

**ENTRE DISCRICIONARIEDADE LEGÍTIMA E A ARBITRARIEDADE  
CAMUFLADA: OS IMPACTOS DOS NOVOS PARADIGMAS DE JURIDICIDADE  
DEMOCRÁTICA NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA**

**BETWEEN LEGITIMATE DISCRETION AND THE CAMOUFLAGED  
ARBITRARINESS: THE IMPACT OF THE NEW PARADIGM OF DEMOCRATIC  
JURIDICITY IN THE EXERCISE OF ADMINISTRATIVE FUNCTION**

*Daniel Cardoso de Moraes<sup>1</sup>*

*Helena Elias Pinto<sup>2</sup>*

**Resumo:** O presente trabalho questiona quais os novos paradigmas de juridicidade que necessitam ser afirmados para um amplo controle da discricionariedade da Administração Pública democratizada. Neste intuito, o trabalho apresenta a transparência, a motivação suficiente, a participação processual e o resultado como os novos paradigmas de juridicidade que permitiram diferenciar a discricionariedade legítima da arbitrariedade camuflada. Para tanto, parte-se da análise da discricionariedade, diferenciando-a da arbitrariedade, para apresentar a necessidade da ampliação do significado de legalidade. Feito isto, serão pontuados os argumentos utilizados para a redefinição do controle da juridicidade da atividade discricionária para, em seguida, apresentar os fundamentos jurídico-constitucionais que sustentam a necessidade da afirmação dos novos paradigmas de juridicidade indicados acima. Portanto, este trabalho tem como objetivo analisar, nas bases do sistema democrático

---

<sup>1</sup>Mestre em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense - UFF, especialista em Direito Público Municipal, especialista em Direito Civil, graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC, Procurador do Município de Teixeira de Freitas-Ba. Professor assistente da Faculdade do Sul da Bahia – Fasb e da Faculdade Pitágoras.

<sup>2</sup>Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho, Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Professora Adjunta do Departamento de Direito Público e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional (PPGDC) da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF. Juíza Federal no Estado do Rio de Janeiro. Presidente da Comissão de Direito Privado da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF. Membro do Comitê Executivo Estadual (RJ) da Rede Nacional de Cooperação Judiciária do Conselho Nacional de Justiça. Coordenadora do N-JUD (Núcleo de Estudos sobre Poder Judiciário e Inovação & Administração Pública e Regulação - UFF). Membro do Comitê Gestor do PJe - Processo Judicial Eletrônico - e do Comitê Nacional de Gestão de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

brasileiro, os paradigmas de juridicidade constitucionalmente previstos para que o exercício da competência discricionária possa ser efetivamente fiscalizado e controlado.

**Palavras-chave:** Discricionariedade; Administração Pública Democratizada; Controle de Juridicidade; Novos Paradigmas.

**Abstract:** The present paper questions which the news paradigms of juridicity that needs to be asserted for a broad discretionary control of Public Administration democratized. To this end, the paper presents the transparency, sufficient motivation, procedural participation and result as the new paradigms of legality that could differentiate the legitimate discretion of camouflaged arbitrariness. To do so, we start from the analysis of discretion, differentiating it from arbitrariness, to present the need to expand the meaning of legality. Done, will punctuated the arguments used to redefine the control of legality of discretionary activity to then present the legal and constitutional foundations that underpin the need of affirmation of new paradigms of juridicity indicated above. Therefore, this work aims to analyze, on the basis of the Brazilian democratic system, the paradigms of legality constitutionally provided for the exercise of discretion can be effectively monitored and controlled.

**Keywords:** Discretion; Public Administration Democratized; Juridicity Control; New Paradigms.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde os primórdios do constitucionalismo a legitimação do exercício do poder e os mecanismos para seu controle sempre figuraram como uma de suas principais temáticas. Os movimentos iluministas estruturaram os argumentos para a retirada da legitimidade das monarquias absolutistas, pregando a racionalidade do exercício do poder. Com a titularidade do poder atribuída ao povo, foram buscadas técnicas capazes de limitá-lo em prol das liberdades individuais, figurando como principal objetivo constitucionalismo moderno a limitação do Poder do povo pelo Estado.

