentos previdenciários, autorizando a concessão de benefícios que garantirão a subsistência dos segurados ou dependentes. Se não houver servidores no serviço público em quantidade suficiente nesses setores, não haverá acesso à saúde ou à previdência social; conseqüentemente, a ineficiência de tais serviços impossibilita os cidadãos dependentes de tratarem suas enfermidades e até mesmo de prover sua subsistência.

Note-se, a negação de direitos fundamentais por omissão do Poder Público em manter serviço adequado é tão nefasta para os cidadãos quanto uma pena de morte, visto que o óbito de um paciente que precisou de serviço médico essencial à sua vida e não o teve, **por falta de médicos ou enfermeiros**, possui o mesmo efeito grave de uma pena capital. Esse é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet²³³:

Não nos esqueçamos de que a mesma Constituição que consagrou o direito à saúde estabeleceu - evidenciando, assim, o lugar de destaque outorgado ao direito à vida - uma vedação praticamente absoluta (salvo em caso de guerra regularmente declarada) no sentido da aplicação da pena de morte (art. 5º, inc. XLVII, alínea a). **Cumpra lembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba - como sói acontecer - por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos.** (grifo nosso)

No caso da reposição de vacâncias de cargos públicos, além do aspecto da proteção de direitos fundamentais, o julgador deverá levar em conta certos requisitos legais de ordem financeira que condicionam o ato de provimento de cargos públicos efetivos. O Tribunal de

²³¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 175, “parágrafo único”, III.

²³² CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 155.

²³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 346.

Contas do Estado do Piauí²³⁴ publicou um roteiro didático de quais requisitos a Administração Pública deve respeitar antes de realizar a contratação de pessoal. São os seguintes:

PROCEDIMENTOS A SEREM ADOTADOS NA FASE ANTERIOR AO CONCURSO PÚBLICO:

1. Se existe lei criadora de cargos/empregos públicos;
2. Se estes cargos/empregos públicos encontram-se vagos;
3. Se há dotação orçamentária prévias;
4. Se há autorização na LDO;
5. Se há proibição por meio de lei eleitoral (03 meses que antecedem o pleito);
6. Se há aumento de despesa de pessoal nos últimos 180 dias de mandato do gestor;
7. Se há concurso realizado anteriormente com prazo de validade não vencido e com pessoal classificado ainda não convocado.

O primeiro requisito, portanto, é saber se há cargos públicos criados por lei. O segundo requisito é verificar se as vacâncias existentes estão em quantidade excessiva, desproporcional ao número total de cargos. Os demais requisitos estão dispostos na Constituição Federal, na Lei Complementar nº 101/2000 e nas leis orçamentárias do ano civil em questão.

A Carta Magna exige que haja autorização da LDO para a realização de despesas com pessoal²³⁵; condiciona a realização de despesas com pessoal à prévia dotação orçamentária suficiente na lei orçamentária anual²³⁶, além de determinar que as despesas com servidores públicos devem respeitar o percentual máximo fixado em lei complementar²³⁷.

Quanto ao último aspecto, a Lei Complementar nº 101/2000, que regulamentou dispositivos constitucionais de matéria financeira, proíbe que se ultrapassem os limites percentuais da receita corrente líquida com pessoal, que é de 50% para a União e 60% para

²³⁴ PIAUÍ. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL NO SERVIÇO PÚBLICO. Alex Sandro Lial Sertão Assessor Jurídico – TCE/PI. 2011, p. 04. Disponível em: <https://www.tce.pi.gov.br/contratacao-de-servidores-na-administracao-publica/>. Acesso em: 22 mar 2020

²³⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 169, §1º, II.

²³⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 169, §1º, I.

²³⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 169, §1º, “caput”.

Estados e Municípios²³⁸, bem como proíbe o aumento de despesa com pessoal nos últimos 180 dias do mandato eletivo no ano eleitoral²³⁹.

Portanto, estes são os requisitos legais os quais o administrador público deve respeitar para efetuar a reposição de vacância de cargos públicos, e os quais o Juiz deverá verificar para que determine a efetivação da despesa.

