



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE CONSENTIMENTO DE USO DE BEM
PÚBLICO

Nathalia Moreira de Abreu Machado

Rio de Janeiro
2017

NATHALIA MOREIRA DE ABREU MACHADO

O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE CONSENTIMENTO DE USO DE BEM
PÚBLICO

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DE CONSENTIMENTO DE USO DE BEM PÚBLICO

Nathalia Moreira de Abreu Machado

Graduada pela Universidade Salgado de Oliveira. Pós-graduada em Direito Ambiental pela Universidade Gama Filho. Advogada.

Resumo – o presente artigo possui a finalidade de demonstrar, em linhas gerais, os principais instrumentos jurídicos para uso privativo de bem público e a possibilidade de seus controles pelo Poder Judiciário. Com o conceito indeterminado do interesse público, é possível demonstrar a necessidade da atuação judicial diante da zona de certeza positiva e negativa. O juiz é imprescindível intérprete da legalidade, como forma de restringir o Administrador Público quando esse fere a moralidade administrativa com discricionariedade a ele concedida, sem macular a Separação dos Poderes. Poder Judiciário, portanto, é autorizado a realizar o controle judicial dos atos administrativos.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Bens Públicos. Uso de bem público. Interesse Público. Legalidade Administrativa. Moralidade Administrativa. Separação dos Poderes.

Sumário – Introdução. 1. Os atos de consentimento de uso de bem público: discussão sobre a discricionariedade de sua concessão e a necessidade de licitação. 2. A questão da análise judicial do dever de indenizar: aspectos da extinção do ato do uso de bem público diante de sua precariedade. 3. A identificação do alcance do interesse público pelo Poder Judiciário e a discussão da análise do mérito administrativo perante a moralidade administrativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa demonstra que o Poder Judiciário está autorizado pela própria Constituição a realizar o controle da moralidade administrativa, por esta estar intimamente ligada à própria legalidade, assim este trabalho a tem a finalidade de refletir sobre como o Poder Judiciário pode analisar as decisões administrativas que autorizam o uso de bem público, por meio do Interesse Público, tornando possível a verificação da legalidade nos atos de consentimento do uso de bens dessa natureza.

Os conceitos dos principais institutos de atos do consentimento do bem público são esclarecidos: autorização, permissão, concessão, licença, cessão e a divergência doutrinária quanto à locação de bem público, se essa trata de um ato de consentimento de uso de natureza pública ou, por sua natureza bilateral, é apenas um contrato privado.

Diante da discricionariedade do atos de consentimento estaria a licitação dispensada?

A análise da extinção precoce do ato administrativo e em que situações são admitidas a indenização ao particular, devido à precariedade que permeia os institutos.

Nesse ponto, inicia-se análise judicial dos atos administrativos. A discussão do tema é delimitada quanto ao investimento realizado no bem, mas pouco explorada quanto aos lucros cessantes do uso.

De outro lado, o princípio da separação dos poderes não autoriza o Poder Judiciário, na análise da legalidade, se fazer substituir da vontade do administrador público, quando a lei assim o autorizar.

Entretanto, o poder constituinte criou mecanismos, por meio de ações constitucionais para tutelar o interesse público. A análise desse interesse público é feita pela tutela jurisdicional.

São citadas as ações que possuem o interesse de coibir e penalizar o administrador público que age fora dos limites da moralidade administrativa que é intimamente ligada a discricionariedade que a lei por vezes concede.

Importante o recorte que, no momento atual do país, com o desenvolvimento do ativismo judicial e maior fiscalização da atividade administrativa, devem ser analisados como os princípios do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil: legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e a moral podem ser valoradas judicialmente.

A justificativa do Interesse Público como conceito indeterminado para intervenção judicial pela Teoria da Zona de Certeza Positiva e Negativa manteria intacta a separação dos poderes?

Objetiva-se discutir como o Poder Judiciário pode analisar a legalidade dos atos de consentimento de uso de bem público sem ofender o princípio da separação dos poderes e o limite do mérito administrativo autorizado pela lei.

