

O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE COMO LIMITE AO EXERCÍCIO DO PODER DISCRICIONÁRIO

Artur Antônio Grando

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (Brasil); Mestrando do curso de Mestrado em Direito, ênfase em ciências jurídico-administrativas da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal). E-mail: artur_grando@hotmail.com; md11026@up.pt

RESUMO

Este estudo tem por escopo a análise de como o princípio da imparcialidade se apresenta como limite do exercício do poder discricionário. A estrutura se explica, primeiro, com o resgate histórico dos elementos nucleares do princípio até os dias actuais para, em seguida, analisar como este apresenta-se nos sistemas jurídicos de Portugal e de Brasil, com menções aos sistemas italiano, francês, alemão e anglo-saxão. Por fim, termina por analisar como dá-se, efectivamente, o controle do poder discricionário através do princípio da imparcialidade. Resulta que é na intersecção comum a todos os princípios circunscritos dentro do princípio da legalidade administrativa onde reside a única decisão correcta para a administração, o que, por si só, faz com que sejam raros os casos de discricionariedade.

Palavras-chave

Direito Administrativo – Discricionariedade – Princípio da Imparcialidade.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar a origem, a evolução e a sedimentação conceitual contemporânea do que é imparcialidade e do princípio administrativo da imparcialidade. Esta análise é feita no intuito de compreender como este princípio jurídico-administrativo, inerente e indissociável ao Estado Democrático de Direito acaba por permear e limitar o poder discricionário e a discricionariedade administrativa.

O estudo é desenvolvido, primeiramente, através de uma breve aproximação histórica do princípio e etimológica da palavra imparcialidade na tentativa de resgatar elementos radicais e, a partir do pressuposto de que todos têm uma noção, seja rasa ou profunda, do que é imparcialidade.

Após o aprofundamento na conceituação da imparcialidade e, partindo do pressuposto que a noção de poder discricionário e discricionariedade são conceitos já sedimentados, confrontar-se-á a imparcialidade com a discricionariedade.

Em seguida e em cotejo com a análise objectiva-se demonstrar como o princípio da imparcialidade tem-se apresentado na jurisprudência de Portugal, Brasil, França e Alemanha e como o mesmo tem sido invocado como travão do poder discricionário e da discricionariedade administrativa em si.

Espera-se, assim, entender o papel deste princípio intrinsecamente vinculado ao Estado de Direito e sua função limitadora da discricionariedade administrativa, o que culmina numa maior garantia ao cidadão contra possíveis abusos ou desvios das funções legais do próprio Estado. Efectivação do Estado Democrático de Direito.

1. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

O conceito de imparcialidade e do princípio inerente, assim como seu alcance e incidência, são de difícil precisão, posto que todos têm uma noção do que é ser imparcial e que seu conteúdo é adaptável às mais diferentes situações, realidades e temas, cada qual com a sua visão do que é a dita imparcialidade.

A ideia contemporânea e precisa de imparcialidade está diluída em múltiplas cadeias evolutivas. É por esta variabilidade de entendimentos e de sua aparentemente simplória, porém complexa, compreensão que se faz difícil determinar com precisão seu significado e evolução.¹

Imparcialidade é o adjectivo que qualifica o que ou aquele que é imparcial. Em sentido contextual, face a uma determinada situação ou hipótese, imparcial significa aquele que não favorece um em detrimento de terceiro, que não tem partido, recto, justo, evocando valores de equidade, justiça, neutralidade, rectidão.² Etimologicamente, imparcial é a antítese de parcial. Esta última vem do Latim *partialis*: divisível; pedaço de. É do radical latino *pars*: parte.³

1.1 Breve Abordagem histórica

Tendo em mente as ideias nucleares acima, através de um sistema de aproximação, pode-se dizer que a imparcialidade, como um valor regulador imposto à actividade administrativa pública, é uma ideia tão antiga quanto o “é a organização política de uma comunidade com a sua *predeterminação de relações de poder público num enquadramento vertical*”.⁴

¹ CASSESE, Sabino. Le trasformazioni del Diritto Amministrativo dal XIX al XXI Secolo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2002. p. 29-30.

² PRIBERAM, Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=imparcial>>. Acesso em: 20 nov 2011.

³ Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/palavras/parcial/>>. Acesso em: 20 nov 2011.

⁴ DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina,

1.1.1. Origens

A inserção da noção valorativa de imparcialidade na função administrativa ou mesmo no governo remonta a antiguidade clássica e seus expoentes gregos como Platão e Aristóteles, os quais denotaram uma particular sensibilidade à questão. Platão aponta o excesso de liberdade, a consequente negligência da acção governativa, o decaimento da democracia em tirania e a falta de resistência à corrupção – falta de imparcialidade – como principais factores de degeneração das formas de governo. Seriam estes atentados contra a ideia de moralidade pública, já presente naquele tempo.⁵ Note-se que a liberdade do Estado referida por Platão é facilmente associada, relativamente, ao “espaço legal de liberdade” do Estado, em outra palavra, à discricionariedade. Portanto, segundo o mesmo raciocínio, um excesso de poder discricionário favorece a degeneração, o desvio da função administrativa.

Aristóteles mostra a falta de virtude no exercício político ao exemplificar o declínio da democracia devido à permeabilidade do poder em face da acção dos demagogos, que, segundo ele, irão prevalecer determinados sectores sociais – ser parcial.⁶ O mesmo pensador clássico também é responsável pela noção de justiça como equilíbrio entre extremos, onde justo é aquilo que satisfaz os interesses de todos os elementos de uma comunidade política.⁷ Essa noção de justiça aristotélica⁸, de equilíbrio e razoabilidade, é de essencial importância e relevo para a compreensão da imparcialidade.

Um discípulo, embora não contemporâneo, dos ensinamentos de Aristóteles é Tomás de Aquino que, ao estudar os modelos de organização política e administrativa, concebe um modelo baseado na virtuosidade própria dos indivíduos. Ele estabelece o interesse geral como finalidade suprema do Estado – interesses que transcendem o indivíduo, o particular – e que, somente assim, se não forem relevadas individualidades, se atinge a justiça⁹ concreta – diga-se imparcial.¹⁰

1996. p. 259.

⁵ PLATÃO. *A República* (tradução portuguesa). 7. ed., 1993. In: DUARTE, Op. cit., p. 260.

⁶ ARISTÓTELES. *A Política* (tradução portuguesa). 1991. In: DUARTE, Op. cit., p. 260-261.

⁷ Ibid., p. 261.

⁸ A noção elementar de Justiça recai, pois, sobre sua ideia a partir do entendimento do que seja injustiça. O homem justo seria aquele que cumprisse a lei e o injusto o que a descumprisse. O alcance da Justiça teria como substância fundamental o primado da igualdade, equidade. A injustiça corresponderia à noção da ilegalidade e da desigualdade. Cfr. NUNES, Cláudio Pedrosa. O Conceito de Justiça em Aristóteles. *Revista do TRT da 13ª Região*, 2000. p. 26. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19220/O_Conceito_de_Justi%C3%A7a_em_Arist%C3%B3teles.pdf?sequence=4>. Acesso em: 20 nov 2011.

⁹ Justiça razoável e equitativa aristotélica.

¹⁰ THOMAS AQUINAS, Saint. *The summa theologiae*. 2. ed. Chicago : Encyclopaedia Britannica, 1996. 2 vol. p. 699-702.