Por outro lado, as impugnações atinentes a restrições orçamentárias só podem ser acatadas pelo Juiz caso a Administração demonstre comprovadamente a inexistência de dotação orçamentária ou insuficiência de recursos, tendo em vista que o Código de Processo Civil brasileiro incumbe ao réu a alegação dos fatos impeditivos do direito do promovente²⁴⁰; além disso, há a previsão no CPC de que o Juiz pode atribuir o ônus da prova à parte que disponha de “*maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário*”²⁴¹. Nos casos em que a Fazenda Pública contestar o pedido autoral sob a alegação de restrições orçamentárias, entende-se que ela é quem deverá arcar com o ônus de provar a inexistência de recursos, visto que é a pessoa que naturalmente tem maior acesso aos documentos administrativos-orçamentários.

Assim, sendo judicializado um caso concreto no qual se verifique **(1)** que o serviço público em questão está ligado diretamente à efetivação de direitos fundamentais, relativos ao mínimo existencial; **(2)** que o serviço público em questão encontra-se ineficiente por falta de pessoal, violando o mínimo existencial dos indivíduos; **(3)** que a falta de pessoal decorre de vacâncias excessivas de cargos públicos efetivos criados por lei, de natureza perene e não eventual **(4)** que as vacâncias excessivas persistem por omissão governamental em autorizar, realizar concurso público ou nomear aprovados; e **(5)** que há autorização nas leis orçamentárias para provimentos dos respectivos cargos públicos efetivos, **será possível, legítimo e devido ao Poder Judiciário que aplique o princípio constitucional da eficiência²⁴² e garanta a efetivação de direitos fundamentais, determinando que a Administração cumpra seu dever constitucional de manter serviço público adequado²⁴³,**

²³⁸ BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. *Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências*, Brasília, DF, Art. 19, I, II, e III.

²³⁹ BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. *Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências*, Brasília, DF, Art. 21, “parágrafo único”.

²⁴⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, Art. 129, II.

²⁴¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, Art. 373, § 3º.

²⁴² BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 37, “caput”.

²⁴³ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 175, “parágrafo único”, III.

contínuo e eficiente²⁴⁴, condenando-a a repor as vacâncias dos cargos públicos efetivos em quantidade razoável e em prazo fixado, seja através de provimento de candidatos aprovados em concurso público vigente, seja pela autorização e realização de novo certame, mitigando, ao final, a discricionariedade administrativa do gestor público.

Como se viu, a Constituição de 1988 elegeu “prioridades vinculantes” na atuação do Estado, expressas na forma de direitos fundamentais – como a saúde, educação e previdência social. Tais prioridades vinculam a conduta administrativa, haja vista que os poderes atribuídos aos gestores o são concedidos para que eles cumpram a Constituição.

Nessa esteira, não pode a Administração Pública ser omissa na manutenção adequada de serviços públicos que concretizam direitos fundamentais. A alegação da reserva do possível somente será justificável caso o Estado comprove que não há dotação orçamentária para a despesa requerida, ou, se houver, que ela já tenha sido esgotada no ciclo orçamentário respectivo. Do contrário, será inconstitucional a omissão administrativa e passível de controle judicial.

4.3 A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES QUANTO AO CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA INCONSTITUCIONAL

A discricionariedade na escolha de praticar o ato administrativo de nomeação de aprovados em concursos públicos sofreu limitação pela jurisdição constitucional no ano de 2011, quando o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 598099/MS²⁴⁵, sob o rito de repercussão geral²⁴⁶, e fixou a tese de que o candidato aprovado dentro das vagas em concurso público possui direito subjetivo à nomeação, não sendo possível à Administração invocar a discricionariedade para se furtar ao dever de cumprir as normas editalícias:

²⁴⁴ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências*. Brasília, DF, Art. 6º, § 1º.

²⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521)

²⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário RE 598099 RG, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/04/2009, DJe-040 DIVULG 04-03-2010 PUBLIC 05-03-2010 REPUBLICAÇÃO: DJe-045 DIVULG 11-03-2010 PUBLIC 12-03-2010 EMENT VOL-02393-05 PP-01004)

[...] **Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público.** Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. [...]. (RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521) (grifo nosso)

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. 2. Direito líquido e certo à nomeação do candidato aprovado entre as vagas previstas no edital de concurso público. **3. Oposição ao poder discricionário da Administração Pública.** 4. Alegação de violação dos arts. 5º, inciso LXIX e 37, caput e inciso IV, da Constituição Federal. **5. Repercussão Geral reconhecida.** (RE 598099 RG, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/04/2009, DJe-040 DIVULG 04-03-2010 PUBLIC 05-03-2010 REPUBLICAÇÃO: DJe-045 DIVULG 11-03-2010 PUBLIC 12-03-2010 EMENT VOL-02393-05 PP-01004) (grifo nosso)

Como visto, na decisão do RE 598099/MS o STF entendeu que há uma limitação na discricionariedade da Administração Pública em prover os cargos públicos vagos. Em regra, o Poder Público pode escolher o momento mais oportuno para nomear o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital; no entanto, a Administração Pública não poderá deixar de nomeá-lo, tendo em vista que a partir do momento em que ela define qual será o quantitativo de vagas previstas no processo seletivo, o edital publicado vincula o próprio ente e lhe impõe o dever de realizar a nomeação do aprovado. O STF reconheceu nesta decisão a prevalência dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança sobre a discricionariedade administrativa, demonstrando que ela não é ilimitada.

Há também outro precedente do Supremo Tribunal Federal pertinente, firmado no Recurso Extraordinário RE 592581/RS²⁴⁷ no ano de 2015, sob o rito de Repercussão Geral²⁴⁸, no qual a Corte decidiu pela legitimidade excepcional do Poder Judiciário para intervir quando a Administração, dentro de sua discricionariedade, se mantém omissa ao dever de proteger direitos fundamentais. Nestes casos, o Poder Judiciário não estaria se substituindo nas escolhas do Administrador, mas sim determinando o cumprimento de um dever jurídico existente:

²⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 592581/RS. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Data de julgamento: 13/08/2015. Data de publicação: 01-02-2016

²⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário RE 592581/RS. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Data de julgamento: 22/10/2009. Data de publicação: 20-11-2009.

[...] **I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido.** (RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016) (Grifos e destaques adotados).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIO. **LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. RELEVÂNCIA JURÍDICA, ECONÔMICA E SOCIAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.** (RE 592581 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 22/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-06 PP-01173 RDDP n. 84, 2010, p. 125-128) (Grifos e destaques adotados).

Em igual sentido, foi decidido pelo STF no julgamento do AI 734487 AgR/PR²⁴⁹ em 2010, no qual se entendeu que a inadimplência do Estado perante políticas públicas constitucionalmente previstas é causa passível de correção jurisdicional, para que o Poder Judiciário determine à Administração Pública que crie as condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço, inexistindo ofensa ao princípio da separação dos poderes:

[...] **1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.** Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (AI 734487 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 03/08/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-06 PP-01220 RT v. 99, n. 902, 2010, p. 158-162) (grifo nosso)

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, guardião da legislação federal, firmou jurisprudência semelhante ao julgar o REsp 1.041.197-MS²⁵⁰ no ano de 2009, quando decidiu pela possibilidade excepcional de sindicabilidade do mérito administrativo do Poder Executivo diante de omissão estatal que ofenda direitos fundamentais, especialmente se ligadas à execução deficitária de serviços públicos essenciais. Um dos fundamentos da

²⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AG.REG. no Agravo de Instrumento AI 734487 AgR /PR. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Data de julgamento: 03/08/2010. Data de publicação: 20/08/2010.

²⁵⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 1041197 / MS. Segunda Turma. Relator(a): Ministro HUMBERTO MARTINS. Data de julgamento: 25/08/2009. Data de publicação: 16/09/2009.

decisão foi o de que a separação de poderes não pode ser utilizada como obstáculo à efetivação de direitos sociais, haja vista que tal primado foi idealizado com a finalidade de proteger direitos fundamentais:

[...] 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. 4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. **Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.** 5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. 6. **Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.** Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (REsp 1041197/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009) (grifo nosso)

Em outro julgado semelhante, o STJ firmou precedente no julgamento do REsp 429.570/GO²⁵¹ no ano de 2003, reconhecendo que o Poder Judiciário não deve se limitar a examinar os aspectos de legalidade da conduta administrativa, mas também de juridicidade, já que o Estado deve compatibilizar a atuação discricionária com os princípios jurídicos, que têm força normativa. Na decisão, foi determinada a execução forçada de despesa pública:

[...] 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. **Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.** 3. **O Poder Judiciário não mais se limita a examinar**

²⁵¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 429570 / GO. Segunda Turma. Relator(a): Ministra ELIANA CALMON. Data de julgamento: 11/11/2003. Data de publicação: 22/03/2004.

os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido. (REsp 429.570/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2003, DJ 22/03/2004, p. 277)

Conforme visto, a determinação judicial para que o Poder Público realize os atos necessários a efetivação de direitos fundamentais não significa que o Judiciário possa se arvorar administrador ou legislador, pois estas funções são de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, conforme definido pela Constituição.

Não obstante, a partir do momento em que a Administração Pública se omite em exercer suas funções constitucionais, não pode o Judiciário, quando provocado à cumprir sua função jurisdicional, compactuar com as omissões dos outros poderes e aceitar violações à Carta Magna.

Essa é a *ratio decidendi* apresentada no presente trabalho, já reconhecida pelas Cortes superiores brasileiras por meio dos julgados acima descritos.

Mais do que uma possibilidade, a atuação do Judiciário na espécie é um dever inerente ao seu *mister* constitucional. Cabe a este Poder, portanto, atuando na sua função contramajoritária, assegurar o respeito ao ordenamento jurídico e aos direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, abordou-se a evolução do conceito de discricionariedade e legalidade administrativa, tendo sido apresentada a antiga visão de “vinculação negativa à lei”, onde a Administração poderia fazer o que lei permitisse e o que a lei não proibisse, e em seguida, a superveniente concepção de “vinculação positiva à lei”, marcado pelo período juspositivista, onde se entendia que a Administração Pública somente poderia fazer o que a lei permitisse, em observância ao sistema jurídico hierárquico-normativo, de modo que já não se aceita mais um ato administrativo fundado em razões externas ao Direito.

Observou-se que, devido a movimentos sociais que se acentuaram no final do século XIX e início do século XX, as sociedades passaram a exigir maior proteção do Poder Público em face das vulnerabilidades sociais, motivo que ensejou a transição do Estado Liberal para o Estado de Bem Estar Social, onde a Administração Pública se viu obrigada a aumentar seu corpo e sua atividade financeira para satisfazer o aumento das prestações positivas entregues à população, tendo o serviço público ganhado maior importância social.

Após os horrores da Segunda Guerra Mundial na primeira metade do século XX, as nações perceberam que o mero sistema tradicional de direito positivo não era suficiente para proteger os indivíduos contra regimes autoritários, que acabaram subvertendo o direito através do próprio processo legislativo comum. Assim, cresceu a consciência internacional sobre a necessidade de se conferir força jurídica e rigidez a um diploma normativo, capaz de preservar os valores mais caros aos à humanidade; essa função coube à Constituição.

O neoconstitucionalismo foi, portanto, o movimento que deslocou a Constituição para o centro do sistema jurídico, fundado na proteção dos direitos fundamentais; com esse movimento, os Estados passaram a disciplinar diversas matérias no texto constitucional, até então reguladas por leis ordinárias. O catálogo de direitos fundamentais foi significativamente ampliado após o neoconstitucionalismo.

Viu-se que os princípios jurídicos ganharam força nesse período, sendo compreendidos como “mandados de otimização”, normas de cogência ampla e geral, que produzem efeitos sobre uma quantidade maior de casos concretos. A amplitude dos princípios jurídicos implica que eles devem ser aplicados “*na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*”. O efeito otimizador dos princípios se estende até

o limite das possibilidades de cada situação, o que permite concluir que eles podem “*ser satisfeitos em graus variados*”²⁵².

Com a inclusão dos princípios nos ordenamentos jurídicos, a legalidade administrativa estrita acabou por se transformar em **juridicidade administrativa**, em razão da ascensão dos princípios à qualidade de normas jurídicas diretamente aplicáveis pela Administração e pelo Poder Judiciário. Na juridicidade, os gestores públicos devem ter como finalidade última o cumprimento dos princípios constitucionais e a efetivação de direitos fundamentais.