Demonstra-se que o Judiciário como o interpretador final das leis, tem permissão, diante de um ato que não respeite a legalidade, anulá-lo, desde que devidamente provocado para tanto.

O presente trabalho demonstra como o Judiciário pode analisar o mérito administrativo para verificar se foram respeitados os princípios constitucionais que devem nortear a administração pública nos atos de consentimento do uso de bem público e isso é autorizado com apenas um viés: o Interesse Público.

A pesquisa jurídica será qualitativa, com análise de bibliografia do tema, decisões judiciais do caso concreto como forma de defender a tese proposta.

A intenção do presente artigo não é pacificar matéria, mas defender a visão que o Judiciário pode controlar os atos administrativos sem que isso ofenda a Constituição Federal.

1. OS ATOS DE CONSENTIMENTO DE USO DE BEM PÚBLICO: DISCUSSÃO SOBRE A DISCRICIONARIEDADE DE SUA CONCESSÃO E A NECESSIDADE DE LICITAÇÃO

A autorização de uso, permissão de uso, concessão, cessão e locação de bem público são atos de consentimento mais comuns do uso privativo do bem público.

Nas modalidades de uso privativo do bem, o Estado permanece com a sua titularidade e concede a possibilidade de o particular explorar esse bem para seu próprio benefício, benefício apenas da coletividade ou benefício de ambos.

A locação de bem público possui divergência doutrinária quanto a sua natureza: se ela é pública ou privada. Para autores, como José dos Santos Carvalho Filho¹ que entende não se tratar de ato de consentimento da Administração Pública e sim contrato bilateral de direito privado.

O que há em comum entre esses atos é a discricionariedade que a Administração Pública possui para consentir o uso privativo do bem público por particular e o interesse público que deve ser, no mínimo, compatível com o uso que é dado ao bem.

A discricionariedade encontra limitação na vinculação quando admite que outros particulares façam parte daquela outorga, não sendo possível negá-la se todos preencherem os mesmos critérios objetivos, de forma a impedir tratamento desuniforme aos interessados².

Tal fato, no entanto, não define que os critérios discricionários não podem sofrer alteração, podendo o poder público revê-los, diante de oportunidade e conveniência

¹ CARVALHO FILHO, José Dos Santos *Manual de direito administrativo* 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p.273

² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.378.

A discricionariedade, encontrada em todas as modalidades de uso, não determina qualquer critério objetivo específico para que seja dada a autorização, aqui escrita no sentido *lato sensu*, e não como nomenclatura do instituto.

Essa discricionariedade deve ter seu viés pautado na moralidade e no interesse público de forma primordial, já que é pautada a conveniência e oportunidade do poder público.

Nesses institutos, o caráter do ato é precário, podendo ser revogado a qualquer tempo pela Administração, mesmo com prazo definido, não sendo obrigatória a indenização.

A outorga do direito de uso deve ser precária, mesmo que a ela tenha sido dado prazo, como em modalidades qualificadas de uso, sob pena de haver pelo simples uso, uma estabilidade que seria definida como uma alienação do bem, como cita Floriano Marques².

A concessão possui um trato diverso; é um contrato administrativo, e não um ato unilateral, simples, que já o afasta da precariedade que existe nos demais atos.

Ressalta-se que, embora não precária, tal forma de uso pode ser revogada após atender determinados requisitos, ou seja, a concessão de uso não possui estabilidade absoluta.

A cessão de uso não possui interesse particular. Trata-se de forma de cessão entre órgãos da própria Administração visando ao interesse público e coletivo que se beneficiará com o uso do bem cedido.

Por conta disso, a limitação para esse tipo de ato é que ele não pode ser com viés lucrativo, ou seja, não cabe ao órgão cedente uma contraprestação pecuniária pelo uso do bem.

No entanto, permite-se que seja possível alguma exigência do órgão cedente, desde que não seja de caráter de lucro.