A imparcialidade 3 um dos requisitos contidos nos mecanismos de controlo da administra33o chamados de “moralidade pol3tica”. O permanente conflito entre interesses e, mais propriamente, entre moralidade individual e a moral que objectiva a prossecu33o dos fins do Estado 3 motivo, por si s3, justific3vel de sua separa33o. Esta separa33o das duas esp3cies de moralidade – individual e pol3tica – 3 percebida em Maquiavel, o qual a concebe assim, tamb3m, para dar amplitude de ac33o e independ3ncia ao pr3ncipe em rela33o aos s3bditos.¹¹

Entretanto, em Maquiavel se percebe uma sobrevaloriza33o do poder conferido ao Pr3ncipe, ou seja, da fun33o p3blica, sem comprometimento com limites axiol3gicos ou com garantias individuais. 3 uma previs3o do que estaria por vir com o Estado moderno e com o absolutismo, onde toda a organiza33o pol3tica est3 centrada numa 3nica figura, sendo esta tradicionalmente tendenciosa ao excesso de poder e avessa a controlos. Uma situa33o de liberdade ou mesmo arbitrariedade que leva, irremediavelmente, ao favorecimento de alguns, ou de algumas classes, em desfavor de outras. Em termos pr3ticos seria imposs3vel distinguir a vontade pessoal e parcial do soberano da vontade do Estado j3 que o Estado 3 o soberano – “*L’Etat c’est moi*” dito por Lu3s XVI de Fran3a – e concentra todos os poderes em sua m3o.

A incontrolabilidade e a falta de imparcialidade do poder culminam com uma s3rie de movimentos que desencadeiam a Revolu33o Francesa e com a teoria da Triparti33o dos Poderes de Montesquieu. O franc3s concebeu este sistema de freios e contrapesos no intuito de garantir a liberdade do cidad3o e “*repartir o poder no sentido de impedir o excesso e de dissolver a corrup33o absoluta que o poder absoluto tende a gerar*”¹². Montesquieu trouxe a tona novamente a quest3o da moralidade da fun33o administrativa, um tanto deixada de lado nesse contexto.

1.1.2 Imparcialidade no liberalismo

3 no liberalismo, com a limita33o do poder de actua33o do Estado, que surge a “primavera” do princ3pio da imparcialidade. Para entender o porqu3 da floresc3ncia do princ3pio nesta fase 3 preciso entender o Estado Liberal de Direito. O Estado liberal de direito, que teve algumas de suas bases te3ricas lan3adas por Locke¹³ e Monstequieu¹⁴, foi a primeira das esp3cies de Estado de direito a surgir.

Segundo Paulo Bonavides, s3o caracter3sticas do Estado liberal de direito a separa33o das fun33es do Estado; a exist3ncia dos direitos fundamentais de primeira gera33o; a primazia do Poder Legislativo; a interven33o m3nima do

¹¹ NICOLAU MAQUIAVEL. *O Pr3ncipe*. (tradu33o portuguesa), Lisboa, 1972, p. 99. In: DUARTE, Op. cit., p. 2

¹² Idem.

¹³ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*. S3o Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O esp3rito das leis*. S3o Paulo: Martins Fontes, 1996.

Estado na economia e na sociedade; o princípio da legalidade – assim como nas outras formas de Estado de direito; a igualdade meramente formal; a garantia da propriedade; autonomia da vontade das partes nas relações contratuais e, por conta dessa autonomia, a quase inexistência de normatização das relações de trabalho.^{15 16}

O ponto de toque do Estado liberal de direito é a limitação jurídico-legal em perspectiva negativa, em outras palavras, é a garantia dos indivíduos que o compõem frente à acção estatal que tenta impedir ou restringir sua actuação quotidiana e legitimamente assegurada. Nesta espécie de Estado de direito lhe cabia o estabelecimento de instrumentos juridicamente garantidos, que assegurassem as liberdades individuais em contraste com as restrições impostas à sua actuação positiva, as quais eram controladas por sanções e coerção das atitudes ilegítimas.^{17 18}

Essa dever de abstenção interveniente e neutralidade do Estado na sociedade, lógica própria do liberalismo, provoca um redireccionamento (do absoluto à abstenção) nas questões relativas à isenção na actividade política, sendo que esse afastamento do Estado dos interesses sociais representa um compromisso, também, dentro das instâncias governativas.¹⁹

Relevadas as questões intrínsecas, oriundas das origens remotas do princípio da imparcialidade e suas diferenças provocadas pela inevitável diferença temporal e, conseqüentemente, de valores, percebe-se, no período liberal, uma revitalização dos valores primordiais do dever da moralidade administrativa, eis que criam-se meios de controlo ao antes irrestrito poder do Estado.

David Duarte aponta vários exemplos do dever de isenção parcial na literatura liberal. São exemplos: a proibição de integração de interesses particulares, bem como motivos inidóneos, no exercício de cargos públicos (art. 75. da Constituição portuguesa de 1826 – o qual responsabilizava ministros por peita e suborno), a usurpação de poderes jurisdicionais e a proscrição de comportamentos materialmente injustos provocados por negligência ou omissão de questões relevantes.²⁰

Entretanto, as referências na exigência de imparcialidade estão, predominantemente, contidas em estatutos disciplinares que, por consequência, tem alcance maioritariamente interno. Isso quer dizer que o seu conteúdo não

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 862-864.

¹⁶ GRANDO, Artur Antônio. *A soberania em face da ordem económica hodierna*. Orientador: Carla Della Bona. Passo Fundo: UPF, 2009. p. 14. Monografia. (Graduação em Direito)

¹⁷ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 96.

¹⁸ GRANDO, Artur Antônio. *A soberania em face da ordem económica hodierna*. Orientador: Carla Della Bona. Passo Fundo: UPF, 2009. p. 15. Monografia. (Graduação em Direito)

¹⁹ DUARTE, Op. cit., p. 265.

²⁰ Ibidem. p. 266.

extravasa o âmbito de actuação dos funcionários da administração pública não podendo, com efeito, afectar a avaliação da legitimidade das decisões. Na face exterior da actividade administrativa, os actos administrativos que fossem suspeitos de parcialidade, se provada, não seriam passíveis de invalidação, seriam objecto de petição indemnizatória. A doutrina da invalidade do acto administrativo viciado – sem se falar em efeitos de actos inválidos – estava nos primórdios do seu desenvolvimento.²¹

O desvio de poder assume particular relevância nas decisões da Administração no período liberal. A função que o princípio da imparcialidade incorpora actualmente como travão do exercício da discricionariedade, corresponde, no período liberal, a determinados elementos substantivos que fazem do desvio de poder um meio de controlo de validade da decisão. No contexto liberal, o desvio de poder vai reclamar da actuação administrativa parâmetros que compreendem diferentes limites internos de discricionariedade, como as proibições de disparidade de tratamento e de favorecimento por motivos inidóneos.

Em face da ligação estreita que o desvio de poder tem com a vontade subjectiva e psicológica do autor do acto, surge, como delimitador dos limites que enquadra o desvio do poder, a teoria da moralidade administrativa que, antes só um valor, agora é objecto de teorização. Em suma, pode-se dizer que a teoria da moralidade administrativa funciona como um padrão de conduta destinada ao agente na escolha de alternativas existentes e abrange as ideias de isenção, racionalidade e imparcialidade e, exprime a latente necessidade que se sentia em conter o exercício do poder discricionário dentro de limites operativos que possibilitassem seu controlo.

