**ALÉM DA LEGALIDADE, A LEGITIMIDADE: NOVAS POSSIBILIDADES PARA A
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO PARADIGMA DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**BEYOND LEGALITY, THE LEGITIMACY: NEW POSSIBILITIES FOR THE
ADMINISTRATIVE DISCRETION ON THE PARADIGM OF DEMOCRATIC
STATE OF LAW**

*Renato de Abreu Barcelos*¹

*Marinella Machado Araujo*²

Resumo: A discricionariiedade administrativa é um velho instituto do direito administrativo que confere ao administrador público, diante normas jurídicas fluidas e vagas, uma margem de liberdade de adotar a decisão que, subjetivamente, lhe pareça a melhor para o caso concreto. Assim, a discricionariiedade administrativa é pautada pela legalidade: a lei é a origem e o limite da discricionariiedade administrativa. Contudo, o paradigma do Estado Democrático de Direito, ao acolher não somente a legalidade, mas também a legitimidade, recomenda uma reconfiguração da discricionariiedade administrativa, tornando-a legal e legítima. Para que a discricionariiedade administrativa seja igualmente legítima, é necessária a institucionalização de procedimentos administrativos que oportunizem a participação social na construção da decisão discricionária, levando, então, à sua democratização.

Palavras-chave: Legalidade. Discricionariiedade. Legitimidade. Participação. Democracia.

Abstract: The administrative discretion is an old institute of administrative law that gives the public administrator, face to the fluids and vagues rules, a margin of freedom to adopt the decision that, subjectively, it seems be the best for the case. Thus, administrative discretion is guided by legality: the law is the origin and limit of administrative discretion. However, the paradigm of Democratic State of Law, that accommodates not only the legality but also the legitimacy, recommends a reconfiguration of administrative discretion, making her legal and legitimate. For that administrative discretion be equally legitimate, requires the institutionalization of administrative procedures that allow the social participation in the construction of discretionary decision, leading, then, to the democratization.

Keywords: Legality. Discretion. Legitimacy. Participation. Democracy.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna. Especialista em Direito Público pela PUC Minas. Mestrando em Direito na PUC Minas. Pesquisador extensionista adjunto no Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP) da PUC Minas.

² Bacharela em Direito pela UFMG. Especialista em Direito Administrativo pela UFMG. Professora nos cursos de graduação e pós-graduação *stricto sensu* da PUC Minas. Coordenadora geral do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP) da PUC Minas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A discricionariedade administrativa, entendida como a margem de liberdade conferida legalmente ao administrador para concretizar o interesse público no caso concreto, é contemporânea à consolidação do Estado de Direito. Assim, a discricionariedade, apesar de conferir âmbitos de manobra ao administrador público na persecução do interesse público estampado em lei de forma difusa, não se exerce num vácuo normativo, na medida em que ela é juridicamente delimitada por limites legais, destinados a impedir com que a discricionariedade convole-se em arbitrariedade.

A legalidade, portanto, comanda os passos da discricionariedade de dois modos: a discricionariedade somente pode *surgir* da legalidade, por meio de normas cuja fluidez não permite uma única solução para determinado contexto empírico; todavia, a própria legalidade emerge como *limite* ao exercício da discricionariedade como forma de embargar a arbitrariedade.

Essa redução da discricionariedade administrativa à legalidade é uma herança do próprio Estado de Direito – em sua primeira versão, o de matriz liberal. Contudo, não se está mais sob égide do Estado de Direito (liberal ou social), mas sim sob regência do paradigma do Estado Democrático de Direito. Esse paradigma rompe com essa tradição legalista, na medida em que promove, ademais da legalidade da atuação administrativa, a sua *legitimidade*, entendida como a consonância do comportamento administrativo às lédimas aspirações sociais.

Desse modo, vislumbra-se o paradoxo em que está inserida a discricionariedade administrativa: de um lado, a atividade discricionária continua pautada exclusivamente pela legalidade; de outro, a fórmula político-jurídica estruturante do Estado brasileiro, a saber, “Estado Democrático de Direito”, exige que a atuação estatal seja, concomitantemente, legal e legítima.

Nesse sentido, é necessário reconfigurar a discricionariedade administrativa em conformidade com os parâmetros e vetores do Estado Democrático de Direito: o exercício da discricionariedade administrativa deve ser, com efeito, legal e legítimo; em outras palavras, a discricionariedade administrativa deve estar harmonizada com os padrões legais e sociais que regem o Estado brasileiro. Correlativamente, a legitimidade da discricionariedade administrativa somente pode ser alcançada com sua *democratização*.

O problema que se deve enfrentar é *como e de que modo* se obtém a democratização – e, por conseguinte, a legitimação – da discricionariedade administrativa. A hipótese-ensaio

deste estudo é o procedimento administrativo, informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, que pode se transformar no canal de transporte dos anseios sociais por reconhecimento para o âmbito do exercício da discricionariedade administrativa. O procedimento administrativo, assim, capta, pela participação social, os interesses da sociedade que, por sua vez, deságuam no contexto da decisão discricionária.

Com isso, percebe-se que o objetivo principal desta composição científica é articular a discricionariedade administrativa com o paradigma do Estado Democrático de Direito, no sentido de conferir à decisão discricionária ganhos de legitimidade social, o que é possível por meio da procedimentalização da atuação administrativa. Para tanto, o estudo percorreu o seguinte caminho: (i) de início, inventariou-se a dogmática da discricionariedade administrativa em pontualidades e especificidades, salientando, sempre, a questão da legalidade de seu exercício; (ii) em seguida apresentou-se, com auxílio do procedimentalismo discursivo, um bosquejo do que seria o paradigma do Estado Democrático de Direito e os reflexos que ele causa em dois princípios basilares do regime jurídico-administrativo, a supremacia do interesse público e a legalidade; após, propôs-se as reflexões consideradas pertinentes para uma legitimação da discricionariedade administrativa via procedimento democratizante; (iii) por fim, são recolhidas as considerações finais do trabalho, bem como as perspectivas de pesquisa para o aprofundamento e concretização da democratização da discricionariedade administrativa.

O estudo não tem meras pretensões modernizantes sobre esse clássico instituto do direito administrativo. Ele apenas quer salientar que o Estado Democrático (*legitimidade*) de Direito (*legalidade*) requer, da discricionariedade administrativa, mais do que um exercício conforme as prescrições *normativas*, um exercício conforme as prescrições *sociais*³.

2 ESTRUTURAÇÃO DOGMÁTICA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A discricionariedade administrativa⁴ comporta um infindável temário no seu entorno quando de sua compreensão dogmática. Assim, o presente estudo estrutura a discricionariedade administrativa sob dois níveis distintos: o primeiro é relativo às

³ Talvez o objetivo deste texto afronte a advertência de Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 13): “o irrealismo, a idealização e a ingenuidade são armadilhas de que os administrativistas precisam fugir”. Mas seria igualmente irreal tomar uma postura cética em relação às necessidades de um autêntico Estado Democrático de Direito.

⁴ Uma enumeração dos cinco principais dogmas que cercam a discricionariedade administrativa pode ser vista em obra de Bartolomé A. Fiorini (1952, p. 191-192).

pontualidades dogmáticas que envolvem a discricionariedade, ocasião em que serão analisadas questões como terminologia, a discricionariedade no direito, conceituação, necessidade da discricionariedade, localização da discricionariedade e a contraposição dicotômica vinculação e discricionariedade, dentre outras que são genericamente afins à discricionariedade.

O segundo nível analisa três especificidades dogmáticas atinentes à discricionariedade e que, não por acaso, são as que mais recolhem polêmicas na matéria, a saber, os limites da discricionariedade, os conceitos jurídicos indeterminados e o controle, especialmente jurisdicional, incidente sobre a discricionariedade administrativa.

2.1 Pontualidades dogmáticas sobre a discricionariedade administrativa

A história da discricionariedade administrativa⁵ é de sua *juridificação*, do estreitamento do âmbito de liberdade do Poder Público face às lacunas normativas permissivas de uma faculdade de decisão subjetiva. Se – tomando-se como referência a consolidação do direito administrativo, que é contemporânea da revolução francesa – no Estado de Polícia a discricionariedade era cambiável com arbitrariedade⁶, no Estado de Direito a discricionariedade paramenta-se como a liberdade juridicamente delimitada pela lei. A discricionariedade somente tem sua razão de ser quando oriunda da própria legalidade⁷.

Desse modo, a discricionariedade sempre esteve presente no repertório clássico do direito administrativo, e a razão não poderia ser outra: é impossível – e inviável – ao legislador prever, de forma clarividente e pormenorizada, na lei, todos os comportamentos a serem exercitados pelo administrador público: a criatividade da realidade é sempre maior que a criatividade da idealidade (impossibilidade) e a administração não pode ser concebida como

⁵ O objeto do presente estudo é a discricionariedade administrativa. Mas é necessário indagar: a discricionariedade confina-se exclusivamente na seara do direito administrativo? É possível haver discricionariedade em outras funções estatais, como a legislativa e a jurisdicional? O tema é controvertido, pontuando-se posicionamentos favoráveis (DI PIETRO, 1991, p. 45) e refratários (FARIA, 2011, p. 144) a um espraiamento da discricionariedade por outras funções estatais. Particularmente, acredita-se que a razão encontra-se com aqueles que admitem a discricionariedade nas atividades de jurisdição e legislação, malgrado imensamente mais débil na primeira do que na segunda.

⁶ “A palavra *discricionariedade* tem sua origem no Estado europeu dos séculos XVI a XVIII, quando expressava a soberania decisória do monarca absoluto (*voluntas regis suprema lex*). Naquela época, do chamado *Estado de polícia*, em que o governo confundia-se integralmente com a Administração Pública, a sinonímia entre discricionariedade e arbitrariedade era total. Com efeito, se a vontade do soberano era a lei suprema, não fazia sentido cogitar de qualquer limite externo a ela” (BINENBOJM, 2008, p. 195, grifos do autor).