Para que a administração pública possa se utilizar do uso de bem público, com intuito de lucro, existe o instituto de locação de bem público.

O uso de bem público por meio da locação é considerado para José dos Santos Carvalho Filho.³ ato de direito privado que guarda respeito não às normas administrativas, mas ao Código Civil.

³ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de direito administrativo* 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1479.

Os doutrinadores⁴ como Diógenes Gasparini e Hely Lopes Meirelles, que não aceitam a locação de bem público com o regime de direito privado entendem que não é uma locação o uso de bem público por particular com contraprestação pecuniária, e sim concessão de uso remunerada, espécie de contrato administrativo, sendo, portanto, contrato administrativo.

Nessa modalidade de ato de consentimento de uso de bem público, para que prevaleça do interesse público, o art. 2º da Lei n. 8.666/93⁵ exige licitação. Ressalta-se, porém, que há exceções contempladas na mesma Lei, em seu art. 17, I, “f” e “h”⁶ em que há dispensa no caso de locação para de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; bem como para locação de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública.

A exceção prevista na Lei n. 8.666/93⁷ demonstra que nesses casos o interesse público já foi contemplado, não sendo necessária licitação para demonstração que a coletividade será beneficiada.

O fator de preocupação na análise dos institutos, independente da exigência ou não da licitação, se dá quanto à discricionariedade do administrador público em determinar o uso, bem como, na maioria dos atos citados, a precariedade quanto a revogação do ato.

As leis de licitação e as leis que tratam esses atos de consentimento não definem critérios objetivos para a escolha do administrador para que o uso do bem público seja feito, por isso essa discricionariedade ampla dificulta a anulação de um ato que seja eivado do vício da legalidade e moralidade por falta de critérios.

O único entendimento pacificado em que torna obrigatória a licitação, afastando a discricionariedade em absoluto, é na hipótese que havendo prazo, que limitaria o uso do bem público da coletividade ou eventual disputa entre interessados, é necessária a licitação⁸.

⁴ GASPARINI e MEIRELLES apud CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de direito administrativo* 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1479

⁵BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017

⁶ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017

⁷BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017

O legislador na Lei de Licitações na Lei n. 8.666/93⁹ não se preocupou em limitar essa discricionariedade para evitar que prevaleça interesses escusos nos atos de consentimento de uso de bem público.

Devido a isso, cabe ao Judiciário analisar a concessão dos atos e suas implicações sem que o mérito administrativo seja maculado, em nome da separação dos poderes e os princípios que devem reger a administração pública previsto na Constituição Federal de 1988.

2. A QUESTÃO DA ANÁLISE JUDICIAL DO DEVER DE INDENIZAR: ASPECTOS DA EXTINÇÃO DO ATO DO USO DE BEM PÚBLICO DIANTE DE SUA PRECARIIDADE

Os instrumentos jurídicos para o uso privativo dos bens públicos possuem como regra geral a precariedade que não confere estabilidade ao vínculo entre o particular e a Administração Pública.

Isso se verifica pela própria característica do ato, que é tolerância do uso do bem público pelo particular, não sendo possível que tal fato seja perene.

Entende a doutrina, por meio de Floriano Marques Neto¹⁰, que mesmo diante de prazo estipulado para o uso do bem, pode haver a extinção do vínculo, unilateralmente, sem que isso gere, por si só o dever de indenizar o particular.

Nota-se que isso é possível se verificado desvio de finalidade para extinção do ato, sem que haja efetiva conveniência e oportunidade.

Cabe destacar que na modalidade de concessão, devido à prestação de serviço público, sendo o uso do bem público acessória a tal concessão, existem garantias maiores ao particular devido ao investimento realizado para prestação e sua importância perante a coletividade.

Tal fato não significa que não poderá haver a extinção de contrato de concessão, mas

⁸ MEDAUAR apud MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.345

⁹BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017

¹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.343

exigem-se requisitos mais qualificados, diante da sua própria natureza contratual.