Enfim, é com o Estado Liberal que o princípio da imparcialidade deixa de ser uma abstracção, apenas um valor e passa a se concretizar, seja através dos estatutos internos da administração pública, seja em suas decisões que condenavam o mau uso do poder. A necessidade de se criar limites para evitar o desvio, aproveitando-se da tradição jurisdicional, surge com garantias de imparcialidade no sentido de evitar um favorecimento ou prejuízo de um interesse sobre outro. A diferença básica entre a imparcialidade da tradição jurisdicional e da administrativa é que, na jurisdicional, o julgador deve se manter em uma posição equidistante das duas partes, e na administrativa, a própria administração é uma das partes, sumamente.

²¹ No plano concreto das decisões, que a Grã-Bretanha, já em meados do século anterior, estabeleceu expressamente como princípio da imparcialidade a proibição de se decidir com qualquer que seja o interesse na questão (*Dimes v. Grand Junction Canal Co. Proprietors* de 1852). DUARTE, Op. cit., p. 267.

1.1.3 A “Principlização” do Princípio da Imparcialidade

A actividade administrativa é regida pelo conteúdo extraído de regras e princípios. Pode-se tratar os princípios jurídicos como uma condensação de regras valorativamente aproximadas, um valor que está acima da lei e deve estar presente em todas as suas instâncias. Sem se aprofundar na discussão do confronto de regras com princípios, pois não é objectivo nem alcance do presente trabalho, é da expressão dos princípios e regras pertinentes ao Direito Administrativo que se colhem, não só normas de conduta, mas também as condicionantes que devem e vão determinar escolhas subsequentes que quem detém o “poder decisório” deve respeitar. Trata-se de um claro limite funcional que tem por escopo não permitir a arbitrariedade, ou seja, evitar que a discricionariedade seja usada como evasiva.

A centralização dos princípios, inclusive o da imparcialidade, como normas dirigentes de um ordenamento jurídico é directamente relacionada à expansão da matéria constitucional e à tendência de inclusão de direitos sociais no texto constitucional.²² O paradigma liberal é posto em xeque com o surgimento de ideais socialistas, comunistas e até mesmo anarquistas, que a um só tempo, “*animam os movimientos colectivos de massa cada vez mais significativos e neles reforça com a luta pelos direitos colectivos e sociais*”.²³

Dessa forma, ao direito antepõe-se um conteúdo social. Essa nova visão que surgia não renegava as conquistas e os valores trazidos pelo liberalismo burguês, mas, simplesmente, passou a dar-lhe um novo conteúdo axiológico-político, o qual inclui não somente direitos para a limitação da actuação estatal, mas também direitos a prestações positivas do Estado. Nessa senda, Manuel Garcia-Pelayo aduz que o Estado não se limita a omitir tudo o que esteja em desconformidade com o direito, mas, sim, deve actuar de forma constante pela legislação e administração na persecução do ideário social de direito²⁴. É nessa prestação positiva, no dever do Estado em actuar proactivamente à socialização dos direitos que se denota como o princípio da imparcialidade começa a condicionar e limitar efectivamente a actuação administrativa.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e com a devastação económica e social que provocou no mundo inteiro, começou-se a questionar o Estado social em razão da sua legitimação²⁵. Surge e é no Estado Democrático de Direito que a imparcialidade, através da vinculação da discricionariedade aos princípios, assume um papel com força impositiva. Juarez Freitas entende que a discricionariedade,

²² Ibidem. p. 271.

²³ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 478, mai., 1999.

²⁴ GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 3. ed., Madrid: Alianza, 1982. p.56-57.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994. p. 170.

no Estado Democrático, é de algum modo vinculada aos princípios, sob pena de ser traduzido em arbitrariedade e de subtrair os limites indispensáveis à liberdade e à abertura como racionais características fundantes do sistema jurídico.²⁶

A “principalização” faz-se entender pela maior abstracção dos mesmos. Isso está ligado à multiplicidade indefinida de situações que suscitam a sua aplicação e ao reconhecimento da capacidade dos princípios de preencher espaços descobertos de regras jurídicas específicas. Desse prisma, não se mostra mais viável a tese formalista ou normativista de interpretação do direito construída por Hans Kelsen, que preconiza o esgotamento das possibilidades de soluções complexas por meio da produção normativa. Nunca se exigiam tanto antes quanto agora, no Estado democrático de direito, bons intérpretes para o direito.

Tal “principalização” do Direito – consistente na adopção dos princípios da proibição da arbitrariedade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da igualdade, da protecção da confiança legítima – aumentou a margem de vinculação dos actos discricionários.

1.2 Diferentes concepções de imparcialidade

O princípio da imparcialidade administrativa assumiu, com o decorrer do tempo, valores e atribuições diferenciados nos diferentes ordenamentos jurídicos pelo mundo. Por derivar tanto de uma concepção individual e colectiva do seu significado, quanto do contexto e da conjuntura que um determinado país se insere, o princípio adquiriu diferentes feições, apesar do cerne comum. O presente trabalho analisa sumamente como isso se deu no ordenamento pátrio, no Brasil e nos mais relevantes sistemas da europa ocidental, mas especialmente nos dois primeiros.

1.2.1 No sistema português

O sistema jurídico português segue o que acontece na generalidade dos sistemas, onde se condensa o conteúdo da imparcialidade administrativa em normas de proibição de privilégios e de discriminação. A materialização e o desenvolvimento da imparcialidade em Portugal são feitos numa estreita conexão com o princípio da igualdade, mas não a ponto de torná-los sinónimos. Aquele seria uma vertente deste último.

Nessa linha, o princípio da igualdade é norteador de toda a actividade administrativa e constitui um limite externo de suma relevância no “*poder de ponderação subjectiva da autoridade administrativa na sua interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados*”.²⁷ Pela ligação visceral do princípio da igualdade

²⁶ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 145.

²⁷ SOUSA, António Francisco de. “*Conceitos Indeterminados*” no *Direito Administrativo*.

e da imparcialidade pode-se dizer que, pelos mesmos motivos, ambos devem ser controlados pelos tribunais administrativos, pois atuam como guardiões da legalidade.²⁸

Existe, de facto, uma notória relação conceitual e histórica entre os princípios da imparcialidade e da igualdade, na qual percebe-se, sob pontos de vista diferentes, que ambos estiveram à função do mesmo projecto: “a abolição de privilégios pela igualdade e a luta contra a vulnerabilidade do poder aos interesses individuais e de grupos”²⁹. Um é destinado aos cidadãos – igualdade – e outro é dirigido à Administração – imparcialidade – no tocante à sua neutralidade.