Na contemporaneidade, a discussão sobre a limitação do poder estatal se renova, notadamente, acerca do exercício da competência discricionária. Com a sedimentação do Estado Brasileiro nos pilares da democracia, surge a necessidade da releitura dos limites atividade administrativa discricionária, pois, não se pode conceber o exercício de um poder sem a possibilidade de seu amplo controle por seus titulares. Desse modo, a democratização da atividade administrativa é marcada, necessariamente, pela redefinição dos contornos do exercício legítimo do poder discricionário que, por sua vez, reclama a concepção de uma nova legalidade que, ampliada pela ideia de juridicidade, é marcada por novos paradigmas.

Então, o presente trabalho questiona quais são os novos paradigmas de juridicidade que necessitam ser afirmados para um amplo controle da discricionariedade da Administração Pública democratizada. Neste intuito, o trabalho apresenta a transparência, a motivação suficiente, a participação processual e o resultado como os novos paradigmas de juridicidade da atividade administrativa que permitiram diferenciar a discricionariedade legítima da arbitrariedade camuflada. Todavia, insta destacar que este trabalho não tem a pretensão de exaurir os impactos dos novos paradigmas no controle de juridicidade da atuação discricionária, mas, apenas levar à reflexão das repercussões positivas que os paradigmas de juridicidade aqui apresentados podem trazer para a afirmação democrática da atuação administrativa discricionária.

Portanto, lançando mão de um levantamento bibliográfico, o presente trabalho tem como objetivo analisar, nas bases do sistema democrático brasileiro, os paradigmas de juridicidade constitucionalmente previstos para que o exercício da competência discricionária possa ser efetivamente fiscalizado e controlado. Destarte, parte-se da análise da discricionariedade, diferenciando-a da arbitrariedade, para apresentar a necessidade da ampliação do significado de legalidade. Feito isto, serão pontuados os argumentos utilizados para a redefinição do controle da juridicidade da atividade discricionária, para em seguida apresentar os fundamentos jurídico-constitucionais que sustentam a necessidade de novos paradigmas de juridicidade indicados acima.

## **2. DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE**

A discricionariedade é conceituada partir da identificação do núcleo político que atribui à Administração escolher o quando e como atuar mediante um juízo de conveniência e oportunidade<sup>3</sup>. E, muito embora haja divergência quanto à concepção da discricionariedade enquanto poder, atividade ou ato, há uma concordância em identificar que ela seja inerente à consecução dos fins primários da Administração. Isto por compreender que a discricionariedade não é arbitrariedade ou fruto da omissão legislativa. Mas, sim que ela é uma opção do legislador, cuja concreção sempre estará vinculada à tutela dos direitos fundamentais.

Celso Antônio conceitua ainda discricionariedade administrativa como um espaço em que a “liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade<sup>4</sup>, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto”. E este autor vincula a liberdade de escolha ao atendimento de um fim à satisfação da finalidade legal, e ressalta que, no caso concreto, não seria possível extrair da norma uma solução única (MELLO, 2012:48). Este autor ensina ainda que discricionariedade e arbitrariedade não se confundem. Ao agir arbitrariamente o agente está agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Por outro lado, ao agir discricionariamente o agente estará cumprindo a determinação normativa de ponderar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público no caso concreto (MELO, 2007:401).

Di Pietro define a discricionariedade como “a faculdade que a lei confere à administração para apreciar o caso concreto, segundo critério de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções válidas perante o direito” (DI PIETRO, 2012:62). Também entendendo a discricionariedade como possibilidade de escolhas previamente autorizadas pela lei, Cardozo ressalta seu fundamento político e exclui a discricionariedade do campo da hermenêutica jurídica (CARDOZO, 2005:51-52). Franco Sobrinho, reforçando a necessidade da discricionariedade, afirma que o poder discricionário é uma realidade normativa que oferece à Administração “opções e alternativas, vários modos e

---

<sup>3</sup> Acerca da atribuição legal da competência discricionária da Administração, interessante é o posicionamento do STF ao enxergar que a fonte da discricionariedade pode se encontrar não apenas em uma norma específica, mas também na interpretação sistemática do ordenamento, afirmando que “a competência discricionária deve resultar da lei, mas pode ser inferida de sua interpretação sistemática” (STF, RMS 20975 RJ. Min. Rel. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julgado em 29-08-1989, DJ 15-09-1989).