Por essa vertente, deve prevalecer o interesse público, observados os princípios da Administração presentes no art. 37 da Constituição¹¹: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Quando há vício no ato da administração, que cause danos ao particular, o fato administrativo é judicializado, e se faz necessário que o Judiciário, como intérprete da lei, analise se o mérito administrativo pode ser questionado no ato extintivo.

Por vezes, não há necessidade de vício para análise judicial. Basta o particular sentir-se lesado com a extinção.

Com isso, o Judiciário não restabelece o ato, que pode ser legal e preencher os princípios da administração, mas pode determinar a indenização do particular.

É o que ocorre nos contratos em que a precariedade é reconhecida, bem como legítimo o ato do administrador público, entretanto, o particular faz jus a indenização pelo tipo de uso finalístico do bem público.

A jurisprudência brasileira, representada pelo Superior Tribunal de Justiça, vem admitindo a possibilidade de indenizar o particular mesmo com instrumentos de jurídicos de uso privativos que não se revestem de qualquer estabilidade, como no caso da permissão.

Nesse sentido, o STJ considera possível indenização ao particular para extinção da permissão, mesmo considerando sua precariedade, conforme decisão veiculada em seu informativo n. 0485. Assim, colhe-se o seguinte julgado, REsp n. 1.021.113-RJ, do Superior Tribunal de Justiça¹²:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SERVIÇOS LOTÉRICOS. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. NATUREZA JURÍDICA. RESCISÃO UNILATERAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO PELOS GASTOS DE INSTALAÇÃO DA CASA LOTÉRICA. EXISTÊNCIA DE INVESTIMENTO VULTOSO PARA CONCRETIZAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DANOS MATERIAIS. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM RAZÃO DE LAUDO PERICIAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ.

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017

¹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.021.113-RJ.Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?origemPesquisa=informativo&tipo=num_pro&valor=REsp1021113>. Acesso em: 24 mai. 2017

RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, NÃO PROVIDO.

Na concessão, como já descrito, os requisitos têm forma mais consistente, pois a estabilidade do contrato de concessão exige esse tipo de prerrogativa.

Nessa esteira pode-se citar Carvalho Filho¹³:

Diferentemente se passa com a hipótese de rescisão por razões de interesse público. Como no caso não há culpa do contratado, tem este direito à reparação dos prejuízos que a rescisão ocasionou. A não ser assim, haveria verdadeiro enriquecimento sem causa por parte da Administração, o que não é tolerável pelo Direito.

Isso significa que, na outorga da concessão, enquanto ela estiver vigente, o poder concedente não poderá impedir que o particular faça o uso privativo do bem.

Nesse caminho, infere-se que as formas de extinção antecipada da concessão por caducidade ou encampação, será precedida de lei, quando ela foi necessária para realização do contrato de concessão e prévia indenização ao particular.

De outro lado, será obrigatória a autorização judicial quando a rescisão se der pelo particular unilateralmente, que sem haja o interesse do poder público em pôr fim ao contrato.

Essa exigência se faz necessária pelo princípio administrativo de continuidade do serviço público, em que o particular não pode alegar a exceção de contrato não cumprido, que rege os contratos de direito privado.

Nesse aspecto, o interesse público se impõe ao particular e o Judiciário deve equalizar a questão para que o serviço público, especialmente especial, não seja paralisado.

Tal exigência pode ser entendida pelo próprio princípio da legalidade administrativa, em que no Direito Administrativo apenas é autorizado o que consta em lei, e o art. 79 da Lei n.8.666/93¹⁴ apenas concede ao poder público a possibilidade de rescisão unilateral:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - judicial, nos termos da legislação;

Constata-se, portanto que o legislador quis garantir a supremacia do interesse público, para que a coletividade não restasse prejudicada pelo interesse particular.