⁷ A dependência da discricionariedade em relação à legalidade pode ser formulada da seguinte forma: a Administração Pública somente pode fazer o que a lei autoriza ou permite - e não o que a lei determina. Se a lei determinasse todo comportamento administrativo, impossível seria a existência da discricionariedade. A discricionariedade, portanto, somente pode permanecer num universo normativo em que a vinculação positiva da administração à lei não é cultuada com rigores elevados e absolutos.

uma insensível máquina executora das determinações do legislador (inviabilidade) – deve-se permitir ao administrador *pensar*⁸. A discricionariedade é, pois, indispensável numa sociedade sob influxo de constantes mutações dos mais diversos matizes; ela é um hino à *pragmática*.

Apesar dessa ideia comum de que a discricionariedade, sob égide do império da lei que regula todos os meandros estatais, é juridicamente vigiada pelo ordenamento jurídico, incertezas⁹ estão a obnubilar essa temática do direito administrativo tão rica e tão importante para a sedimentação de um Estado Democrático de Direito expurgado de ilegalidades e ilegitimidades.

A própria terminologia a ser empregada para a decifração semântica – e mesmo sintática – do fenômeno discricionário até hoje não logrou ares indubitáveis. Basta mencionar que existem os rótulos “poder discricionário”, “atividade discricionária”, “ato discricionário”, “faculdade discricionária”, “potestade discricionária”, “liberdade discricionária”, dentre outros correlatos¹⁰. Claro, a indicação precisa de um rótulo não prejudica a compreensão de um instituto tão íntimo e caro ao direito administrativo, na medida em que todos conseguem, de alguma forma, captar proficuamente o núcleo da discricionariedade administrativa.

Este estudo contribuirá para o fortalecimento dessa babilônia ao propor a discricionariedade como gênero, das quais seriam espécies o “poder discricionário” e o “ato discricionário”. Nesse sentido, discricionariedade administrativa seria um processo de integração normativa¹¹, juridicamente demarcado, concedido por uma atribuição normativa do legislador¹² para editar atos concretos¹³ vocacionados para a contemplação de um interesse

⁸ “O instituto jurídico do poder discricionário tem o seu sentido e sua razão também, e exatamente, no estado de direito. O dador de leis, muitas vezes, não está capacitado para colher a multiplicidade da vida e adota uma regulação que satisfaça todas as possibilidades e alternativas da prática. O poder discricionário da administração se oferece como recurso. O dador da lei delimita o quadro e indica a direção de objetivos, a administração encontra, sob a observância desses ajustes legais e sob a consideração das circunstâncias concretas, uma solução conveniente ao caso particular e ajustada à coisa. A autoridade, portanto, tem de continuar a pensar a concepção legislativa e de concretizar pelo caso particular; ela tem de decidir assim como o dador de leis certamente teria decidido o caso concreto” (MAURER, 2001, p. 49).

⁹ Aliás, pode-se dizer que a discricionariedade administrativa equilibra-se numa frágil dicotomia entre certezas e dúvidas, sendo estas mais intensas do que aquelas. Exemplifique-se: se se tem por superado que a discricionariedade não confere ao administrador público uma margem de liberdade insuscetível de verificação jurisdicional, os limites e a extensão dessa perscrução ainda são impassíveis de consenso doutrinário ou jurisprudencial.

¹⁰ Para fins meramente ilustrativos, confira-se: (i) adotando a terminologia “poder discricionário”: Edimur Ferreira de Faria (2011, p. 141); (ii) utilizando a expressão “atividade administrativa não vinculada”: Germana de Oliveira Moraes (1999, p. 27); (iii) valendo-se de “ato administrativo”: Gustavo Binenbojm (2008, p. 210); (iv) mencionando recorrentemente o termo “potestade”: Mariano Bacigalupo (1997, p. 73); (v) inovando na terminologia, está Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 14), ao se referir a “dever” discricionário.

¹¹ “No sentido restrito, todavia, o Direito Administrativo toma o vocábulo para expressar apenas a possibilidade jurídica outorgada pelo legislador ao administrador para integrar a definição do interesse público específico previsto numa norma legal” (MOREIRA NETO, 2002, p. 33).

¹² Aqui, o âmbito de incidência do “poder discricionário”.

¹³ Por sua vez, vislumbra-se, neste momento, o “ato discricionário”.

público não plasmado inequivocamente pela lei. O “poder discricionário”, portanto, é que desencadearia o fenômeno da discricionariedade o qual, por seu turno, desaguaria na edição de um ato administrativo eminentemente discricionário.

Com efeito, a compreensão da discricionariedade resta prejudicada se não contraposta com seu fenômeno umbilicalmente relacionado, a saber, a vinculação. Mas, apesar das diferenças, vinculação e discricionariedade habitam o mesmo condomínio: o legal. A discricionariedade, como se viu, é uma técnica de integração normativa ante a ausência de um preciso comportamento administrativo a ser adotado pelo administrador. Nesse caso, se o comportamento não foi minuciosamente descrito pela lei, tem o administrador uma margem de liberdade para adotar aquele comportamento que se parâmentar, no caso concreto, como o mais apto a consagrar o interesse público. Deve, pois, o administrador criar, através de sua subjetividade volitiva, a conduta que se desvelar oportuna e conveniente em determinado contexto empírico caracterizado pela ausência de uma regulação normativa maximizada. Operando, então, com o binômio oportunidade e/ou conveniência, pode o administrador selecionar a solução mais adequada ao interesse público, retirando-a de um amplo leque de possíveis decisões a ele disponíveis, todas, em tese, validadas juridicamente¹⁴.

A vinculação é a negação da discricionariedade, ou seja, caracteriza-se pela ampla, profunda e indubitável disciplina normativa do comportamento administrativo. Todos os aspectos pertinentes ao comportamento administrativo estão indicados na lei, não havendo, portanto, um ponto de fuga para eventual atividade volitiva do administrador: a decisão acaba sendo tomada pela lei, e não pelo administrador – como é o caso da discricionariedade. Assim, se na discricionariedade há volição, na vinculação há cognição. A fluidez normativa enseja a discricionariedade carecedora de integração fática. A robustez normativa enseja a vinculação determinativa do comportamento fático. Enfim: a vinculação importaria uma única decisão para o caso concreto, prévia e abstratamente fornecida pela norma, devendo o administrador tão-somente acessá-la por via interpretativa¹⁵ e implementá-la na realidade fática¹⁶.

¹⁴ “Pode-se, portanto, definir a discricionariedade administrativa como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito” (DI PIETRO, 1991, p. 41).

¹⁵ Interpretação, aqui, evidentemente, é somente cognitiva, ou seja, visa somente a conhecer algo “dado” (essência do positivismo), e não a criar algo.

¹⁶ Aduz Jean Rivero (1981, p. 93-94): “Por vezes sucede que a lei impõe a um agente público a obrigação de decidir num certo sentido, quando estejam preenchidas as condições que enumera. Neste caso, o agente limita-se a verificar a existência dessas condições: desde que verifique que se encontram reunidas, o seu comportamento está-lhe inteiramente ditado. [...]. Existe [pois] competência vinculada quando a norma jurídica impõe aos agentes aquela decisão que para eles decorre da reunião das condições que define [...]”.

Tendo-se por perspectiva o que foi dito acima sobre a relação entre “poder discricionário” e “ato discricionário” – de que daquele surge esse – pode surgir uma falsa impressão de que existiriam atos puramente vinculados e atos puramente discricionários. Nada mais errôneo. Isso porque, ao se analisar a anatomia do ato administrativo, é possível vislumbrar elementos que podem ser vinculados ou discricionários. Dito de outro modo: um mesmo ato pode aconchegar em torno de si padrões discricionários e padrões vinculados.

Como cediço, basicamente cinco são os elementos do ato administrativo¹⁷: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade. Nesse sentido, o sujeito indicado para a prática do ato estaria sempre arrolado pela lei, na medida em que a competência é sempre disposta pelo direito positivo; a forma que recobriria o ato a ser editado também seria, como regra, prevista pela lei; e um ato não poderia ser praticado com finalidade diversa daquela que é atender ao interesse público – do contrário, surgiria a figura do desvio de poder ou de finalidade. A margem de liberdade, típica da discricionariedade, residiria, nessa medida, no objeto e no motivo¹⁸: o primeiro porque o conteúdo do ato nem sempre é albergado pela lei; o segundo porque a lei pode não estabelecer peremptoriamente as razões de fato e de direito ensejadores da prática do ato administrativo. Ora, por meio dessa *ontologização* dos elementos do ato administrativo é perfeitamente possível conceber a inexistência de um ato puramente discricionário ou vinculado, vez que, no âmbito de um mesmo ato, há elementos vinculados (sujeito, objeto e forma) e elementos discricionários (objeto e/ou motivo)¹⁹.

Igualmente, constata-se confusão quanto à relação entre mérito e discricionariedade²⁰. Apesar de entrelaçados no mesmo habitat, a saber, a ausência de regulamentação normativa que indique, com clareza, qual o comportamento a ser adotado pelo administrador público, mérito e discricionariedade distinguem-se: a discricionariedade seria um processo de integração normativa do qual a decisão resultante comportaria o mérito. Assim, “[...] a discricionariedade é uma técnica e o mérito, o resultado” (MOREIRA NETO, 2002, p. 47). Esse contraste, conforme será visto em momento posterior deste estudo, é de

¹⁷ Adota-se, nesse ponto, a classificação e nomenclaturas de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 187).

¹⁸ Desses dois elementos exsurgiria o binômio oportunidade (motivo) e conveniência (objeto), que dá esboço à figura do mérito do ato administrativo: “o mérito se localiza, na análise elemental do ato administrativo, comumente reconhecida e adotada pela doutrina e direito positivo brasileiros, nos elementos *motivo e objeto*” (MOREIRA NETO, 2002, p. 47, grifos do autor).