<sup>4</sup> Ao diferenciar proporcionalidade de razoabilidade, Luiz Henrique Cademartori ensina que “a razoabilidade pode ser concebida como um critério hermenêutico que se projeta em um número incontável de situações, sendo então insuscetível de uma definição apriorística e fechada” (CADEMARTORI, 2007:126)

formas de atuação administrativa”, para prover o que o legislador não previu. A discricionariedade, para este autor é entendida pela possibilidade de praticar atos “com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seus destinatários, de sua conveniência, de sua oportunidade e de seu modo de realização” (FRANCO SOBRINHO, 1980:111-112).

Rita Tourinho apresenta a discricionariedade como um dever-poder de fazer escolhas em benefício da coisa pública, e não como uma potestade (TOURINHO, 2005:94). Por fim, Emerson Garcia, ampliando o poder discricionário para o âmbito das relações internacionais, e realçando seus aspectos finalísticos, dispõe ser ela a possibilidade de escolha da conduta administrativa fruto de uma outorga legislativa compatível com o direito Comunitário, com vistas à realização dos fins pretendidos pela norma (GARCIA, 2005:212-213).

Partindo das ideias centrais acerca da discricionariedade, infere-se que seu exercício legítimo está atrelado à satisfação concreta dos direitos fundamentais dos cidadãos, não sendo possível concebê-la desvinculada dessa função. A discricionariedade legítima, no Estado Democrático de Direito, mostra-se como uma competência própria e indispensável à Administração na execução de suas finalidades. E isto porque a relação entre o Estado Constitucional e a democracia recoloca os indivíduos da centralidade dos fundamentos do Estado. A ponto de todo aparato estatal ter de ser organizado para garantir o respeito e a realização dos direitos fundamentais. E não que se trate apenas de uma faculdade do Estado, mas sim de um dever inegociável<sup>5</sup>.

O Estado Constitucional tem a função primordial de preservar os direitos fundamentais, porque “os direitos fundamentais e a democracia estão implicados numa relação de condicionamento mútuo, pois a democracia pressupõe liberdades individuais protegidas juridicamente em função de todos” (CADEMARTORI, 2007:127). Assim, o exercício legítimo da discricionariedade administrativa se encontra limitado por sua conformação à concreção dos direitos fundamentais.

Nesse sentido Alexy sistematiza, fundamentadamente, os elementos identificadores da discricionariedade administrativa, enquanto poder. Este autor, primeiramente, apresenta como pressuposto do poder discricionário o “caráter funcional do poder”. Ela existe para

---

<sup>5</sup> A esse respeito, Luiz Henrique Cademartori e Paulo Cruz ensinam que a concepção de inegociabilidade dos Direitos Fundamentais se refere à sua imunidade aos interesses de maiorias contingentes que possam querer questioná-los, sendo uma um traço do garantismo constitucional (CADEMARTORI e CRUZ, 2009:88).

satisfazer uma finalidade pública e não da própria administração ou de seus agentes. E em segundo lugar, apresenta o pressuposto a incompletude do ordenamento jurídico. Isto porque, as lacunas normativas exigem o poder da Administração buscar que soluções que atendam o interesse público exigido no caso concreto (ALEXY, 1986). Assim, denominando-a de arbítrio legítimo, Thomás-Ramón Fernández afirma que “discrecionalidad es, pues, arbitrio, esto es, facultade de adoptar una resolución con preferencia a otra u otras posibles que la Ley otorga a una autoridad dentro de unos márgenes que la propia Ley fija” (FERNÁNDEZ, 2006:178).

Como visto, a discricionariedade não é uma escolha livre. Ela é uma escolha finalística por estar vinculada ao atendimento do interesse público que, no Estado Democrático de Direito, tem de ser compreendido como a realização e a tutela dos direitos fundamentais. A discricionariedade teria, então, esta funcionalidade. Nesta toada, Diogo de Figueiredo, estabelecendo um elo entre o poder discricionário e a função da satisfação do interesse público, em sua concreção, atribui-a o dever de boa administração. Este autor afirma que os poderes da Administração estão vinculados de maneira jurídica e política à plena satisfação do interesse público. Isto em virtude do dever de boa administração, que é tido “como um princípio não escrito (porque se o fora, seria até gritantemente pleonástico) de que o Estado Democrático de Direito deve bem atender ao ‘interesse’ público, para cuja realização, enfim, existe” (MOREIRA NETO, 2001:43).