No Brasil, o regime jurídico dos serviços públicos foi definido na Constituição de 1988, a qual dispôs sobre uma série de atividades a serem prestadas pelo Estado, como a saúde, educação e previdência social. Além do mais, a Constituição de 1988 estabeleceu o dever estatal de manter serviço adequado. O conceito de “serviço adequado” foi detalhado pela Lei nº 8.987/1999, que subdividiu-se em sete aspectos: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na sua prestação.

O **princípio da eficiência**, em especial, também está presente no próprio texto constitucional, em seu art. 37, sendo um princípio geral da administração pública, que impõe que **a atuação administrativa deve sempre satisfazer razoavelmente as necessidades a que se propõe atender**. Os serviços públicos possuem sua razão de ser na satisfação das necessidades coletivas, que não são supridas satisfatoriamente pela iniciativa privada. Portanto, pode-se afirmar que os serviços públicos concretizam direitos fundamentais, de modo que não podem ser interrompidos ou defasados por mera opção do gestor público.

A partir daí, abordou-se o conceito de discricionariedade em concordância com a perspectiva contemporânea da juridicidade, a qual ordena que os gestores públicos observem os princípios constitucionais em sua atuação. Compreendeu-se que as causas que levam uma norma a ser discricionária são três: a hipótese de incidência da norma, o mandamento da norma e a finalidade da norma, sendo que esta última ocorre quando a norma administrativa contém um conceito jurídico indeterminado ou um princípio jurídico²⁵³.

Embora a discricionariedade confira certa margem de liberdade ao agente público, ela não é ilimitada. Os princípios jurídicos que vinculam a Administração Pública possuem significado mínimo, sendo identificáveis por aquilo que a palavra é razoavelmente

²⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 90.

²⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 19.

reconhecida no meio social, haja vista que as leis são uma expressão da vontade popular. Por isso, a significação mínima das palavras é um critério que adensa a fluidez dos conceitos jurídicos indeterminados.

Compreendeu-se que o processo de reposição de vacâncias de cargos públicos efetivos possui três variáveis de discricção, quais sejam: o reconhecimento da hipótese de incidência quanto à necessidade do ato de provimento/realização de concurso; a liberdade de iniciativa para prover os cargos ou autorizar a realização de concurso público; e a escolha sobre o momento oportuno de prover os cargos.

Viu-se que a Constituição de 1988 elegeu “prioridades vinculantes” na atuação do Estado, garantidas na forma de direitos fundamentais – como a saúde, educação e previdência social. Tais prioridades condicionam a conduta administrativa, de modo que o ordenamento jurídico brasileiro conferiu poderes aos gestores públicos para que cumpram a finalidade legal de efetivar esses direitos. Nessa esteira, não pode a Administração Pública ser omissa na manutenção de serviços públicos que concretizam direitos fundamentais.

Por isso, nos casos concretos em que se verificar que o serviço público se encontra manifestamente ineficiente por falta de pessoal efetivo, e que o gestor competente não autoriza a reposição de vacâncias de cargos públicos por meio de novo concurso público, ou ainda, pela nomeação de candidatos aprovados em certame vigente, se estará diante de uma “arbitrariedade por omissão”. Embora o ato de prover cargos públicos seja um ato discricionário, sabe-se que outras normas constitucionais e infraconstitucionais reduzem a discricionariedade do gestor na reposição de vacâncias, como o princípio da eficiência²⁵⁴ e o dever constitucional de manter serviço público adequado²⁵⁵.

É certo que a separação dos poderes é um princípio que deve ser respeitado, não cabendo ao Judiciário intervir na discricionariedade da Administração Pública quando esta não afrontar os preceitos constitucionais. No entanto, entende-se que diferente será o caso em que o Poder Público deliberadamente se omite em manter serviço público adequado e permaneça inerte diante da falta de pessoal efetivo. Tal situação revela evidente arbitrariedade por omissão e legitima o controle judicial da discricionariedade administrativa, de modo que, nesta hipótese, o Poder Judiciário pode e deve determinar que a Administração Pública reponha as vacâncias de cargos públicos efetivos.

²⁵⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 31, “caput”.