¹⁹ “Após o reconhecimento de que inexistem atos completamente discricionários, desaparece a distinção entre as categorias dos atos vinculados e discricionários. Qualificam-se, desde, então, como discricionários tão-somente certos aspectos ou elementos do ato administrativo” (MORAES, 1999, p. p. 30).

²⁰ “O *mérito*, entendido como atributo incidental do ato administrativo, tem recebido tratamento fragmentário e pouco homogêneo entre os escritores. Impressiona a diversidade de sua conotação à discricionariedade, ora *confundindo-os*; ora apresentando-os numa relação na qual o mérito aparece como *causa* do uso de faculdades discricionárias; ora como *iter*, o seu próprio uso; ora como *efeito*, o resultado do uso; ora em *aspecto* (ou aspectos) que, por isso, passa a assumir o ato” (MOREIRA NETO, 2002, p. 45, grifos do autor).

suma importância para desfazer equívocos relacionados quanto à extensão do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa e do mérito; é dizer, controlar o mérito e controlar a discricionariedade são coisas diferentes.

Em relação ao mérito, pode-se ainda acrescentar: (i) o mérito possui conotações políticas, na medida em que a decisão – que deveria ter sido indicada pelo legislador – passa-se para o administrador, sem parâmetros precisos, o que oportuniza uma margem de liberdade e de apreciação que não se confina em aspectos exclusivamente jurídicos; (ii) esses aspectos não exclusivamente jurídicos traduzem-se no binômio “oportunidade e/ou conveniência”, pelo qual o administrador pode refletir, solitariamente conforme sua subjetividade, sobre quais razões de fato e de direito podem ser alocadas para fundamentar a sua decisão, bem como o conteúdo dessa mesma decisão – objeto e motivo.

2.2 Especificidades dogmáticas sobre a discricionariedade administrativa

Na análise dogmática da discricionariedade administrativa, três temas lhe são intrínsecos: os limites postos para que a discricionariedade não se convolte em arbitrariedade, a controvérsia a respeito do perfil – cognitivo ou volitivo – dos conceitos jurídicos indeterminados e a própria extensão do controle que o Judiciário exerce sobre a decisão discricionária, polêmica que se agudiza em razão dos princípios da divisão funcional do poder (art. 2º da Constituição Federal) e da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), ambos vislumbrados como garantias fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito.

2.2.1 Evitando a arbitrariedade: os limites para o exercício da discricionariedade administrativa

Conforme visto, a discricionariedade administrativa não se dá num vácuo normativo; seu exercício pressupõe, em lineamentos gerais, a observância de todo o universo normativo que regula a atuação estatal. Tais limites são postos como forma de se aferir a própria legalidade da atuação discricionária, e a sua transgressão representa a transformação da discricionariedade em arbitrariedade. Assim, são freios²¹ erigidos ao exercício da

²¹ A literatura jurídica ainda não chegou à unanimidade quanto ao elenco e denominação desses limites: Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991, p. 98-170) estabelece como limites à discricionariedade os princípios da moralidade administrativa, os gerais de direito no direito administrativo, da razoabilidade e o da supremacia do

discricionariedade administrativa: razoabilidade, proporcionalidade, desvio de poder e motivação. Importa observar que esses limites é que darão a tônica do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, fixando os parâmetros legitimadores da intromissão do Judiciário no agir discricionário.

O primeiro ponto a se destacar é que, apesar de intimamente interligadas, razoabilidade e proporcionalidade não se confundem²². A razoabilidade impõe o dever de que a decisão estatal seja conforme aos *standards* sociais. Logo, uma decisão seria irrazoável quando dissonante dos anseios sociais ou daquilo que a sociedade desejaria naquele contexto²³. O senso comum²⁴, portanto, acaba se revelando como o critério de medição da razoabilidade de uma determinada atuação estatal. Refletindo-se no campo da discricionariedade, pode-se dizer que o agir discricionário é irrazoável quando a decisão dele advindo ignora a dimensão objetiva das necessidades sociais que estão plasmadas na finalidade da atuação administrativa – o atendimento do interesse público²⁵. Violando o interesse público – que atua como termômetro do que é social e objetivamente aspirado pela generalidade das pessoas – a decisão discricionária irrazoável merece ser repreendida pelo Poder Judiciário, através de sua invalidação.

Por sua vez, a proporcionalidade é mais específica e menos diluída que a razoabilidade, na medida em que enfoca a causalidade adequada, necessária e proporcional em sentido estrito de um meio em relação a um fim²⁶. Se, em uma visão geral, a medida

interesse público sobre o interesse privado; apesar de não mencionar textualmente a ideia de limite, Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 49-106) parece referir-se, quanto ao ponto, ao desvio de poder e à motivação; Edimur Ferreira de Faria (2011, p. 165-184) arrola como limites a finalidade, a teoria dos motivos determinantes, a razoabilidade, a proporcionalidade, o abuso de poder e a arbitrariedade; Hartmut Maurer (2001, p. 50-53) estabelece como limites o não uso do poder discricionário, o excesso do poder discricionário e o uso defeituoso do poder discricionário; Germana de Oliveira Moraes (1999, p. 105-152) consigna os seguintes princípios como balizadores da atuação discricionária: publicidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade; já Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2002, p. 49) aduz os parâmetros da realidade e da razoabilidade como limites à discricionariedade administrativa.

²² Tendo-se por base o ensinamento de Humberto Ávila (2003, p. 101-103), pode-se dizer que a razoabilidade importa um dever de harmonização (entre medida adotada e o critério que a dimensiona, entre a norma e suas condições externas de aplicação e entre norma geral com o caso individual), ao passo que a proporcionalidade opera-se através de uma relação de causalidade entre meios e fins – o que não se constata na razoabilidade.

²³ “[...] pode-se conceber a razoabilidade como a qualidade dos valores buscados pela conduta estatal, ou como fundamento do valor Justiça que ela deve realizar e a coerência, racionalmente demonstrada, entre aquele desempenho e a transformação da realidade por ela provocada e que deve ser justa e concretizadora do interesse público específico para ser considerada válida” (ROCHA, 1994, p. 112-113).

²⁴ “Refere-se este parâmetro a uma decisão que desafia tão escancaradamente a lógica ou os *standards* morais aceitos, que nenhuma pessoa sensata que se tivesse ocupado da questão teria tomado aquela decisão” (MORAES, 1999, p. 81).

²⁵ “Aquele que aplica ou executa a lei deve ter noção clara do que seja razoável, para saber dosar seus atos em conformidade com a vontade da lei, isto é, atender à finalidade nela contida. Principalmente quando se trata de atuação discricionária” (FARIA, 2011, p. 173).

²⁶ “Ele [o postulado da proporcionalidade] se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três

tomada pelo agente estatal não contemplar o fim – que invariavelmente prestigia o interesse público –, essa medida deve ser considerada desproporcional. Logo, a decisão discricionária deve guardar a coerência entre medida adotada e finalidade buscada, sob pena de ser tachada de desproporcional pelo controle jurisdicional da atividade administrativa.

Outro fator de limite à discricionariedade administrativa é a figura do desvio de poder²⁷. O poder juridicamente delimitado que o Estado tem em suas mãos tem sempre endereço certo, o atendimento do interesse público. Assim, origem e destino entrelaçam-se: o poder estatal tem origem na vontade social e está direcionado a cumprir um interesse público igualmente reflexo da vontade social. O instrumentário de ação do Estado, portanto, somente pode ser manobrado, sem qualquer possibilidade de escapatória, com a finalidade de efetivar o interesse público erigido por via legal²⁸. Se as prerrogativas estatais são direcionadas para finalidade diversa do atendimento do interesse público, surge o desvio de poder, vício que não pode ser tolerado num Estado de Direito, porque representativo do desprezo do administrador público pela lei, na medida em que esse se utiliza de uma competência legalmente estipulada para fim diferente daquele para o qual está vocacionada. A competência discricionária, portanto, somente pode ser vista como uma oportunidade legalmente balizada de integrar uma norma dúbia sobre qual é, naquele contexto fático, a decisão que melhor ampare o interesse público. Se se recorrer à competência discricionária para finalidade diversa da concretização de um interesse público difusamente fixado em lei, está-se no campo do desvio de poder, o que oportuniza ao Judiciário, como guardião da legalidade da atuação administrativa, a devida invalidação²⁹.

Por fim, tem-se como limite à discricionariedade administrativa a motivação³⁰. A ideia de a Administração Pública expor, de forma fundamentada, transparente e inteligível as

exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados [sic]?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)” (ÁVILA, 2003, p. 104-105).

²⁷ “[...] o desvio de poder se restringe aos casos de exercício por órgão da Administração da sua competência em desrespeito ao fim a que essa competência está sujeita, que o direito objetivo lhe demarcara. Destarte, transborda do poder que lhe fora confiado” (MELLO, 1979, p. 404).

²⁸ “É certo, portanto, que nos preceptivos aludidos encontram-se estampados preceitos básicos do Estado de Direito e plenamente alicerçados que a atividade administrativa, missão a ser desenvolvida tipicamente pelo Poder Executivo, deverá corresponder à concreção final da vontade popular expressa na lei. Fora da lei, portanto, não há espaço para atuação regular da Administração” (MELLO, 1996, p. 50).

²⁹ “[...] o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos em lei” (DI PIETRO, 2007, p. 203).