O princípio da imparcialidade encontra-se expressamente consagrado na lei portuguesa³⁰ e está intrinsecamente conectado com outros princípios de direito administrativo. Nesse sentido, o Professor António Francisco de Sousa elege e atribui relevante papel ao princípio da transparência. A transparência da Administração Pública é a forma com que ela se apresenta exteriormente – ou mesmo interiormente no cidadão que há em cada funcionário da administração – e dela resulta a boa ou a má imagem, elemento gerador ou degenerador da confiança nos cidadãos que com ela se relacionam.³¹

A interpretação do princípio da imparcialidade exige uma apreciação objectiva dos interesses em questão, sejam públicos ou privados. Nesta apreciação, em face do princípio, impõe-se um dever de isenção e de ponderação, também, de interesses individuais, visto que estes compõem o sentido mais abrangente de interesse público – este último que é a finalidade por excelência da Administração Pública.³²

Trata-se, o princípio, de uma limitação externa ao exercício do poder discricionário, cuja violação gera a invalidade do acto administrativo e, consequente violação da legalidade administrativa. Tal princípio proíbe que o agente decida ou participe de decisão na qual reside algum interesse próprio, ou de quem quer que seja destinatário correlato do interesse do agente.³³

1.2.2 No sistema brasileiro

No caso brasileiro, o princípio da imparcialidade assume a denominação de *impressoalidade*, seu equivalente principiológico. Este encontra-se expresso no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Por vezes encontra-se no mesmo campo de incidência dos princípios da igualdade e da legalidade e, não raramente, é chamado de princípio da *finalidade administrativa*.

Coimbra: Almedina, 1994. p. 232,

²⁸ Idem.

²⁹ DUARTE, Op. cit., p.288.

³⁰ Artigo 266. n. 2, da Constituição da República Portuguesa e do artigo 6. do Código de Procedimento Administrativo.

³¹ SOUSA, António Francisco de. *Direito Administrativo*. Lisboa: Prefácio, 2009. p. 342.

³² Idem.

³³ SOUSA, Op. cit., p. 342-343.

O princípio da impessoalidade nada mais é do que se entende pelo clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que pratique somente o acto para o seu fim legal. Como fim legal entende-se aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como o objectivo do acto, de forma impessoal.³⁴

O princípio da finalidade administrativa põe o administrador como um executor do acto administrativo que serve de veículo de manifestação da vontade estatal, e, portanto, traz consigo a ideia de que as realizações administrativo-governamental não são do agente político, mas sim da entidade pública em nome da qual actuou.³⁵

Impessoalidade administrativa significa, pois, que a Administração Pública deve agir de modo a desconsiderar, em princípio, as características pessoais seja dos administrados, seja dos administradores. Impõe seja, tanto quanto possível, a acção administrativa objectiva, no sentido de evitar odiosas discriminações ou a utilização da estrutura administrativa em favor de interesses pessoais egoístas.³⁶ Deste significado geral extraem-se outros dos quais destacam-se:

- a) *Princípio da impessoalidade como isonomia*: nesse sentido, a impessoalidade teria o condão de interditar qualquer tratamento discriminatório que não fosse pautado por critérios razoáveis. Preferências ou preterições pessoais são vedadas em face do princípio. Há de se lembrar que o tempo da igualdade forma já é algo vencido e deu lugar à igualdade material.
- b) *Princípio da impessoalidade como imparcialidade*: com efeito, é comum que a Administração Pública tenha a oferecer um número de benefícios menor do que os interessados em obtê-los. Nesse sentido, a Administração deverá valer-se dos seus mais transparentes e objectivos instrumentos, evitando-se com isso, quaisquer decisões que sejam pautadas por critérios obscuros e subjectivos. Exterioriza-se concretamente, para além das decisões judiciais, nos concursos públicos, licitações e etc.³⁷
- c) *Princípio da impessoalidade como finalidade*: a finalidade terá sempre um objectivo certo e inafastável de qualquer acto administrativo, qual seja, o interesse público. Todo ato que se apartar desse objectivo sujeitar-se-á a invalidação por desvio de finalidade, que a lei da acção popular conceituou como “o fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência do agente. Desta forma, como o princípio da finalidade determina que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objectivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros.³⁸ O importante, portanto, é saber que o princípio da finalidade veda a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 82.

³⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 321.

³⁶ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: editora revista dos Tribunais, 2008. p. 42.

³⁷ MAFFINI. Op. cit., p. 43.

³⁸ Idem.

para a Administração, visando unicamente satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade. Esse desvio de conduta dos agentes públicos constitui uma das modalidades de abuso de poder, que deve ser veemente afastada pelos agentes públicos e todos os que de alguma forma trabalham sob o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

d) *Princípio da impessoalidade como vedação de promoção pessoal dos administradores*: nesta senda é conveniente recordar que, em face do denominado “vínculo de imputação”, tudo o que seja feito pelos agentes públicos no exercício da função administrativa é imputável ao órgão público ou à entidade administrativa de que faz parte.³⁹

1.2.3 No sistema italiano

O texto constitucional italiano estabeleceu que a organização administrativa deveria ser estruturada de modo a assegurar a imparcialidade administrativa com o objectivo de garantir isenção administrativa.⁴⁰ Essa orientação foi percebida derivada da gama legislativa que proibia a confusão, privilégio ou prejuízo de interesses, que terminou por instituir a imparcialidade como princípio jurídico.

Na Itália, o princípio em questão foi e é tema fecundo e gerou diversos desdobramentos. Originariamente, com base na relação competencial que há entre o princípio e os funcionários da administração, houve uma tentativa de determinação para que significado da imparcialidade administrativa estivesse ligado aos pressupostos que relacionam-na com a noção de isenção.⁴¹

Ainda no começo do desenvolvimento interpretativo do texto constitucional italiano, efectuaram-se outras interpretações do princípio, das quais se ressalta uma aproximação com o princípio da proporcionalidade administrativa. Nesta senda, o princípio teria uma obrigação de coerência decisória determinando que “os juízos decisórios deveriam ser adequados aos efeitos prejudiciais que eventualmente abarcassem”⁴².

Outras aceções extraídas foram uma perspectiva que extravasava o nível meramente organizacional trazendo consigo um comando de objectividade e neutralidade, que se traduziu concretamente, por exemplo, num sistema de concurso público para acesso à função pública, e uma compreensão negativista do princípio com as proibições de discriminações positivas ou negativas, ou seja, aproximação com o princípio da igualdade. Essa compreensão da imparcialidade e do pioneirismo italiano encontra-se generalizada nos restantes sistemas jurídico-administrativos.

³⁹ Idem.

⁴⁰ MORATI, Constantino. *Discrezionalità*, in *Nnovissimo Digesto Italiano*. In: DUARTE, Op. cit., p. 278.

⁴¹ Ibidem. p. 278-279.

⁴² Ibidem. p. 279.

1.2.4 No sistema alemão

Na Alemanha, o conceito de imparcialidade administrativa não transcende a proibição de um tratamento preferencial, ou mesmo prejudicial, o que materializa a noção de que as funções públicas devem ser feitas sem relevância de interesses individuais. A imparcialidade é reconhecida como princípio jurídico e não diverge essencialmente do sistema italiano.

O aspecto mais relevante do sistema alemão reside na conexão valorativa entre as normas sobre impedimentos e suspeições e a imparcialidade como princípio jurídico. O princípio obriga que não sejam tomadas decisões por pessoa – física ou jurídica – interessada no procedimento ou por qualquer titular contra o qual seja possível imputar razões objectiva ou subjectivamente idóneas para justificar a sua possível imparcialidade.⁴³ Note-se aqui que a obrigação de afastamento do processo decisório inclui, além do afastamento lógico da decisão, também a abstenção em todo o procedimento administrativo.