¹³ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de direito administrativo* 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p.280

¹⁴BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017

Ademais, não se pode olvidar que, mesmo o presente trabalho tratando dos instrumentos de conferência de uso, o serviço público delegado por concessão, com a acessoriedade o uso de bem público, pode ser interrompido ao usuário final, diante do inadimplemento desde que haja simples notificação e não haja prejuízo à saúde do usuário, situação que diverge do que está sendo tratado nesse capítulo.

Destaca-se que o presente artigo cuida do tratamento do particular frente ao poder público concedente diretamente.

Entretanto, mesmo na concessão, essa autorização judicial é prescindível se não for caracterizada pela prestação de serviço público, o que autorizaria o particular, diante do seu desinteresse superveniente, rescindir o contrato, mediante condições das cláusulas dos próprios contratos firmados, ou suspender sua execução, como ditado pelo art.78 incisos XV e XVI. da Lei n. 8.666/93¹⁵

Por essa vertente, verifica-se que a cláusula de precariedade é capaz de gerar direito à indenização ao particular, no entanto, o fato é judicializado para que se analise no caso concreto se a extinção precoce gera tal direito.

É certo que não há discussão quanto à permissão da interferência judicial para adentrar nesse aspecto de natureza da indenização ao particular, pois a análise se dá apenas quanto ao aspecto contratual da relação.

Pode-se afirmar que a análise judicial da retribuição pecuniária pelo fim do contrato público antes da data estipulada seria um fato público com aspecto privado. Não há alusão ao mérito administrativo e sim uma análise legal de direito a uma indenização ao particular por ver frustrada sua relação jurídica com o ente público.

¹⁵BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017

3. A IDENTIFICAÇÃO DO ALCANCE DO INTERESSE PÚBLICO PELO PODER JUDICIÁRIO E A DISCUSSÃO DA ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PERANTE A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Inicialmente, cabe destacar o interesse público, como um conceito jurídico indeterminado¹⁶, depende da análise no concreto com necessário uso da razoabilidade.

Diante desse condicionamento de interpretação a outros princípios e ao caso concreto, para parte da doutrina, como Maria Zanella de Pietro¹⁷, o instituto é considerado como inexistente. Para ela por não se possível sua análise em abstrato, bem como depender de outros princípios para sua aplicação, embora com reconhecida importância, ele é quimérico.

Observa-se, porém que tal afirmação não deve prevalecer. O interesse público parece mencionado em toda legislação do Direito Administrativo, permeando toda matéria da Administração Pública.

Quando o instituto do interesse público não é expressamente mencionado, ele é implícito, por se tratar de um princípio reconhecido na matéria administrativa como norteadoras de todos os atos públicos.

A Lei n. 9784/99¹⁸, em seu artigo 2º, traz o princípio como observância obrigatória para Administração Pública Federal e em seus incisos II e III determina faces desse interesse público:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

A indeterminação do aludido princípio não pode impedir sua aplicação, devendo ser interpretado para possibilitar que a legalidade do instituto seja cumprida.

Embora indeterminado, Hely Lopes Meirelles¹⁹ entende a primazia do interesse

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.229

¹⁷ *Ibid.*, p. 230

¹⁸ BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p.113

público como algo da coletividade, mas não do aparato estatal:

A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado. Esse interesse público prevalente é extraído da ordem jurídica em cada caso concreto; daí a dificuldade que os autores enfrentam para a sua definição.

O conceito de interesse público ainda é dividido em primário e secundário, enquanto o primeiro visa ao atendimento à sociedade, à coletividade; o segundo é o instrumento, o ato realizado, para que seja possível essa prestação estatal.

Nesse ponto, delimita-se para esse artigo, como exemplo, que o serviço público prestado é o interesse primário e a concessão de uso para a realização desse serviço por um particular é o interesse público secundário.

Com a intenção de tornar possível a qualificação, no caso concreto, de um conceito jurídico indeterminado, foi criada a chamada Teoria da Zona de Certeza Positiva e Negativa.