³⁰ Para fins deste estudo, considera-se a motivação como *requisito indispensável e obrigatório*, como regra geral, de validade do comportamento administrativo, tanto em atos discricionários como em atos vinculados. A propósito, conferir a obra de Florivaldo Dutra de Araújo (1992).

razões de fato e de direito que embasam sua atuação é corolário da necessidade de visibilidade³¹ do poder para fins de controle. A motivação torna-se, com efeito, uma prestação de contas³² do administrador a seu público, os cidadãos-particulares. Desse modo, a motivação torna-se um instrumento de controle da discricionariedade administrativa, vez que impõe ao administrador público a necessidade de fundamentar, fática e normativamente, os contornos de sua decisão discricionária. Aliás, é a motivação a peça-chave para o descobrimento de indícios de irrazoabilidade, desproporcionalidade e desvio de poder. A motivação é, assim, a principal abertura da discricionariedade ao exame jurisdicional de sua legalidade; é ela que permite a distinção entre arbitrariedade e discricionariedade³³.

Vistos tais limites, é possível fazer algumas correlações: (i) o exercício ilegal da discricionariedade pressupõe uma atuação irrazoável, desproporcional ou com desvio de poder, o que pode ser vislumbrando por meio da obrigatória motivação; (ii) o conceito de arbitrariedade, confunde-se, assim, com o conceito de ilegalidade: uma decisão discricionária irrazoável, desproporcional ou com desvio de poder, o que pode ser aquilatado via motivação, é uma decisão arbitrária. Simbióticos, portanto, os conceitos de ilegalidade e arbitrariedade. E, assim, o controle da discricionariedade, através de seus limites, é um *controle de legalidade*³⁴.

2.2.2 A controvérsia sobre os conceitos jurídicos indeterminados: caso de discricionariedade ou de vinculação?

³¹ “Para o homem que saiu da menoridade, o poder não tem, não deve mais ter, segredos. Para que o homem que chegou à maioridade possa fazer uso público da própria razão é necessário que ele tenha um conhecimento pleno das questões de Estado. Para que ele possa ter pleno conhecimento das questões de Estado, é necessário que o poder aja em público” (BOBBIO, 2000, p. 406).

³² No modelo de democracia deliberativa, essa prestação de contas (*accountability*) que é veiculada pela motivação é um imperativo incontornável: “A democracia deliberativa insiste na exigência de uma contínua prestação de contas [...]. Aqueles que agem em nosso nome devem nos prestar contas, e nós devemos sujeitá-los a isso. [...]. Apesar de não ser preciso que um cidadão autônomo participe ativamente da política, ele deve estar preparado para obrigar aqueles que o fazem a prestar contas das decisões que tomam em seu nome” (GUTMANN, 1995, p. 6).

³³ “A motivação da decisão começa, pois, por marcar a diferença entre o discricionário e o arbitrário, e isso, porque se não há motivação que a sustente, o único apoio da decisão será a simples vontade de quem a adota, apoio insuficiente, como é óbvio, em um Estado de Direito no qual não há margem, em princípio, para o poder puramente pessoal” (FERNÁNDEZ, 2002, p. 87, tradução nossa) (No original: “La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal”).

³⁴ Em termos bastante sintomáticos: “A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade. Por isso mesmo, seria lícito dizer que a legalidade constitui o limite único à discricionariedade administrativa” (DI PIETRO, 1991, p. 94).

Um dos temas que mais recolhem discórdia³⁵ no âmbito da discricionariedade é atinente à natureza dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”. Os conceitos jurídicos indeterminados são conceitos extremamente fluídos e difusos, não podendo ter um perfil definido senão a partir do caso concreto³⁶ a que se referem. Exemplos recorrentes de conceitos jurídicos indeterminados: “probidade”, “segurança pública”, “boa-fé”, “medida adequada”, “saúde pública”, dentre outros semelhantes.

A questão de fundo refere-se à atividade que o administrador público deve realizar perante tais conceitos: (i) se ele deveria interpretar tais conceitos, acessando-os por via cognitiva, donde a existência de uma única resposta correta para o caso sob análise; ou (ii) se ele deveria construir a resposta adequada, por via volitiva, no contexto que se atém à aplicação desses conceitos.

Dessas posições emergem dois grupos de consectários distintos: (i) no primeiro caso, não há discricionariedade administrativa, na medida em que cabe ao administrador somente descortinar o conceito no caso concreto, sem margem de liberdade, o que permite ao Judiciário um controle pleno de sua aplicação³⁷; (ii) no segundo caso, há discricionariedade, na medida em que cabe ao administrador escolher, por meio de seu subjetivismo volitivo, a decisão que, a seu ver, é a oportuna e conveniente para o caso; havendo discricionariedade

³⁵ “Em todo caso, a doutrina não se põe de acordo no tocante à diferença real entre discricionariedade e conceitos indeterminados [...]” (BELTRÁN DE FELIPE, 1995, p. 38, tradução nossa) (No original: “En todo caso, la doctrina no acaba de ponerse de acuerdo en lo tocante a la diferencia entre discrecionalidad y conceptos indeterminados [...]).

³⁶ “[Os conceitos jurídicos indeterminados] são expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação para o caso concreto” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 167-168).

³⁷ Essa é a chamada teoria da univocidade (GUERRA, 2008, p. 56). Nesse sentido: “Em razão disso, a aplicação dos conceitos indeterminados só permite uma única solução justa. Contrariamente, o exercício da potestade discricionária permite uma pluralidade de soluções justas ou, em outros termos, a opção entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do direito” (GRAU, 1995, p. 317). Na doutrina espanhola: “O peculiar destes conceitos jurídicos indeterminados é que sua qualificação em uma circunstância concreta não pode ser mais que uma: [...] ou há utilidade pública ou não há; ou se dá, com efeito, uma perturbação da ordem pública, ou não se dá; ou o preço que se indica é justo ou não o é, etc. *Tertium no datur*. Há, pois, e isto é essencial, uma unidade de solução justa na aplicação do conceito a uma circunstância concreta. Aqui está o peculiar do conceito jurídico indeterminado frente ao que é próprio às potestades discricionárias, pois o que caracteriza a estas é justamente a pluralidade de soluções justas possíveis como consequência de seu exercício” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1974, p. 35, tradução nossa) (No original: “Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: [...] o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc. *Tertium non datur*. Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio”).

nos conceitos jurídicos indeterminados, o controle jurisdicional é mais contido, devendo respeitar a liberdade do administrador público³⁸.

Este estudo segue essa orientação: de fato, mesmo os conceitos jurídicos indeterminados comportam uma margem de liberdade na sua concretização empírica, o que fica evidente no próprio modo de realizá-los: se o administrador deve adotar determinada medida que contemple a saúde pública, o modo de fazê-lo insere-se em seu âmbito discricionário, vez que poderia, nesse caso, utilizar-se de vários instrumentos aptos a concretizar o interesse público consistente numa medida que faça valer a “saúde pública”³⁹.

2.2.3 O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: algumas imprecisões

Estando encartado no âmbito de um Estado de Direito, o exercício da discricionariedade administrativa resta limitado por parâmetros jurídicos. E, onde há limites existe a possibilidade de controle. Esse controle mostra-se imprescindível porque evita a transformação da discricionariedade em arbitrariedade, preservando o enquadramento da atuação administrativa às prescrições legais.

Se a necessidade de controle é algo indiscutível, a extensão da intromissão judicial no agir discricionário não encontra tamanha unanimidade; pelo contrário, trava-se verdadeira batalha – mais ideológica do que eminentemente jurídica, saliente-se – entre os que, de um lado, apoiam uma postura mais assertiva na análise jurisdicional da discricionariedade e, de outro, os que recomendam uma atuação mais tímida por parte do Poder Judiciário.

Os fundamentos para uma posição e outra se lastreiam em dois princípios constitucionais consagrados na Constituição brasileira de 1988: o princípio da separação de poderes (art. 2º da Constituição Federal) e o princípio da inafastabilidade da tutela

³⁸ Essa é a chamada teoria da multivalência (GUERRA, 2008, p. 56). Nesse sentido: “parece ser mais coerente, entretanto, ver o uso de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a concessão de discricionariedade, como manifestações de técnica legislativa de *abertura* das normas jurídicas, carecedoras de complementação” (KRELL, 2004, p. 34). Na doutrina espanhola, assevera Mariano Bacigalupo que, nas zonas de incerteza dos conceitos jurídicos indeterminados existe similitude com a discricionariedade administrativa: “Em suma, a aplicação de conceitos normativos indeterminados em sua *zona de incerteza* e o exercício da discricionariedade administrativa não são senão modalidades de um mesmo fenômeno: a *perfeição* ou integração em sede aplicativa do suposto de fato *imperfeito* (indeterminado ou inacabado) de uma norma jurídico-administrativa” (BACIGALUPO, 1997, p. 205-206, grifos do autor, tradução nossa) (No original: “En suma, la aplicación de conceptos normativos indeterminados en su *zona de incertidumbre* y el ejercicio de la discrecionalidad no son sino modalidades de un mismo fenómeno: la *perfección* o integración en sede aplicativa del supuesto de hecho *imperfecto* (indeterminado o inacabado) de una norma jurídico-administrativa”).

³⁹ “[...] a noção de discricionariedade não se adscrive apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo. Certamente o compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da intelecção dos conceitos vagos” (MELLO, 1996, p. 27-28).

jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), que consagra, entre nós, a unicidade jurisdicional. Os que defendem uma posição mais comedida do Judiciário na análise da discricionariedade administrativa recorrem ao princípio da separação de poderes: se se permitir ao Judiciário uma atuação mais intrusiva na análise da discricionariedade administrativa a cláusula de separação de poderes restaria menosprezada, pois o Judiciário estaria, ao se imiscuir na atuação discricionária, invadindo a função típica do administrador, precisamente, administrar⁴⁰.

Por outro lado, os que pretendem uma investigação jurisdicional da discricionariedade mais rigorosa agarram-se ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. O Estado Democrático de Direito não se coadunaria com arbitrariedades implícitas acopladas ao exercício da discricionariedade, cabendo ao Judiciário censurar o agir discricionário ilegal. A ilegalidade oportunizaria ao Judiciário uma auditoria completa da discricionariedade administrativa⁴¹.