1.2.5 No sistema francês

A interpretação doutrinária e jurisprudencial do princípio da imparcialidade no sistema francês é marcada, por razões naturais segundo David Duarte, pela atenção dada ao desvio de poder. Neste sistema, o princípio corresponde a uma limitação de intervenção nas decisões em que se tenha qualquer interesse pessoal. Também um dever de abstenção no qual quem é suspeito de interesse tem obrigação de recusar sua participação. Facilmente se percebe a “importação” de normas processuais – impedimento e suspeição – para o direito material.⁴⁴

O ponto de toque do princípio da imparcialidade no ordenamento jurídico francês apresenta-se na avaliação das decisões para as quais não existem regras sobre a “*obligation de se récuser*”⁴⁵. O *Conseil d’État*, em face do dever de se retirar, anula o ato praticado por agente ou órgão administrativo se entender que este possui uma proximidade objectiva com o destinatário da decisão.⁴⁶ É criação de direito através da jurisprudência.⁴⁷

1.2.6 Nos sistemas anglo-saxónicos

Nos sistemas anglo-saxónicos, particularmente no do Reino Unido, o princípio da imparcialidade é derivada do “*due process of law*” e da *Natural Justice*.

⁴³ DUARTE, Op. cit., p.283-284.

⁴⁴ Ibidem. p. 282.

⁴⁵ Obrigação de se retirar, de recusar a participação num processo no qual se tenha interesse.

⁴⁶ DUARTE, Op. cit., p.283.

⁴⁷ Somente na década de cinquenta se desenvolve a imparcialidade como princípio. ISAAC, Guy. *La Procédure Administrative Non Contentieuse*. Paris, 1968. In: DUARTE, Op. cit., p.283.

Estes enformam a limitação da discricionariedade, concretizada na proibição de se decidir em causa própria. Esta vertente da imparcialidade também é desenvolvido através de regras correlatas às de impedimento e suspeição e das que proíbem que o decisor possa ser alguém que já tivesse intervenção no caso ou pudesse ter interesse directo nele.⁴⁸

2. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E A LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DO PODER DISCRICIONÁRIO

O papel dos princípios no Direito Administrativo detém um especial relevo na sua interpretação e aplicação. Quer em ordenamentos jurídicos onde o Direito Administrativo é codificado, quer naqueles em que não, os princípios vêm conferir tratamento e aplicação sistemática a este ramo jurídico. Certo é que eles permeiam todos os ramos do direito e, ao contrário das regras jurídicas, não são passíveis de afastamento.

Antes de analisarmos especificamente o princípio da imparcialidade como travão ao poder discricionário, cabe-nos ressaltar alguns elementos quanto à interpretação dos princípios e suas modalidades de eficácia. Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos mencionam as seguintes modalidades: a) *“eficácia positiva ou simétrica...”* ou seja, que seja reconhecido àqueles que deveriam ser atingidos pela realização de seus efeitos, direito subjectivo a esses efeitos; b) *“eficácia interpretativa”*, o que traduz-se na exigência de que o Judiciário e a Administração pública interpretem e apliquem as normas de acordo pelo modo que melhor concretize o efeito almejado pelo princípio; c) *eficácia negativa*: quer dizer, não podem prevalecer as normas ou decisões opostas aos efeitos que o princípio almeje propagar; d) *eficácia vedativa de retrocesso*: ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar.⁴⁹

É necessária a identificação dos efeitos pretendidos pelo princípio para concluir se uma determinada decisão lesa ou não aquele princípio. Não pode o agente administrativo na sua actividade, nem mesmo o magistrado nas acções de controlo jurisdicional, deixarem de observar os princípios norteadores do direito, especialmente os do Direito Administrativo, incidindo estes, também, em âmbitos outrora apontados como integrantes de esferas discricionárias.⁵⁰

⁴⁸ DUARTE, Op. cit., p.286.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel no Direito brasileiro, in *Revista Interesse Público*, n. 19, 2003. p. 51-74. Cfe. MEDAUAR, Odete In: GARCIA, Emerson (Org). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 84.

⁵⁰ MEDAUAR, Odete In: GARCIA, Emerson (Org). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 84.

Em outras palavras, não existe poder discricionário sem controlo dos princípios num Estado de Direito onde os Direitos Fundamentais e a cidadania são objectivos inafastáveis. Se existir, trata-se de abuso ou desvio de poder e uma das questões é saber até onde vai o controlo jurisdicional.

2.1 Alcance do controlo jurisdicional

A interpretação sistemática dos princípios dada num Estado de Direito acarreta, consequentemente, numa transformação na clássica modelagem do controlo jurisdicional sobre a Administração, resultando num alargamento deste controlo e, naturalmente, no estreitamento das fronteiras da discricionariedade. Mas, quando fala-se em controlo jurisdicional e discricionariedade no mesmo discurso, emergem várias controvérsias e, em consequência, várias teorias ou correntes de pensamento na tentativa de explicar e dirigir a inteligência.

As correntes e tendências de pensamento hora afirmam a necessidade de grandes esferas de discricionariedade sem controlo jurisdicional em nome da não imobilização da Administração Pública na sua capacidade de exercer uma administração eficiente e da não interferência de um poder noutro, hora afirmam a redução tanto quanto possível das esferas de discricionariedade submetidas ao controlo total no intuito de transparência e imparcialidade. Por vezes também se ouve falar em extinção da discricionariedade. Portanto, segue uma breve análise das principais tendências de pensamento.

A tendência do *alcance restrito* do controlo jurisdicional da Administração afirma que o controlo deve incidir somente quanto à legalidade de maneira estrita, entendida esta como a actuação pautada na Constituição e na lei. Nessa corrente, a separação de poderes é invocada para afirmar a impossibilidade de ingerência jurisdicional nas actividades tipicamente do Poder Executivo. Por isso dizer-se que ao Judiciário caberia a apreciação da legalidade. Em razão disso, argumentam seus defensores que os membros do Poder Judiciário não detêm mandatos electivos e, portanto, falta-lhes legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público. Desta forma, em se tratando de controlo jurisdicional da Administração, seriam apreciados somente aspectos relativos à competência, finalidade, forma e licitude do objecto, terminando por afastados do controlo os actos de governo.⁵¹

Para os afectos desta corrente, seu posicionamento a favor desta corrente também justifica-se na preocupação quanto ao advento do chamado *governo de juizes* ou *absolutismo jurisdicional* – dentre outras denominações – o que caracteriza-se pela substituição pelos tribunais na discricionariedade dos agentes administrativos.⁵² Para os mesmos, é necessário que a Administração mantenha

⁵¹ MEDAUAR, Odete In: GARCIA, Emerson (Org). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 86.

⁵² OTERO, Paulo. *Apud*, MEDAUAR, Odete In: GARCIA, Emerson (Org). *Discricionariedade*

um espaço de reserva decisória em seu próprio proveito para que a mesma não seja invadida primariamente pelos tribunais. Tal corrente pode representar a manutenção do estado das coisas em face do medo de uma intromissão que, segundo outra tendência, não se justifica e trata-se de excusa à prestação de contas.