Trata-se de uma teoria alemã criada por *Karl Engisch* e bem adequado ao direito brasileiro por Gustavo Bininbojm²⁰ que autoriza a apreciação judicial para proteção do interesse público como conceito indeterminado:

Quando é possível identificar os fatos que, com certeza, se enquadram no conceito (zona de certeza positiva) e aqueles que, com igual convicção, não se enquadram no enunciado (zona de certeza negativa), o controle jurisdicional é pleno. Entretanto, na zona de penumbra ou incerteza, em que remanesce uma série de situações duvidosas, sobre as quais não há certeza sobre se se ajustam à hipótese abstrata, somente se admite controle jurisdicional parcial

Sabe-se que o Judiciário é o interprete das leis e por isso fiscal extraordinário da legalidade administrativa, que trata a limitação da lei perante a Administração Pública.

O exame do Poder Judiciário foi ampliado e possibilitou, após a Teoria dos Motivos Determinantes, que fosse examinado por ele a legalidade dos motivos que autorizaram a decisão do administrador público. Após ampliado pelo conceito indeterminado do interesse público, na atualidade, o Estado Juiz pode analisar a proporcionalidade dos atos administrativos.

Toda essa amplitude limitou a discricionariedade da Administração Pública, possibilitando que fosse observado por outro poder se a moralidade administrativa prevista no art. 37, da CRFB²¹ foi cumprida.

²⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.220.

²¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017

O mérito administrativo continua intacto, após tal modificações pragmáticas, mas é de se observar que o Poder Constituinte desejava em sua essência que os atos administrativos pudessem ser fiscalizados pelo Poder Judiciário.

Para tanto, a Constituição²² traz em seu art. 5º, no rol de Direitos fundamentais as ações que protegem o interesse público. São elas: ação popular, mandado de segurança e ação civil pública.

A Carta Magna, em seu art. 37, §4º, ainda determina sanções para atos de improbidade administrativa, que possuem seus atos descritos na Lei n. 8.429/92, que para sua averiguação também necessitam do devido processo legal cancelado pelo Judiciário.

Pelo Constituinte ainda foi criado o mecanismo do mandado de segurança, no art. 5º, LXIX da Constituição²³ que interfere diretamente da discricionariedade do administrador público, quando se utiliza do abuso de poder para concedê-lo apenas a quem desejar, infringindo a moralidade.

Todas essas ações têm análise e julgamento destinado à tutela jurisdicional.

Diante disso, o interesse público pode ser protegido pelo Poder Judiciário, por meio de ações autônomas e até individuais, momento em que seria possível a análise de como o administrador público agiu e se seus motivos observaram a moralidade.

O ato que traga lesão à moralidade administrativa é inválido, pois ilegal. A moralidade é o princípio explícito retirado do art. 37, da CRFB²⁴.

Importante, portanto, a análise dos institutos de consentimento de uso público e sua ampla discricionariedade, diante da pouca exigência de legal de processo licitatório.

Ao Poder Judiciário seria possível a análise da moralidade no consentimento, que sobre o amparo da legalidade verificará se houve desvio de finalidade que trataria vício insanável e por isso a anulação do ato.

Essa anulação do ato administrativo após análise do princípio constitucional da moralidade é autorizada e conforme citação por Di Pietro²⁵ advém do direito francês,

²²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017

²⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017

²⁵ DI PIETRO, op. cit., p.258

incorporado ao direito brasileiro: “quando a pretexto de atingir interesse público, a Administração atua para proteger e beneficiar pessoas determinadas, o ato administrativo é nulo e passível de controle judicial.”.

No Brasil, há vários sujeitos ativos capazes de proteger o interesse público, e por isso pode haver um conflito de interesses da mesma natureza pública e o Judiciário é órgão capaz de decidir e ponderar qual interesse deve prevalecer.

O Poder Judiciário possui a autorização implícita e capacidade de analisar os atos de consentimento de uso de bem público quando maculada a moralidade administrativa, visto que pelo ponto de vista da legalidade, pouco poderia ser analisado: o administrador possui poucas limitações ao seu mérito administrativo quando a lei não exige a licitação para realização do ato.