No entanto, existe uma confusão que a doutrina administrativista ainda não conseguiu aclarar: *uma coisa é controlar o mérito resultante da atividade discricionária; outra coisa é controlar a própria atividade discricionária*. Conforme sublinhado, o mérito é resultado; a discricionariedade é processo, técnica. Concordar com o controle do mérito do ato discricionário é ensejar ao Judiciário a *substituição* da decisão do administrador por aquela que ele considerar mais harmônica aos padrões legais. Concordar com o controle da discricionariedade administrativa é permitir ao Judiciário analisar *como* a decisão discricionária foi tomada; isso significa investigar se o processo discricionário estava inquinado de desproporcionalidade, de irrazoabilidade ou com desvio de poder, o que pode ser vislumbrado por meio da obrigatória exposição fundamentada das razões de fato e de direito que determinaram a prática do ato. Se a atividade discricionária ultrapassar os limites postos, deve o Judiciário *anular* a decisão, abrindo a possibilidade de o *administrador público*

⁴⁰ “O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, ‘fará obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes’. Os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional” (FAGUNDES, 2010, p. 181-182).

⁴¹ “Tudo considerado, com o aprofundamento da sindicabilidade, *a autoridade administrativa jamais desfruta da liberdade pura para escolher (ou deixar de escolher)*. Como enfatizado, *não merece prosperar o autoritarismo das escolhas administrativas não-fundamentáveis*. O ‘mérito’ (atinente ao campo dos juízos de conveniência ou de oportunidade) não é diretamente controlável, mas *o demérito e a antijuridicidade o serão, inescapavelmente*. *Mais que nunca, a discricionariedade legítima supõe o aprofundamento da sindicabilidade, voltada à afirmação dos direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à boa administração pública*. No rumo desse expressivo avanço, força consolidar uma nova era dos atos administrativos, agora sob o signo promissor da *motivação* [...]” (FREITAS, 2009, p. 48, grifos do autor).

buscar aquela que não esteja eivada de vícios. Enfim, o controle do mérito importa em substituição; o controle da discricionariedade importa em anulação.

Isso posto, deve o Judiciário controlar a discricionariedade ou o mérito? Com o propósito de compatibilizar os princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade da tutela jurisdicional, deve o Judiciário, *em regra*, controlar apenas a discricionariedade, e não o mérito. Se o agir discricionário desconsiderar os limites postos, deve o Judiciário anular a decisão – que contém, inclusive, o mérito baseado em questões de oportunidade e conveniência – devendo o administrador público perseguir outra decisão, oportuna e conveniente, mas não arbitrária/ilegal.

Mas o controle do mérito, ainda que excepcional, pode ocorrer numa única hipótese: quando as circunstâncias do caso concreto apontarem que, naquele contexto, somente há uma decisão que seja compatível com o ordenamento jurídico. Ou seja, mesmo que a atividade discricionária tenha sido legal, o mérito pode ser devassado e, por conseguinte, *substituído*, quando o caso concreto levar a uma única decisão, por ser esta a desejada pelo universo normativo. Isso é o que se convencionou de *discricionariedade reduzida a zero*⁴². Pois, como bem apontou Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 36-41), a discricionariedade na norma não leva inexoravelmente à discricionariedade no caso concreto⁴³.

2.3 Duas observações finais: subjetivismo e legalidade

⁴² “Com efeito, pode-se dar o caso que – não obstante a natureza discricionária (*em abstracto*) da decisão administrativa impugnada – somente seja possível conforme ao Direito uma *única solução*, ao ser qualquer outra imaginável no caso concreto incompatível com a Constituição ou o Direito, isto é, com direitos ou princípios constitucionais ou princípios gerais do Direito. São estes os casos os quais a doutrina alemã fala de uma *redução a zero* (ou contração ou desaparecimento) da discricionariedade (*Ermessensreduzierung auf Null*), a qual comporta, como consequência lógica no plano processual, a viabilidade, não já de um pronunciamento *anulatório* de qualquer decisão administrativa distinta da única conforme ao Direito, mas de um pronunciamento *positivo* que *condene* a Administração a adotar esta última ou, inclusive – quando exista base para isto nos autos – imponha diretamente a única solução ajustada ao Direito *por via substitutiva*” (BACIGALUPO, 1997, p. 89-90, grifos do autor, tradução nossa) (No original: “En efecto, se puede dar el caso de que – no obstante la naturaleza discrecional (*in abstracto*) de la decisión administrativa impugnada – solo sea posible considerar conforme a Derecho una única solución, al ser cualquier otra imaginable en el caso concreto incompatible con la Constitución o el Derecho, esto es, con derechos o principios constitucionales o principios generales del Derecho. Son éstos los casos en los que la doctrina alemana habla de una *reducción a cero* (o contracción o desaparición) de la discrecionalidad (*Ermessensreduzierung auf Null*), la qual comporta, com lógica consecuencia en el plano procesual, la viabilidad, no ya de un pronunciamiento anulatório de cualquier decisión administrativa distinta de la única conforme a Derecho, sino de un pronunciamiento *positivo* que *condene* a la Administración a adoptar esta última o, incluso – cuando exista base para ello en los autos – , imponga directamente la única solución ajustada a Derecho por vía *sustitutoria*”).

⁴³ “Donde, perante eventos desta compostura, em despeito da discricionariedade presumida na regra de direito, se o administrador houver praticado ato discrepante do único cabível, ou se tiver eleito algum seguramente impróprio ante o confronto com a finalidade da norma, o Judiciário deverá prestar a adequada revisão jurisdicional, porquanto, em rigor, a Administração terá desbordado da esfera discricionária, *já que esta, no plano das relações jurídicas, só existe perante o caso concreto*” (MELLO, 1996, p. 37, grifos do autor).

Apresentada a estruturação dogmática da discricionariedade administrativa, devem-se fazer duas observações finais: (i) o núcleo da discricionariedade administrativa é o *subjetivismo*⁴⁴: assim, constatada a ausência de uma regulamentação precisa do comportamento administrativo, remanesce para o administrador uma margem de liberdade juridicamente delimitada, podendo integrar a norma no caso concreto conforme sua própria subjetividade. O exercício da discricionariedade administrativa é *solipsista*. (ii) Do exposto, verifica-se que a discricionariedade administrativa é pautada, em termos dogmáticos, *exclusivamente na legalidade*⁴⁵. Logo, a atividade discricionária será juridicamente admitida quando observar os parâmetros legais – principalmente os limites postos.

Esse dois pontos serão importantes para uma reconstrução democratizante da discricionariedade administrativa, uma necessidade reclamada pelo próprio Estado Democrático de Direito, paradigma que prestigia não somente a legalidade, mas também a *legitimidade*. Reconstruir os dogmas para trilhar também o caminho da legitimidade: eis o passo decisivo para uma reconfiguração da discricionariedade administrativa.

3 RECONSTRUINDO OS DOGMAS: A DEMOCRATIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O propósito deste estudo é refletir sobre a legitimidade da discricionariedade administrativa. Para que o agir discricionário tenha acréscimos de legitimidade – o que importa dizer que a *legalidade não pode ser desprezada* – é necessário ter em mente a dinâmica do paradigma do Estado Democrático de Direito, pesquisando-se as possíveis relações entre o legal e o legítimo (i), de modo a se pensar uma estruturação teórica capaz de pautar a discricionariedade não só sob o aspecto da legalidade, mas também da legitimidade (ii).

3.1 O paradigma do Estado Democrático de Direito: a reconciliação entre legalidade e legitimidade

⁴⁴ Sinteticamente, pode-se dizer que, na norma aberta, atributiva de discricionariedade, o atendimento do interesse público se dá *subjetivamente* pelo *administrador*, por meio do *ato administrativo*, ao passo que, na norma pormenorizadamente detalhada (vinculada, pois), o atendimento do interesse público se dá *objetivamente* pelo *legislador*, por meio da *lei*. Veja-se: “[...] a lei permite ao administrador que seja ele quem aprecie a oportunidade e conveniência do ato aos interesses públicos [...]” (GORDILLO, 1977, p. 170).

⁴⁵ Relembrem-se as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991) colacionadas na nota de rodapé n. 32.

A Constituição Federal de 1988, logo em seu art. 1º, consagrou a fórmula estruturante do Estado brasileiro, consistente no “Estado Democrático de Direito”. O perfil desse paradigma⁴⁶ jurídico somente pode ser compreendido na medida em que contraposto aos paradigmas historicamente consolidados: o do direito formal burguês e do direito materializado do Estado social⁴⁷.

O paradigma do direito formal burguês⁴⁸ caracteriza-se: (i) por uma divisão funcional do poder em que o Legislativo assume posição dianteira, como lócus da realização da vontade geral; (ii) pela existência de uma democracia indireta, que visa dar frágil ganho de legitimidade à atuação estatal; (iii) pela blindagem do indivíduo dos assédios estatais, por meio dos chamados direitos de primeira dimensão – direitos de liberdade; (iv) pela bifurcação entre Estado (direito público) e sociedade (direito privado), cada qual com seu campo característico; e (v) por um liberalismo econômico que repudia a intromissão estatal na vida econômica privada.

Já o paradigma do direito materializado do Estado social⁴⁹ firma-se nos seguintes apanágios: (i) há um desvirtuamento da visão clássica de divisão funcional do poder, na medida em que o Executivo – e não mais o Legislativo – assume posição proeminente na condução política do Estado; (ii) germina-se uma democracia participativa, voltada principalmente para a inclusão política da massa de trabalhadores; (iii) percebe-se a proliferação de direitos destinados a esmaecer as desigualdades sociais, chamados de direitos de segunda dimensão – direitos de igualdade; (iv) interpenetração entre sociedade civil e Estado, com o agigantamento do Direito Público, principalmente o Direito Administrativo; (vi) politicamente é o período da social-democracia, que renuncia aos propósitos marxistas de

⁴⁶ “[Paradigmas são] as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 1998, p. 13). Ou seja, modelos históricos que condicionam o perfil de uma ciência. É aplicável a noção de paradigma ao direito? Para uma resposta positiva, conferir o trabalho monográfico de Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2009, p. 221).