O *controle amplo* é outro corrente e baseia-se, também, na separação dos poderes, mas sua interpretação é mais sistemática. Afirma ela que se o poder deve deter o poder, é da lógica desta divisão o controle da Administração, sem que se possa cogitar na ingerência indevida. Seja nos ordenamentos com sistema de jurisdição una, seja nos duplos, a independência dos juízes é garantida.⁵³ Mairal afirma que nos ordenamentos em que há controle de constitucionalidade das leis, a invocação da separação dos poderes para limitar a apreciação jurisdicional das decisões administrativas perde grande parte de sua força.⁵⁴

São partidários do controle amplo dos actos da Administração o austríaco Tezner, o qual afirma que a discricionariedade é actuação vinculada à lei, portanto, pode ser objecto de acção dos cidadãos; o italiano Mortati, que afirma que o Judiciário pode conhecer todos os elementos de facto, mas que não interessa institucionais de preservar a autonomia das autoridades administrativas. Existem outros como Filippo Satta e Alegretti que vão ainda mais longe e sugerem a substituição do agente administrativo pelo juiz, o qual tem o dever de reintegrar a função administrativa e, portanto, fazer tudo o que a Administração lesou ou deixou de realizar.⁵⁵

Entre os juristas brasileiros, Hely Lopes Meirelles, antes mesmo da Constituição de 1988, já afirmava que por legalidade não pode-se entender somente a conformação do acto com a lei, mas que deve ser entendida como conformação do acto com a moralidade administrativa e com o interesse público, os quais são indissociáveis de toda a actividade da Administração, sendo tão ilegítimo quanto o que desatende a lei, o acto que violenta a moral da instituição pública com seus vícios, especialmente os de impessoalidade – leia-se aqui imparcialidade.⁵⁶

Com o advento da Constituição brasileira de 1988 entrou em vigor o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional o qual afirma: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”⁵⁷. Isso representa um largo passo na adopção da corrente de amplo controle jurisdicional, pois o enunciado do inciso acima não exclui os actos discricionários.

Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 86.

⁵³ MEDAUAR, Odete In: GARCIA, Emerson (Org). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 86.

⁵⁴ MAIRAL. *Apud*. MEDAUAR, Odete In: GARCIA, Emerson (Org). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 86.

⁵⁵ *Ibidem*. p. 87.

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. In: MEDAUAR, Odete In: GARCIA, Emerson (Org). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 87.

⁵⁷ Inciso XXXV do artigo 5. da Constituição brasileira de 1988.

Usando-se deste princípio constitucional, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma não haver nenhuma intromissão judicial numa eventual correção do acto administrativo, se o critério ou opção do administrador houverem sido insustentáveis, desarrazoados, manifestamente impróprios, resultando, por isso, na eleição de providência que não atenda as finalidades que a lei estabeleça⁵⁸ Novamente percebe-se que é função precípua do Poder Judiciário, inclusive, o balanço entre os próprios poderes.

Paulo Otero, jurista português, por sua vez, atenta-nos ao progressivo alargamento das decisões administrativas sujeitas a controlo jurisdicional e da própria amplitude dos poderes cognitivos e decisórios dos juizes da administração. Afirma o autor que isto se deu através de três expedientes: (i) *a reformulação do conceito de acto recorável, desde sua abertura a condutas omissivas de facto até ao colocar crise as tradicionais noções de “definitividade” e “executoriedade”*; (ii) *o alargamento da legitimidade processual activa, designadamente através da pulverização substantiva de interesses difusos e de interesses reflexamente protegidos além da abertura do campo da incidência da acção popular ou mesmo do reconhecimento de legitimidade activa a certos órgãos administrativos*; (iii) *a consagração de novos meios processuais que, impregnando o contencioso de crescentes domínios de plena jurisdição decisória, visam garantir uma tutela efectiva dos administrados*.⁵⁹

A França fornece outro exemplo da ampliação do controlo jurisdicional. O Conseil D`Etat aprecia a *qualificação dos factos*, quer dizer, se a Administração qualificou juridicamente, de modo adequado, a situação de facto que baseou a sua decisão.⁶⁰ O Conselho de Estado da França vem invocando o princípio da proporcionalidade para que os prejuízos, por exemplo, à propriedade, o custo financeiro e os inconvenientes de ordem social não sejam excessivos ao interesse suscitado. Outra situação em que o Conselho de estado restringe a discricionariedade é quando há erro manifesto de apreciação pela Administração, desde que seja ele provado pela parte e reconhecido pelo juiz.⁶¹ Trata-se de um controle parcial do poder discricionário.

Em se tratando do princípio da proporcionalidade e do alcance do controlo jurisdicional, caso interessante nos traz a Alemanha. Em solo germânico o juiz realiza três controlos na aplicação do princípio:

- a) se a medida é susceptível de alcançar o objectivo pretendido (adequação);
- b) se a medida é necessária, ou seja, se nenhuma medida menos grave permitiria obter o resultado (necessidade);
- c) se há ou não rigor exagerado em relação ao fim pretendido, isto é, se há

⁵⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. In: MEDAUAR, Odete In: GARCIA, Emerson (Org). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 87.

⁵⁹ OTERO, Paulo. In: MEDAUAR, Odete In: GARCIA, Emerson (Org). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 88.

⁶⁰ MEDAUAR, Op. Cit., p. 88.

⁶¹ MEDAUAR, Op. Cit., p. 88.

desproporção entre o meio e o fim (proporcionalidade).⁶²

Em suma, pode-se dizer que na generalidade dos ordenamentos jurídicos houve um reforço do controlo jurisdicional sobre a Administração. Isso muito deveu-se ao deslocamento da ideia de apoio às prerrogativas da Administração para a ideia de defesa das liberdades e direitos dos administrados. Expressão disso é a presença incontestável dos princípios da imparcialidade, impessoalidade, moralidade, devido processo legal, ampla defesa, contraditório e outro nas constituições das repúblicas democráticas. Além disso, pode-se perceber o aumento significativo de parâmetros para a actividade da Administração, mesmo ela discricionária.

Tais factores como a força dos princípios, a proliferação dos direitos e garantias fundamentais, a consciência dos direitos do cidadão, levam ao aumento da demanda por justiça ante actos ou omissões da Administração. Em face desta realidade, o controlo jurisdicional não pode realizar-se alheio a estes factores e alheio a transgressões dos agentes públicos. Destarte, a ampliação do controlo jurisdicional não acabará por substituir o administrador pelo juiz e sim, culminará com a anulação de actos viciados, obrigações de fazer, abstenções de agir, e, em última *ratio*, indemnizações.⁶³

2.2 Controlo da discricionariedade através dos princípios

Conforme Robert Alexy, norma é o género, do qual princípio e regra são espécies. Alexy escreve que tanto regras como princípios são normas porque ambos prescrevem o que é devido, a conduta a ser adoptada. A palavra princípio em sentido amplo, conforme Abbagnano, significa: “*Ponto de partida e fundamento de um processo qualquer*”.⁶⁴ Também já foi dito na doutrina que os princípios são a base de uma sociedade livre e republicana e que os mesmos constituem valores formulados e aplicados no meio social que foram absorvidos pelo Direito. Assim, seriam estes princípios os valores superiores da sociedade e, por isso, têm normatividade e eficácia plena.⁶⁵

Não se tratam os princípios de meras declarações de sentimentos, intenções ou postulados de um discurso moral. Conforme Norberto Bobbio, os princípios são normas generalíssimas do sistema e que, como as normas são deduzidas dos princípios através de uma generalização sucessiva, princípios também são

⁶² SANDLER. *Apud*. MEDAUAR, Odete In: GARCIA, Emerson (Org). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 88.