A partir da leitura das obras desses autores, extrai-se que, na teoria jurídica brasileira, o poder discricionário possui dois elementos, quais sejam, a possibilidade de escolhas de implementação normativa e a atribuição normativa para exercício dessa escolha. Todos apontam como característica marcante da discricionariedade o juízo de conveniência e oportunidade, a partir do qual a Administração decide sobre sua atuação, dentro dos limites de sua competência. E essa decisão - o resultado da escolha - é chamado de mérito administrativo e é sobre ele que se fundam as controvérsias acerca dos limites do controle judicial da discricionariedade administrativa.

José Cretella Jr. apresenta o mérito administrativo como a atividade ponderativa do administrador sobre os fatos agir de uma determinada forma, dentre as que têm em sua disposição, ou para simplesmente não agir (CRETELLA JR., 1995:260). O mérito foi assim identificado como núcleo político que remanesce imune à apreciação do Poder Judiciário que

só poderia syndicar critérios jurídicos. E por assim se conceber, o mérito se firmou como fronteira demarcatória da revisão judicial dos atos administrativos.

Todavia, não se pode aceitar que lesão a direitos fundamentais dos cidadãos fiquem sem proteção, mesmo que se trate de violação advinda de uma atuação discricionária. O Poder Judiciário pode e deve apreciar totalmente qualquer ato do poder público, “tendo como parâmetro as garantias constitucionais e os direitos fundamentais, cuja diretriz política estará referida à primazia do administrado frente à Administração” (CADEMARTORI, 2007:183). Portanto, o controle judicial serve de instrumento ao reestabelecimento do regime jurídico-administrativo, pois, elimina materialmente o vício, preservando a segurança jurídica e a integridade dos princípios que requeem o sistema jurídico (FRANÇA, 2001:64). Isto porque, a atividade administrativa, especialmente a discricionária, pressupõe um elemento teleológico funcional que submete o exercício da discricionariedade ao controle dos tribunais pela aferição dos fins que o justificam (CUESTA 1999:190). Portanto, sendo a limitação do poder uma das principais técnicas do constitucionalismo, faz-se necessário compreender quais paradigmas necessitam ser explorados para viabilizar um amplo controle da atuação discricionária no Estado Democrático Brasileiro.

### **3. DOS NOVOS PARADIGMAS DO CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA: DA LEGALIDADE À JURIDICIDADE**

No Brasil, o fundamento constitucional do controle judicial da atividade administrativa está na garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição República de 1988, que também submete os atos administrativos ao alcance da “judicial review”. A inafastabilidade da tutela jurisdicional se mostra “um dos principais instrumentos protetores do desenvolvimento e da manutenção do Estado Democrático de Direito” (FRANÇA, 2011:43), pois, dá plenas possibilidades dos cidadãos auxiliarem no controle contra a agressão à ordem jurídica. Não sendo possível falar em Estado Democrático de Direito “sem que aos cidadãos seja garantida, em toda sua plenitude, a possibilidade de, em igualdade de condições, socorrer-se aos tribunais”, mesmo contra o próprio Estado (FRANÇA, 2011:44-66).

Por ser um critério político e não jurídico, o juízo de conveniência e oportunidade tornava os atos administrativos discricionários intocáveis pela “judicial review”. Sendo o mérito administrativo a margem da escolha política, ele se tornava um limitador da atuação do Judiciário no controle dos atos administrativos discricionários. Neste sentido, arguindo o princípio da separação e independência dos poderes, Seabra Fagundes reforça a impossibilidade de revisão judicial dos atos administrativos discricionários fundamentando que ao Poder Judiciário só caberia análise jurídica dos elementos vinculados dos atos administrativos. Então, a discricionariedade administrativa era colocada como limite ao controle judicial da atividade da Administração, pois, pelo controle de legalidade somente os elementos vinculados seria tangenciados (FAGUNDES, 2010:180-182). Portanto, pelo paradigma da legalidade estrita, esta revisão somente incidiria sobre os critérios objetivos dos atos administrativos.