⁴⁷ Terminologias extraídas de Maria Tereza Fonseca Dias (2003).

⁴⁸ “O Estado constitucional do século XIX [apogeu do paradigma do Direito formal burguês] é herdeiro [de uma] rica tradição cultural [consistente no jusnaturalismo racionalizado e no contratualismo]. Contudo, ao entrar na posse desta herança, o Estado minimizou os ideais éticos e as promessas políticas de modo a ajustar uns e outros às necessidades regulatórias do capitalismo liberal. A soberania do povo transforma-se na soberania do Estado-nação dentro de um sistema inter-estatal; a vontade geral transformou-se na regra da maioria (obtida entre as elites governantes) e na *raison d'état*; o direito separou-se dos princípios éticos e tornou-se instrumento dócil da construção institucional e da regulação do Estado; a boa ordem transformou-se na ordem *tout court*” (SANTOS, 2002, p. 140).

⁴⁹ “[Esse paradigma] começou por reconhecer a ideia de que o déficit no cumprimento de promessa era inevitável e irreversível para depois eliminar a própria noção de déficit. No campo jurídico, este período foi caracterizado por uma hipertrofia inédita da utopia automática de engenharia social através do direito em nome da qual se referiram o cientificismo e o estatismo do direito” (SANTOS, 2002, p. 145).

revolução em prol de evolução por meio das próprias estruturas de poder já consolidadas e, economicamente, assiste-se ao ápice do consenso keynesiano, que prega a constante intervenção estatal no domínio econômico como forma de se minorar as desigualdades sociais.

O denominador comum desses dois paradigmas é a *legalidade*. Mas a legalidade de um e de outro é cabalmente diferente: se no paradigma do direito formal burguês observa-se uma legalidade tímida, retraída, que somente regula os aspectos essenciais para o funcionamento estatal (e que não pode adentrar a liberdade de pessoas privadas atuantes num sistema capitalista), no paradigma do direito materializado do Estado social percebe-se uma legalidade ampliada, mais robusta, intrusiva com o fito de, principalmente, remediar o legado insensível de desigualdades sociais herdado do paradigma do direito formal burguês. Essas distintas colorações de legalidade apontam para o desprezo a outro elemento: a *legitimidade*. Ou, para ser mais exato: *o legal, por si só, é legítimo*.

E é aí que surge⁵⁰ o Estado Democrático de Direito, uma fórmula estruturante que, sem desprezar a necessária legalidade, acolhe também o outrora olvidado elemento da legitimidade⁵¹. Posto isso, surgem dois desafios: definir o que é legitimidade e como alcançá-la.

O conceito de legitimidade é simples: legítimo é aquilo que foi *reconhecido*⁵². E o reconhecimento só pode ser obtido quando os próprios *destinatários* da realidade jurídica podem *influenciar* na criação dessa mesma realidade, na qualidade de *autores*. *Só se pode*

⁵⁰ O desmantelamento do paradigma materializado do Estado Social ocorreu, segundo Habermas, pelo próprio esgotamento das energias utópicas nele outrora represadas: “a utopia de uma sociedade de trabalho perdeu sua força persuasiva – e isso não apenas porque as forças produtivas perderam sua inocência ou porque a abolição da propriedade privada dos meios de produção manifestamente não resulta por si só no governo autônomo dos trabalhadores. Acima de tudo, a ‘utopia perdeu seu ponto de referência na realidade: a força estruturadora e socializadora do trabalho abstrato’” (HABERMAS, 1987, p. 106). Desde então, a democracia é vista como o principal instrumento emancipatório societal o que impulsionou o surgimento do paradigma do Estado Democrático de Direito.

⁵¹ A dicotomia legalidade/legitimidade pode ser melhor vislumbrada na fórmula habermasiana da facticidade/validade. “A validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apoia sobre a facticidade de formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a facticidade artificial [legalidade] da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais” (HABERMAS, 2010, p. 50). Assim, a legalidade corresponde à facticidade e a legitimidade corresponde à validade.

⁵² “Legitimidade significa que há bons argumentos para que um ordenamento político seja reconhecido como justo e equânime; um ordenamento legítimo merece reconhecimento. Legitimidade significa que um ordenamento político é digno de ser reconhecido” (HABERMAS, 1983, p. 219-220).

reconhecer algo quando há a possibilidade institucional de participar na construção daquilo que deve ser, ao final, reconhecido.

Já para se alcançar a legitimidade é necessária uma série de realinhamentos teóricos mediados instrumentalmente por interligações e co-originariedades. Nesse sentido, *direito, moral e política* são reagrupados de forma a permitirem a legitimidade do próprio direito: (i) as normas jurídicas e as normas morais encontram-se numa relação de *co-originariedade*, devendo a moral garantir a justiça e o direito garantir as condições de concretização dessa mesma justiça. Assim, o direito, para ser legítimo, não necessita se subordinar à moral, mas guardar com ela uma relação de simultaneidade. Essa relação entre moral e direito pode ser vislumbrada com o auxílio de um princípio do discurso, segundo o qual: “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 2010, p. 142). Como regra de argumentação, o princípio do discurso bifurca-se em princípio da universalização – utilizada pela *moral* – e princípio da democracia – utilizado pelo *direito*. O princípio da democracia, contudo, não se contenta somente com elementos *morais*, agasalhando, inclusive, elementos pragmáticos e ético-políticos⁵³.

O princípio da democracia, portanto, pressupõe preliminarmente e necessariamente a possibilidade da decisão racional de questões práticas a serem realizadas no discurso, da qual depende a *legitimidade* das leis. Assim sendo, o princípio da democracia, partindo do pressuposto de que uma formação político-racional da opinião e da vontade é possível, implica na institucionalização dessa vontade e opinião políticas racionais através de um sistema de direitos que garanta a cada um igual *participação num processo* de normatização jurídica *legítima* (já garantido em seus pressupostos comunicativos), ou seja, ele tem como implicação a institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo Direito (COSTA, 2003, p. 42, grifos acrescidos).

Em síntese, a moral permite saber o que fazer, mas não como fazer; o direito entra nesse campo, na medida em que é um sistema de saber e de ação, permitindo concretizar, na realidade empírica, aquilo que o aspecto moral recomenda como o mais legítimo para aquele caso.

(ii) Direito e política (ou poder) interligam-se, também, com o fim de alcançar a legitimidade. O poder, no Estado Democrático de Direito, pode ser meramente comunicativo ou administrativo. O primeiro representa a união de pessoas que se juntam para debater

⁵³ “O princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para tais normais de ação que surgem na forma do direito e que podem ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais – e não apenas com o auxílio de argumentos morais” (HABERMAS, 2010, p. 43).

questões que lhe são de interesse comum; é do debate, da argumentação e da troca de razões, institucionalmente livre de coerções externas e internas, realizados numa esfera pública informal, que permite a construção de um entendimento comum, uma síntese racionalizada, das controvérsias capazes de aglutinar o interesse de toda uma comunidade. O desafio, no Estado Democrático de Direito, é fazer com que essa troca de razões *informalmente* firmada possa, de algum modo, *refletir-se* no sistema de poder *formal* capaz de implementar as decisões coletivas. Deve-se, portanto, *transformar o poder comunicativo em poder administrativo*, e isso somente se torna possível a partir da institucionalização de *procedimentos discursivos* – princípio do discurso no viés princípio da democracia, acima apresentado – que garantam a participação dos *destinatários* das regulações jurídicas também na condição de seus *autores*.

A ideia do Estado de direito [democrático] pode ser interpretada então como a exigência de ligar o sistema administrativo, comandado pelo código do poder, ao poder comunicativo, estatuidor do direito, e de mantê-lo longe das influências do poder social, portanto da implantação fática de interesses privilegiados. O poder administrativo não deve reproduzir-se a si mesmo e sim, regenerar-se a partir da transformação do poder comunicativo (HABERMAS, 2010, p. 190).

Dessa esquematização, pode-se inferir que a legitimidade, no Estado Democrático de Direito, somente pode ser alcançada através de *procedimentos* capazes de captar os *anseios sociais*, refletindo-os nas *tomadas de decisão* coletivamente vinculantes. *A legalidade, assim, entrelaça-se com a legitimidade: os destinatários das determinações juridicamente veiculadas são, concomitantemente, seus próprios autores*⁵⁴. E isso somente é possível, repita-se, através de uma participação⁵⁵ discursivo-procedimental.

⁵⁴ “O Estado constitucional democrático é, segundo a sua ideia, uma ordem desejada pelo povo e legitimada pela sua livre formação de opinião e de vontade, que permite aos que são endereçados pela justiça sentirem-se como os seus autores” (HABERMAS, 2001, p. 83). Logo, no Estado Democrático de Direito autonomia pública e privada são co-originárias: “O direito legítimo, assim como a moral, protege a autonomia simétrica de cada um: nenhum indivíduo é livre, enquanto existir uma única pessoa que não esteja gozando a mesma liberdade. Porém, a positividade do direito obriga a uma divisão da autonomia, para a qual não existe correspondente no domínio da moral. Ou seja, a obrigatoriedade de normas jurídicas não se apóia somente na compreensão daquilo que é igualmente bom para todos, mas também nas decisões coletivamente obrigatórias de instâncias que criam e aplicam o direito. Disso resulta a necessidade de uma divisão de papéis entre autores que positivam e prolatam o direito e destinatários submetidos ao direito em vigor. A autonomia, que no âmbito moral constitui, de certa forma, um único bloco monolítico, aparece, no campo do direito, assumindo um figura dupla: a da autonomia privada e a da pública” (HABERMAS, 2003, p. 172).