⁶³ MEDAUAR, Op. Cit., p. 89.

⁶⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 792.

⁶⁵ TOURINHO, Rita. In: GARCIA, Emerson (Org). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 106-107.

normas, até mesmo em respeito ao seu género.⁶⁶

Ao referir a aplicabilidade directa e inafastabilidade dos princípios, Carmem Lúcia Antunes Rocha afirma que “o direito sem obrigação e aplicação é mentira inútil, que esvazia o conteúdo da norma, destrói o sistema jurídico e cala a justiça”⁶⁷. Em consequência desta linha de raciocínio, não é razoável a existência de princípios desprovidos de obrigatoriedade e aplicabilidade, o que, se assim fosse, os fariam ser nada mais do que elementos de mera retórica.

É na órbita dos princípios que se desenrola toda a vida jurídica e, especialmente as regras, logo aqueles possuem uma abrangência que engloba, inclusive as regras. Com efeito, tanto a interpretação quanto a aplicação das regras jurídicas devem se ajustar aos princípios. Nesta senda, vale dizer que os princípios são razões para as regras – pois são expressões directas da sociedade – e que, sendo assim, nada obsta para que eles sejam e devam ser usados como razões para decisões⁶⁸ e frequentemente o são.⁶⁹

No ramo do Direito Administrativo, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que os princípios têm o condão de estabelecer um equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas próprias da Administração.⁷⁰ Além da harmonia, conferem também coesão e organização e permitem que a matéria administrativa não perca seu rumo diante da proliferação de regras.

Os princípios administrativos, na generalidade dos ordenamentos jurídicos descendentes do Direito Romano, plenamente antes, durante e depois, desde a previsão da norma à ponderação dos interesses envolvidos, até a decisão que culminará no acto administrativo e sua aplicação.

2.3 O princípio da imparcialidade como limite à discricionariedade

A obrigatoriedade da observância ao princípio da imparcialidade pela Administração Pública, tanto nas actividades vinculadas quanto nas discricionárias, é facto.

A discricionariedade, caracterizada como um dever-poder conferido ao administrador no propósito de adopção da melhor solução que atenda adequadamente à finalidade legal quando a lei não consiga explicitar uma solução inequívoca para o facto⁷¹, é muitas vezes entendida de forma desvirtuada. Muitas vezes é vista somente como um poder, decorrente da liberdade legal conferida

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *Apud*. TOURINHO, Rita. In: GARCIA, Emerson (Org). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 107.

⁶⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. In: GARCIA, Emerson (Org). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005. p. 107.

⁶⁸ A fundamentação de decisões com base nos princípios pode ser observada no Anexo I do presente trabalho, nomeadamente nos casos de Portugal, Brasil, França e Alemanha.

⁶⁹ TOURINHO, Op. Cit., p. 110.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 67.

⁷¹ TOURINHO, Op. Cit., p. 123.

ao administrador. Dessa forma, é no exercício do poder discricionário onde mais se percebe a violação do princípio da imparcialidade.⁷² Uma das formas mais recorrentes, a título de exemplificação, de violação do princípio da imparcialidade – impessoalidade – é o nepotismo, quando o agente público, valendo-se do seu cargo, concede benefícios ou favores a seus parentes e amigos.⁷³

Nestes casos, o primado da lei cede lugar diante da conveniência do administrador em atentado contra os princípios administrativos, especialmente os da legalidade e imparcialidade. Não raro, em todos os sistemas jurídicos – mesmo os democráticos e, ainda mais os autocráticos – os administradores, diante de uma possibilidade de escolha conferida por lei, ao invés de ponderar as escolhas objectivamente à satisfação do interesse público, se desviam para interesses subjectivos ou pessoais.

Ocorre vício de imparcialidade quando, na valoração e ponderação entre interesse público e interesse diverso, o interesse pessoal passa da pessoa ou órgão decisor e prevalece em detrimento do interesse público. Isso denota a íntima relação entre os princípios da imparcialidade e da proporcionalidade. Pode-se dizer que a asserção *“valorativa que o princípio em voga contém está espalhada pelo ordenamento através de normas de concretização que a incorporam”*⁷⁴ e, também, da influência e inafastabilidade de outros princípios administrativos, como é o da proporcionalidade.

Proporcional é aquilo que foi objecto de ponderação e avaliação quanto ao seu “peso” relativo a medidas quase sempre díspares, na tentativa de uma certa aproximação simétrica. Portanto, é um imperativo de optimização que, no sistema jurídico alemão, corresponde ao *Optimierungsgebot*, que é, também, correlativo à imparcialidade. É em razão desse mandado de optimização que, por muitas vezes e em diversos momentos, o legislador tenha descrito a aquisição de material para a ponderação e regulado a integração procedimental de interesses.⁷⁵ O dever de ponderação dos interesses relevante funciona como meio de limitação externa ao poder discricionário, vez que diminui a probabilidade de desconsideração destes mesmo interesses, o que resultaria na invalidação do acto administrativo.

Nesse sentido Augusto Cerri aduz que se é certo que o não cumprimento de regras relativas à manifestação procedimental de interesses é, “principiologicamente”, uma violação do princípio da imparcialidade, verifica-se, contudo, uma desconsideração dessa dimensão perceptiva do princípio, através da concretização do parâmetro violado numa regra de maior proximidade.⁷⁶

⁷² Idem.

⁷³ Ibidem. p. 122.

⁷⁴ DUARTE, Op. cit., p.345.

⁷⁵ DUARTE, Op. cit., p.346

⁷⁶ Idem.

A importância do princípio da imparcialidade quanto à discricionariedade reside no facto de, nas zonas vinculadas, já existir uma avaliação dos interesses e, consequentemente, já haver uma ponderação contida na própria norma. É no espaço aberto de ponderação que se revela a plena projecção do princípio. Não se pode dizer que discricionariedade é ponderação de interesses, contudo, é dela que deriva um conflito concreto de interesses e, portanto, também a necessidade de sua ponderação e valoração.

Se nas zonas vinculadas os interesses já estão ponderados, pergunta-se se não seria melhor a redução e/ou a extinção das zonas discricionária no intuito de não haver espaços em que os interesses possam sofrer um prejuízo de ponderação. Ocorre que há uma impossibilidade lógica e física na criação de uma normocracia e não interessa tanto controlar a discricionariedade, normativa e jurisdicionalmente, de forma exaustiva, mas, sim, de controlá-la no ponto de equilíbrio entre a necessidade de avaliação da legalidade principal – estrita – e o não esgotamento da liberdade de acção administrativa.⁷⁷ Seria consequência disso a exacerbação das tendências garantísticas e, inclusive, daquilo que se chama de “banalização do Direito”.

A importância da existência de um espaço de livre ponderação como meio de gerar soluções mais eficientes, tem como efeito derivado que o controlo jurisdicional da decisão se apresente como um contraponto necessário apenas no seu equilíbrio óptimo. Pode-se dizer que a autonomia atribuída ao poder discricionário na tomada de decisões impõe paralelamente, não a sua anulação pela via jurisdicional, mas, sim, o aperfeiçoamento dos métodos de controlo oriundos dos limites internos da discricionariedade, ou seja, dos princípios jurídicos a medida que, assim, o Estado de direito da discricionariedade não estará ganhando “novas zonas de vinculação”.⁷⁸

Os princípios, quer na atribuição de discricionariedade, quer no controlo jurisdicional, exercem uma função onde servem, simultaneamente, como parâmetro decisório, seja da acção, seja do controlo, portanto, onnipresentes. Assim também ocorre com o princípio da imparcialidade e, por isso, se apresenta como um limite interno da discricionariedade.