Verifica-se, ainda, que o poder legislativo também pode fiscalizar os atos por meio do Tribunal de Contas, como determina o art. 70 da Constituição²⁶, em que pode ser analisar por esse tribunal a legitimidade de economicidade do ato administrativo, ou seja, a moralidade traduzida na finalidade do ato que consentiu o uso ao particular.

O controle judicial dos atos de consentimento de uso de bem público, abertos à discricionariedade do administrador público, não merece ser reconhecido como ação de ativismo judicial.

O reconhecimento desse controle como ativismo expõe uma conotação diminuída em seu termo, concedendo à palavra ativismo dá sentido que algo está mais ativo que deveria, o que não ocorre na questão.

Inicialmente não há ativismo, porquanto o controle judicial carece de provocação, não se instalando sem ação judicial para tanto.

Aliás, pertence ao próprio Poder Judiciário a função de julgar atos ilegais.

Se a discricionariedade dada ao administrador público para realização de seus atos públicos, concedida para economicidade de recursos públicos, apresentar ofensa à moralidade administrativa, é em sua essência ilegal, conseqüentemente exposto ao controle jurisdicional sem que isso resulte em uma intervenção desproporcional.

²⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017

CONCLUSÃO

Como se pode depreender, o estudo faz análise dos atos de consentimento de uso de bem público são, em sua maioria, registrados pela discricionariedade do administrador público em escolher a quem concedê-los, com exceção dos atos em que a lei determina explicitamente a realização de licitação.

No entanto, considerou-se que todo ato administrativo deve corresponder aos princípios administrativos presentes na Constituição da República, sendo a moralidade administrativa o princípio que permeia a própria legalidade do ato.

A discricionariedade do administrador público não deve ser limitada pelo Poder Judiciário, mas sua legalidade pode ser analisada. A separação de poderes também determina que os poderes se fiscalizem entre si, não havendo limitação pelo mérito administrativo quando esse se encontra eivado de vício que afronta sua legalidade.

O interesse público tem observância obrigatória nos atos da Administração Pública, no entanto, seu conceito jurídico é indeterminado, e para o Poder Judiciário se imiscuir em sua análise, deve ser verificada a Teoria de Zona da Certeza Positiva e Negativa, por meio da qual poderá ser verificado que ao interpretar a lei na aplicação do ato, pode esclarecer o conceito totalmente ou parcialmente em decisão judicial.

Verificou-se que o Poder Judiciário também tem a função de ponderar os interesses públicos, que podem envolver interesses distintos, que se anulem entre si: ex.: Estado e Ente Federal, por isso possuem diversos titulares ativos diferentes: Ministério Público Estadual ou da União, Associações entre outros.

Deve o Poder Judiciário, no entanto, ser provocado para revisão do ato administrativo, por meio das ações autônomas constitucionais e individuais e, portanto, o mérito administrativo pode ser analisado, e se eivado de vício pode ser anulado pelo Poder Judiciário sem que isso implique em Ativismo Judicial, ou afronta ao princípio da Separação dos Poderes.

A discricionariedade administrativa não pode servir de meio a afrontar, sem sanção, os princípios administrativos constitucionais.

Infere-se, portanto, que a análise da discricionariedade e do mérito administrativo não macula a autonomia administrativa, pois após a análise de toda a exposição, concluiu-se que o Poder Judiciário pode realizar análise judicial dos atos administrativos de consentimento de uso privativo de bem público, quando provocado, seja por meio de ações constitucionais, ação de improbidade administrativa ou por meio de uma ação individual visando resguardar um interesse particular.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017

_____.Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017

_____. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 06 jan. 2017

_____.Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.021.113-RJ.Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?origemPesquisa=informativo&tipo=num_pro&valor=REsp1021113>.Acesso em: 24 mai. 2017.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos *Manual de direito administrativo* 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.