⁵⁵ Uma observação pertinente deve ser sublinhada: a participação estrutura-se sobre os pressupostos de uma *intersubjetividade*. Por conseguinte, o Estado Democrático de Direito, no viés da *legitimidade*, não tolera *subjetivismos*, na medida em que surgem como empecilhos à *geração de legitimidade*. Veja-se: “Habermas rompe, portanto, com a tradição kantiana, conforme a qual a moral, ao contrário da intersubjetividade do direito, é subjetiva. *Para ele, ambos, moral e direito, pertencem ao domínio das relações intersubjetivas*” (NEVES, 2008, p. 117, grifos acrescidos).

3.2 A democratização da discricionariedade administrativa: legitimidade, participação e procedimento

Ao se analisar toda a estruturação dogmática que informa o perfil atual da discricionariedade administrativa, enfrentando-a com os postulados de um autêntico Estado Democrático de Direito, bem como com os reflexos que esse paradigma estatal causa no próprio regime jurídico-administrativo⁵⁶, torna-se possível concluir pela *inadequação* da discricionariedade à nossa realidade jus-política.

Essencialmente, duas razões contribuem para tal perspectiva: (i) o exercício da discricionariedade administrativa é confinado com exclusividade ao *subjetivismo* de um administrador público enclausurado nos limites de uma função administrativa encarada como técnica e burocrática. Se esse subjetivismo é capaz de resguardar a legalidade, ele é, no entanto, cabalmente contrário à legitimidade. *A legitimidade somente é possível quando há intersubjetividade*, a saber, quando a sociedade pode, juntamente com o aparelho estatal, contribuir colaborativamente para a lapidação da decisão discricionária que irá prestigiar o interesse público do caso concreto. *O subjetivismo é a antítese da participação (que é intersubjetiva)*. (ii) a discricionariedade administrativa é pautada somente pela legalidade: o controle da discricionariedade é um controle que vislumbra apenas a legalidade, que evita a conversão da discricionariedade em arbitrariedade (que, como visto, é sinônima de ilegalidade), desprezando, portanto, um enquadramento que leve em conta a própria legitimidade do pronunciamento discricionário – que é, repita-se, uma exigência do paradigma do Estado Democrático de Direito. Enfim, *o discurso da discricionariedade é o de sua juridificação, e não de sua democratização*.

Nesse horizonte de deslocamento da discricionariedade do panorama do Estado Democrático de Direito, é necessário reconfigurar a discricionariedade administrativa com o fito de dotá-la de mais legitimidade, de democratizá-la. Mas como isso pode ser feito?

Para que a discricionariedade possa ser mais legítima, a batalha deve ser travada contra a própria subjetividade da decisão discricionária: é ela o principal empecilho para o surgimento da discricionariedade legítima e o principal reforço a um apego exclusivo à

⁵⁶ O Estado Democrático de Direito, como amálgama entre legalidade e legitimidade, produz duas alterações importantes no âmbito do regime jurídico-administrativo: a legalidade transforma-se em juridicidade, entendida como binômio “*legalidade + legitimidade*”; o princípio da supremacia do interesse público recebe nova configuração, pela qual a indicação de qual é o interesse público que deve nortear a atuação administrativa não pode mais se dar *solitariamente* pelo administrador público: os cidadãos-particulares também devem ter a oportunidade de *colaborar* para a construção do interesse público, o que ocorre por meio de uma participação social procedimentalizada e democratizante.

legalidade. *A discricionarietà não pode ser vista como um momento de subjetivismo do administrador, mas como uma arena da intersubjetividade: a troca dialógica de informações, pontos de vista, preferências, indicações, caminhos ou de possibilidades entre, de um lado, a Administração Pública e, do outro, o público destinatário do pronunciamento administrativo discricionário é o âmago da discricionarietà legítima.* Esse intercâmbio de razões entre administrador e cidadãos-particulares⁵⁷, entendido como abertura à participação social na construção da decisão discricionária, é que permite o surgimento da discricionarietà administrativa legítima⁵⁸.

E precisamente o *procedimento administrativo* é lócus para o exercício da discricionarietà administrativa legítima: *a legitimidade da discricionarietà administrativa, que pressupõe participação e intersubjetividade num panorama de cooperação entre administrador e cidadãos-particulares, somente pode viabilizar-se e operar-se através da institucionalização de procedimentos administrativos abertos e democráticos, garantidores de contraditório e de ampla defesa. É, pois, o procedimento administrativo a via que permite a canalização da vontade social, mobilizada por uma participação cidadã, que auxiliará o administrador público a tomar a decisão discricionária*⁵⁹ *que melhor atenda ao interesse público no caso concreto.*

A participação procedimental enseja o diálogo⁶⁰ entre sociedade civil e Administração Pública⁶¹: ocorrendo o contexto discricionário, deve a Administração, *na*

⁵⁷ “Uma tal perspectiva ‘relacional’ do procedimento parece ser a mais idônea e a mais adequada às conotações gerais que caracterizam a ação dos poderes públicos e à natureza mesma do poder administrativo, permitindo resolver os traços menos aceitados da unilateralidade e da supremacia do agir administrativo e de adequar o exercício da função administrativa e da *discricionarietà* aos cânones constitucionais e aos princípios do ordenamento democrático” (MANTINI, 1990, p. 41, grifo acrescido, tradução nossa) (No original: “Una tale prospettiva ‘relazionale’ del procedimento sembra essere la piú idonea e la piú adeguata ai connotati generali che caratterizzano l’azione dei pubblici poteri e la stessa natura del potere amministrativo, consentendo di risolvere i tratti meno accetati dell’unilateralità e della supremazia dell’agire amministrativo e di adeguare l’esercizio della funzione amministrativa e della discrezionalità ai canoni costituzionali e ai principi dell’ordinamento democratico”).

⁵⁸ “Nesse sentido, o Estado-Administração da discricionarietà legítima requer (ao mesmo tempo, suscita) o protagonismo da sociedade amadurecida e do agente público que promove o ‘bem de todos’ (CF, art. 3º, IV). É o Estado da continuidade planejada dos serviços essenciais, do intangível equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes e da superação da lógica antagonizadora, precária e adversarial nas relações de administração” (FREITAS, 2009, p. 21).

⁵⁹ “A participação liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; *associa-se com o decréscimo da discricionarietà*; liga-se também às práticas contratuais baseadas no consenso, na negociação, na conciliação de interesses” (MEDAUAR, 2003, p. 230, grifos acrescidos).

⁶⁰ “Assim entendida a democracia, em sua face substantiva, como um *permanente diálogo da sociedade com o seu aparelho governante*, é pela interação, formal e informal, entre todos os órgãos, públicos e privados, estendida a toda a cidadania, que as decisões estatais se tornarão não apenas *legais*, mas, sobretudo, *legítimas*, no sentido de que apliquem o poder estatal harmonicamente com a percepção de valores, interesses, necessidades e aspirações do grupo nacional” (MOREIRA NETO, 2011, p. 142, grifos do autor).

medida do possível, por via procedimental, conclamar os cidadãos-particulares a apresentar alegações, informações, pontos de vista, enfim, razões que possam direcionar o administrador para a tomada de decisão que melhor atenda ao interesse público naquele caso concreto. O procedimento, por meio do contraditório e da ampla defesa, garantirá, assim, a própria *racionalidade* da decisão discricionária e, por arrastamento, sua *legitimidade*⁶². E, onde há mais legitimidade, há mais *efetividade*⁶³ da decisão discricionária, o que reverbera na própria *eficiência* da atuação administrativa.

Essa concepção de discricionariedade administrativa legal e legítima promove algumas inovações nos próprios dogmas específicos da discricionariedade administrativa: (i) devendo o administrador público, sempre que possível, chamar os cidadãos-particulares a colaborarem para a lapidação do pronunciamento discricionário, um novo limite à atuação administrativa é criado: o *limite da legitimidade*, pelo qual a decisão discricionária deve refletir a vontade social dos cidadãos-particulares que participaram na elaboração do ato discricionário, o que pode ser aferido pela motivação do ato administrativo; (ii) é justamente no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados que a participação social procedimentalizada é mais recomendável: dada a radical vagueza dos termos legais e por se tratarem de vocábulos cujos efeitos concretos são mais intensos na coletividade como um todo, a integração dos conceitos jurídicos indeterminados deve dar-se *conjuntamente* na relação administrador-cidadão, que poderá dar indicações mais precisas de como o interesse público vazado num conceito indeterminado pode ser proficuamente contemplado no caso concreto; (iii) torna-se menos diluído, assim, um *controle social da discricionariedade administrativa*⁶⁴, que não se dá por via jurisdicional, mas no próprio processo discricionário, e

⁶¹ O procedimento administrativo, assim, promove a “[...] diluição da distância entre Estado e sociedade, como idéia e como prática. Acentuaram-se pleitos de mais ouvida e atuação da sociedade na tomada de decisões administrativas” (MEDAUAR, 2008, p. 411).

⁶² “[...] a participação dos cidadãos nas decisões administrativas objetiva o seguinte: a) racionalização das decisões administrativas através de uma informação melhor e disponível; b) previsibilidade do cidadão quanto ao conteúdo das decisões administrativas; c) vontade reforçada da ação administrativa através da publicidade e transparência; d) maior legitimação da decisão administrativa tomada; e) integração do cidadão e grupos de cidadãos à decisão administrativa tocada pelo bem comum; f) desenvolvimento da autodeterminação e da emancipação do cidadão na sua comunidade” (SOARES, 1997, p. 142-143).

⁶³ “Por certo, ainda, mesmo que adequadamente instituída, a participação não venha a ser a panaceia; parece contudo inegável que, sabiamente aplicada, onde e quando se demande aquele tipo de decisões que digam mais ao bom senso que à técnica e seja desnecessária ou desrecomendada a partidarização de alternativas, pode-se vislumbrar sua crescente importância na homogeneização do *continuum* sociedade-Estado, preparando um futuro de maior legitimidade e até de maior eficiência para a ação estatal, pois as decisões públicas compartilhadas com seus destinatários são cumpridas com mais empenho e com menos resistências” (MOREIRA NETO, 2001, p. 15).