A operatividade do princípio da imparcialidade na função decisória do acto administrativa se dá em dois níveis. O primeiro, numa dimensão dinâmica, é a aquisição de material para a ponderação, o que faz com que a decisão seja construída progressivamente com base na aquisição e selecção do material adquirido. O segundo nível, numa dimensão mais estática e na aproximação da ponderação conclusiva, ocorre com a imposição de selecção dos interesses relevantes, positiva e negativamente. Segundo David Duarte, *“as normas nucleares que se retiram do princípio da imparcialidade têm [...] uma natureza substantiva, constituindo normas de acção para [...] a Administração”*⁷⁹, sendo esta quem deve conformar a decisão e o seu

⁷⁷ DUARTE, Op. cit., p.444.

⁷⁸ Ibidem. p. 451.

⁷⁹ DUARTE, Op. cit., p.451.

processo de construção sob esse parâmetro.

Apontam-se quatro espécies de violação ao princípio da imparcialidade. A primeira ocorre quando não tenha havido ponderação – ausência de ponderação. A segunda acontece através da aquisição de material a ser ponderado, essencialmente quando as opções instrutórias não tenham conduzido à suficiência de informação e, ao longo do procedimento, não tenha havido uma adequada captação de factos e interesses – défice de material de ponderação. A terceira espécie é quando não tenham sido integrados na ponderação em sentido estrito interesses relevantes, o que ocorrerá também em virtude de uma inércia justificativa da espécie anterior – é um desvio negativo de ponderação. A quarta e última espécie aparece nos casos em que a ponderação conclusiva seja efectuada com a integração de interesses irrelevantes – um desvio positivo de ponderação.⁸⁰

No Estado Democrático de Direito não se aceita que o exercício do poder discricionário seja utilizado como instrumento para a satisfação de fins parciais ou pessoais, de grupos económicos ou político-partidários.⁸¹ É nesse sentido que por vezes na doutrina se ouve falar que a discricionariedade aparece como um manto que encobre a violação do princípio em questão, o que caracteriza-se na exacta interpretação inversa ao princípio do primado do interesse público, vez que este cede às pretensões pessoais ou parciais.

CONCLUSÃO

Pode-se dizer que é em torno da ideia de proibição de concessão de privilégios e de preferências de tipo pessoal que se desenvolve não só o princípio, mas o próprio conceito de imparcialidade. Desde as origens remotas da justiça aristotélica até os dias actuais, o estandarte da imparcialidade e foi usado nas mais diversas convulsões sociais.

A concepção do princípio que vê na imparcialidade uma norma de condensação das regras sobre impedimentos é dominante em vários sistemas jurídicos e vem, geralmente, acompanhado da noção de igualdade, em denotação da estreita ligação entre estes dois princípios. Assim é em Portugal, Brasil, Alemanha, França e outros dos grandes sistemas jurídicos do mundo.

A íntima compreensão entre princípios, nomeadamente o da imparcialidade com seus confluente da igualdade e da proporcionalidade, vê no princípio da imparcialidade um princípio omnicompreensivo que contém uma relação de proibição de tomar parte pelo todo, da qual resulta que parcial é a decisão que não considera factos ou interesses relevantes, vertente positiva, ou que considera factos ou interesses irrelevantes, vertente negativa.

⁸⁰ Ibidem. p. 454.

⁸¹ TOURINHO, Op. Cit., p. 123.

Apesar dessa ligação estreita, o princípio da imparcialidade pode ser violado sem que ocorra violação da igualdade. Isso porque o princípio da igualdade incide sobre a ponderação em sentido estrito e determina que a contraposição recíproca entre os interesses deve ser feita sem excesso. A imparcialidade regula a selecção de interesses, enquanto a proporcionalidade regula a composição respectiva dos interesses. Esta é estrutura enquanto aquele é resultado.

A ideia de controlo total da discricionariedade e a implementação de uma normocracia forma um obscurecimento das virtudes derivadas da existência de margens de livre decisão, em movimento contrario a decisões qualitativamente melhores. Esse pensamento é a exacerbação dos movimentos garantísticos que procuravam limitar o Estado. Mas o garantismo exclusivista é contraproducente, pois inviabiliza a liberdade de acção indispensável para a realização de decisões correctas.

Há uma necessidade de contraponto da discricionariedade no controlo jurisdicional que leva a assunção de que a avaliação a efectuar pelos tribunais se deve situar no ponto de equilíbrio entre a vantagem da liberdade de acção e a desvantagem do exercício impróprio da margem de livre decisão. Dessa forma, mais do que se chegar a um controlo total, o avanço no controlo jurisdicional da discricionariedade deve ser efectuado no plano específico do apuramento das técnicas retiráveis dos princípios jurídicos. Eles funcionam como critérios de sindicabilidade das margens de livre decisão.

A interpretação conjunta dos princípios acima constituem limites internos ao exercício do poder discricionário, que, foi e continua sendo largamente usado para justificar desvios de poder e função pelos administradores que actuam em favor de um interesse pessoal ou parcial em detrimento de interesses difusos.

A imparcialidade deve estar implícita desde a formulação da norma pelo legislador até o controlo jurisdicional ulterior, momento em que, mesmo que seja verificada, no caso concreto, a estrita legalidade, deve analisar o atendimento a todos os princípios incidentes e decidir em favor da solução que os reforce.

Em suma, a discricionariedade é um campo delimitado inicialmente pelo princípio da legalidade em face ao advento do Estado de Direito. Nesse espaço resultante dentro dos limites da legalidade surgem várias esferas internas correspondentes aos princípios da administração e do direito. É somente na intersecção que é comum a todas as esferas – princípios – onde reside a escolha ou decisão acertada.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

- CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 473-486, maio, 1999.
- CASSESE, Sabino. Le trasformazioni del Diritto Amministrativo dal XIX al XXI Secolo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2000.
- DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 259.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GARCIA, Emerson (Org). Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.
- GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 3. ed., Madrid: Alianza, 1982.
- GRANDO, Artur Antônio. *A soberania em face da ordem econômica hodierna*. Orientador: Carla Della Bona. Paso Fundo: UPF, 2009. Monografia. (Graduação em Direito)
- HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MAFFINI, Rafael. Direito administrativo. 2. ed. São Paulo: editora revista dos Tribunais, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- NUNES, Cláudio Pedrosa. O Conceito de Justiça em Aristóteles. *Revista do TRT da 13ª Região*, 2000. p. 26. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19220/O_Conceito_de_Justi%C3%A7a_em_Arist%C3%B3teles.pdf?sequence=4>. Acesso em: 20 nov 2011.
- PRIBERAM, Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=imparcial>>. Acesso em: 20 nov 2011.
- THOMASAQUINAS, Saint. *The summa theologia*. 2. ed. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1996. 2 vol.
- SOUSA, António Francisco de. *“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.
- _____, António Francisco de. *Direito Administrativo*. Lisboa: Prefácio, 2009.
- STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