²⁵⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Art. 175, “parágrafo único”, III.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Filipe. “INSS atrasa mais de 40% dos benefícios. E pode piorar com corrida por aposentadoria”. GAZETA DO POVO, 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/aposentadoria-inss-atraso-beneficios/>. Acesso em: 18 mar. 2020.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BALLAN JUNIOR, Octahydes. *Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa: Limites ao poder de decisão do administrador visando a implementação de direitos fundamentais sociais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BENITES, Afonso. “Só 43% dos fiscais ambientais da União atuam na função e agravam déficit na vigilância”. EL PAÍS, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/29/politica/1548798612_050181.html. Acesso em: 18 mar. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018. *Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.739, de 28 de março de 2019. *Estabelece medidas de eficiência organizacional para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e*

fundacional, estabelece normas sobre concursos públicos e dispõe sobre o Sistema de Organização e Inovação Institucional do Governo Federal – SIOrg. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9739.htm. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL. Justiça Federal da Primeira Região. 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Ação Civil Pública nº 1021150-73.2019.4.01.3400. AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; RÉU: UNIÃO FEDERAL, INSS. Data da instauração do processo: 31.07.2019. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL. Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894. *Completa a organização da Justiça Federal da Republica*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221-1894.htm. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. *Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19427cons.htm. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. *Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. *Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL. Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000. *Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL. Lei nº 10.855, de 1º de abril de 2004. *Dispõe sobre a reestruturação da Carreira Previdenciária, de que trata a Lei nº 10.355, de 26 de dezembro de 2001, instituindo a Carreira do Seguro Social, e dá outras providências*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.855.htm. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. *Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Sala de Imprensa. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/inicial-acp-serv-inss.pdf>. Acesso em: 20 mar 2020.

BRASIL. Painel Estatístico de Pessoal. 2020. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/servidores/painel-estatistico-de-pessoal>. Acesso em 18 março 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 1041197 / MS. Segunda Turma. Relator(a): Ministro HUMBERTO MARTINS. Data de julgamento: 25/08/2009. Data de publicação: 16/09/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6136604&num_registro=200800598307&data=20090916&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 24 set 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp 429570 / GO. Segunda Turma. Relator(a): Ministra ELIANA CALMON. Data de julgamento: 11/11/2003. Data de publicação: 22/03/2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1023825&num_registro=200200461108&data=20040322&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 24 set 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AG.REG. no Agravo de Instrumento AI 734487 AgR /PR. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Data de julgamento: 03/08/2010. Data de publicação: 20/08/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI-MC 2135/DF. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE (ART.38,IV,b, do RISTF). Data de julgamento: 02/08/2007. Data de publicação: 07/03/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513625>. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 592581/RS. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Data de julgamento: 13/08/2015. Data de publicação: 01-02-2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3216407592581>. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 598099, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521) Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3216407>. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário RE 592581/RS. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Data de julgamento: 22/10/2009. Data de publicação: 20-11-2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606029>. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário RE 598099 RG, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/04/2009. Data de publicação: 03/10/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628215> =11299. Acesso em: 22 mar 2020.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação / Reexame Necessário - 32948. Segunda Turma. Relator(a): Desembargador Federal Vladimir Carvalho. Data de julgamento: 08/03/2016. Data de publicação: 11/03/2016. Disponível em: https://www4.trf5.jus.br/data/2016/03/ESPARTA/200982000003002_20160311_6612291.pdf. Acesso em: 17 mar 2020.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Despesa pública: estrutura, função e controle judicial*. Maceió: EDUFAL, 2011.

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

DUTRA, Bruno. “Sem previsão de novo concurso, INSS anuncia aposentadoria de 300 servidores”. EXTRA (G1), 2018. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/economia/sem-previsao-de-novo-concurso-inss-anuncia-aposentadoria-de-300-servidores-22392265.html>. Acesso em: 18 março 2020.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

HISING, Ederson; BRODBECK, Pedro. “Hospital infantil de Campo Largo fecha leitos de UTI por falta de médicos”. G1 PARANÁ, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/07/19/hospital-infantil-de-campo-largo-fecha-leitos-da-uti-por-falta-de-medicos.ghtml>. Acesso em: 18 mar. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionabilidade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

PIAUÍ. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL NO SERVIÇO PÚBLICO. Alex Sandro Lial Sertão Assessor Jurídico – TCE/PI. 2011, p .04. Disponível em: <https://www.tce.pi.gov.br/contratacao-de-servidores-na-administracao-publica/>. Acesso em: 22 mar 2020

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.