⁶⁴ Sobre um “direito administrativo do espetáculo”, válido é o lembrete de Marçal Justen Filho (2008, p. 73): “Mas há uma outra dimensão a ser considerada, que se relaciona à imunização das escolhas e decisões do governante perante o controle direto. Não se nega à Platéia o exercício de opiniões – faz parte do espetáculo a

que é viabilizado pela motivação da decisão discricionária. A própria prioridade dos controles se inverte em relação ao Judiciário: inicialmente, deve o Judiciário fazer o *controle de legitimidade*; se constatada alguma irregularidade neste, deve partir para o *controle de legalidade*, analisando o próprio processo discricionário e, se for o caso, o *mérito* da decisão discricionária⁶⁵.

Como se vê, a ideia aqui contida desvela-se como uma *nota programática* para a *democratização* da discricionariiedade administrativa: está-se no terreno da *teoria*. A grande questão é como viabilizar tal concepção numa realidade fática. Sobre isso, duas elucidações: (i) a democratização da discricionariiedade administrativa, pela participação social procedimentalizada, requer um conjunto de fatores que devem ser verificados no caso concreto; questões como urgência, desmotivação cidadã, alta complexidade técnica dentre outras correlatas, inviabilizam a democratização da discricionariiedade, devendo a decisão discricionária ser tomada pela própria Administração⁶⁶; (ii) não obstante, já existem práticas institucionais⁶⁷ denotativas da democratização da discricionariiedade administrativa: basta lembrar-se dos vários conselhos gestores, conferências, do orçamento participativo, etc.

Em suma, a discricionariiedade administrativa, no paradigma do Estado Democrático de Direito, deve pautar-se, além da legalidade, na legitimidade, o que somente pode ser alcançado com a institucionalização de procedimentos administrativos que oportunizem aos cidadãos-particulares a possibilidade de participarem na confecção da decisão discricionária que vise a concretizar o interesse público no caso concreto. Desprezar essa necessidade de democratização da discricionariiedade administrativa é tornar o paradigma do Estado Democrático de Direito algo meramente *simbólico*⁶⁸.

formulação de opiniões por parte do expectador. Mas não se admite que o expectador assuma uma posição ativa”. Nesse sentido, a discricionariiedade dogmatizada é legalmente espetacularizada.

⁶⁵ Evita-se, assim, paramentar o Judiciário como superego de uma sociedade órfã, conforme a advertência de Ingeborg Maus (2000).

⁶⁶ “Evidentemente que em vários assuntos o interesse público é detectado unilateralmente pela Administração, sobretudo nas hipóteses de necessidade de atuação imediata, em situações de emergência, de grave risco à integridade das pessoas. E mesmo nas atuações de determinação compartilhada do interesse público, a Administração detém a condição de árbitro final e a condição de propiciadora, pelo quadro institucional e procedimental, dos meios com que a identificação pode ser buscada” (MEDAUAR, 2003, p. 191). Claro, o dever de motivação é cogente e limita as próprias decisões administrativas unilaterais.

⁶⁷ Sobre experiências nacionais de participação social em tomadas de decisão – muitas delas atinentes ao campo da discricionariiedade administrativa – conferir a obra organizada por Leonardo Avritzer (2009). Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 338-339), por sua vez, arrola instrumentos aptos a permitir a participação popular na formação da vontade administrativa, quais sejam, plebiscito, referendo, audiência pública, co-gestão e delegação atípica.

⁶⁸ “[...] a constitucionalização simbólica importa, no âmbito político, ou melhor, para os detentores do poder, função primariamente *‘instrumental’*. [...] permanece válida a tese: em relação ao *domínio do direito*, trata-se do papel hipertroficamente *simbólico* da atividade constituinte e do discurso constitucionalista, na medida em que ambos constituem uma parada de símbolos para a massa dos espectadores, sem produzir os efeitos normativo-

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS E PERSPECTIVAS DE PESQUISA

O presente estudo pretendeu lançar luzes sobre a situação da discricionariedade administrativa no paradigma do Estado Democrático de Direito. Este paradigma promove a reconciliação entre legalidade e legitimidade, devendo, assim, toda a atuação estatal, incluída a da Administração Pública, além de consentânea aos esquemas legais autorizativos e conformadores de seus comportamentos, ser conforme aos insopitáveis anseios de participação popular.

Logo, a discricionariedade administrativa deve ser legal (respeitar os limites postos pela lei) e legítima (levar em conta os argumentos dos cidadãos-particulares em relação ao possível interesse público do caso concreto). Para tanto, é impostergável a institucionalização de procedimentos administrativos capazes de canalizar os movimentos da cidadania, levando-os para o contexto administrativo discricionário. A decisão discricionária é encarada como uma decisão compartilhada entre Estado e sociedade, unidos procedimentalmente com o propósito de buscar, sempre, o interesse público.

Toda essa noção de discricionariedade legítima provoca alterações em três das principais controvérsias dogmáticas da discricionariedade: (i) ao lado do controle de legalidade, surge o controle de legitimidade; (ii) os conceitos jurídicos indeterminados acabam comportando discricionariedade, devendo a mesma ser exercida de modo legítimo (conforme a sociedade) e legal (conforme a institucionalidade jurídica); (iii) o controle jurisdicional é reorganizado, de modo a permitir a investigação da legitimidade da decisão discricionária, o que se verifica por meio da motivação.

Não obstante, o que foi aqui apresentado nada mais é do que um esboço de uma *teoria da discricionariedade administrativa democrática e legítima*, um exercício intelectual sobre as novas possibilidades que podem revestir a discricionariedade administrativa, carecendo, portanto, de novas investigações e de complementações críticas que somente as comunidades societal e jurídica podem fornecer.

Em especial, novas pesquisas seriam necessárias quanto: (i) ao momento oportuno de se chamar os cidadãos-particulares a colaborarem com o pronunciamento discricionário; (ii) à própria institucionalização dos procedimentos administrativos, devendo-se analisar as leis de processo administrativo disponíveis no que se refere às suas aptidões processuais para o exercício democrático da discricionariedade administrativa; (iii) aos possíveis efeitos

jurídicos generalizados previstos no respectivo texto constitucional” (NEVES, 2007, p, 119-120, grifos do autor).

indesejados⁶⁹ que a participação social na discricionariedade administrativa possa provocar, tendo-se em vista a oportunidade de cooptação da participação social em prol de interesses particularistas divorciados daqueles verdadeiramente encontráveis no ambiente social; (iv) à definição de quem deve ser convocado a colaborar para a construção da decisão discricionária democrática (deveria ser toda a sociedade ou somente os mais diretamente atingidos pela decisão discricionária?); (v) à delimitação dos casos em que o exercício democrático da discricionariedade administrativa resta inviável ou impossível.

Não se nega: as respostas a estas questões demandam maiores meditações teóricas, mas é certo que estas análises não podem ser *trancafiadas* no âmbito estritamente jurídico; contribuições da filosofia (com destaque para a *filosofia da linguagem*), da sociologia (principalmente da *teoria democrática deliberativa*), além do direito (em especial, o *procedimentalismo discursivo*) são imprescindíveis para o deslinde dessas dificuldades.

Logo, são muitas dúvidas para uma única certeza, qual seja, o paradigma do Estado Democrático de Direito exige a democratização da discricionariedade administrativa, reconciliando, em seu âmago, legalidade e legitimidade, o que somente será possível através da participação dos cidadãos-particulares na confecção da decisão discricionária, via procedimentos abertos e democráticos capazes de escoar a legitimidade que vem da sociedade para o contexto discricionário que reclama uma decisão do administrador público. Portanto, o mais importante, agora, é não deixar a chama da *democracia administrativa* se apagar em meio aos ventos da unilateralidade, do subjetivismo, do ceticismo, do elitismo, do autoritarismo, tão incrustados na história institucional do direito administrativo brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

AVRITZER, Leonardo (Org.). *Experiências nacionais de participação social*. São Paulo: Cortez, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁶⁹ Bem lembra Sabino Cassese (1998, p. 477) que a dinâmica da participação dos cidadãos na administração pública pode comprometer sua independência, aprisionando-a aos próprios interesses sociais.

BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa e constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. 5.ed. Milano: Garzanti, 1998.

COSTA, Reginaldo da. Discurso, direito e democracia em Habermas. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Coord.) *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 37-52.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O discurso científico da modernidade: o conceito de paradigma é aplicável ao Direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 8. ed. Atualizada por Gustavo Binbenojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. *De la arbitrariedad de la administración*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2002.

FIORINI, Bartolomé A. *La discrecionalidad en la administración pública*. Buenos Aires: Alfa, 1952.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*: (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). Madrid: Civitas, 1974.

GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais de direito público*. Trad. de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Perspectivas do direito público*: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 307-336.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GUTMANN, Amy. A desarmonia da democracia. *Lua Nova*: revista de cultura e política, São Paulo, s/v, n. 36, p. 5-37, jun./dez. 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1983.

HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. Trad. de Carlos Alberto Marques Novaes. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, s/v, n. 18, p. 103-114, set. 1987.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*: ensaios políticos. Trad. de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *A era das transições*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. V. I.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65-85.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KRELL, Andreas Joaquim. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, v. 5, n. 23, p. 21-49, jan./fev. 2004.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. de Beatriz Vianna e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

MANTINI, Pierluigi. *Associazioni ambientaliste e interessi diffusi nel procedimento amministrativo*. Padova: CEDAM, 1990.

MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2001.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, s/v, n. 20, p. 183-202, nov. 2000.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. Administração pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 405-419.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. V. I.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência: para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. Vol. I.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação: (cidadania, direito, Estado e município)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.