A legalidade estrita, que limita a jurisdição à subsunção formal, tornou-se obsoleta para atendimento das demandas e anseios sociais. De maneira que houve a necessidade de imprimir à ela a marca da legitimidade pela força vinculante da Constituição (MOREIRA NETO, 2008:68-69). Com desenvolvimento da teoria dos princípios e da doutrina da efetividade das normas constitucionais, a legitimidade da atuação estatal passou não estar mais delimitada à correspondência a uma norma específica. Ela passaria a ser determinada pelo ordenamento jurídico e seu conjunto principiológico como um todo. Desse modo, o princípio democrático dá nova feição à legalidade, estando a atividade da Administração incumbida da observância dos valores e princípios democráticos do ordenamento jurídico e da concreção dos fins pretendidos pelo interesse comum para se revestir de legitimidade (SANTOS NETO, 2003:160).

O Estado no Direito qualificado pelo princípio democrático não é aquele em que apenas impera a legalidade estrita, pelo primado da supremacia do interesse público. O Estado Democrático de Direito demanda a legitimidade da atividade administrativa, pelo princípio da supremacia da ordem jurídica democrática (MOREIRA NETO, 2000:182). Desse modo, para que a vontade legítima seja a realizada, a atividade administrativa deverá, não somente se respaldar numa norma específica, mas, igualmente sintetizar e concretizar vários princípios expressos e implícitos em seu exercício. O filtro da validade da atividade administrativa será a vontade geral voltada à satisfação dos direitos fundamentais. Neste foco, Thomás-Ramón Fernández expõe que todo poder público é um poder funcional que, sendo um poder-dever

que se exerce “en consideración de los intereses de los ciudadanos y para el beneficio de éste, ante los debe justificarse en su ejercicio” (FERNÁNDEZ, 2006:183). Essa “legitimidade funcional” é compreendida dentro dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em que os fins públicos, caracterizados pelo interesse comum, subordinam a validade da atividade administrativa (FREITAS, 1997:49-56).

A legalidade da atividade administrativa passa, então, a ter uma concepção ampliada, carecendo de um caráter substancial em sua realização. Não basta agora o cumprimento dos pressupostos legais. Para se conceber a discricionariedade legítima, torna-se necessário perquirir a concreção de uma gama de princípios e valores democrático-constitucionais. Então, no lugar da legalidade formal ou estrita, passa-se a compreender uma dimensão mais alargada do princípio da legalidade, para que alcance um “status” de juridicidade, mais compatível com a concepção de legitimidade da atuação estatal. Desse modo, será legítima a atuação discricionária, não se apenas estiver respaldada em uma norma, mas, se também foi guardada obediência aos princípios republicanos democráticos implícitos e expressos no ordenamento jurídico, desde o nascedouro do processo decisório até o resultado concreto. Essa é a nova concepção da legalidade da atividade administrativa no Estado Democrático de direito. Essa é a compreensão da juridicidade como instrumento de aferição da legitimidade da atividade da Administração.

A concepção de juridicidade no Estado democrático de direito faz com que a Administração atue de modo a buscar a concreção dos fins constitucionais como um todo, para fiel cumprimento dos poderes e competências outorgadas pelo povo. Não se exige mais que a Administração apenas atue nos limites e na forma estabelecida pela lei. O Estado Democrático de Direito pressupõe uma concepção mais abrangente do sentido legal, haja vista que “amplia o conteúdo de juridicidade ao expandir o conceito de legalidade estrita do positivismo, de modo a possibilitar a inserção de novos valores dinâmicos da sociedade em sua aplicação”. Com isso, o conteúdo da juridicidade impõe, quanto à substância, a satisfação efetiva dos valores positivados, e, quanto à forma, os valores instrumentais para satisfação dos valores substantivos. Então, a legítima da atividade Administrativa só se dará se for prestigiada a maximização dos princípios e o cumprimento das regras constitucionais consagradoras do ideal democrático, pois, a legalidade “se estende aos valores que se compreendem no conceito de legitimidade democrática pós-positivista” (MOREIRA NETO, 2006:7803-7806).

A atividade discricionária passa sofrer, então, uma sindicância sobre sua juridicidade, a fim de atestar sua conformidade aos limites do Estado democrático de direito. Assim, ainda que a atividade discricionária esteja lastreada por uma norma específica, se seus pressupostos ou as consequências jurídicas vierem a não se conformar ou a conflitar com o sistema jurídico, ela será considerada antijurídica, ilegítima e, portanto, passível de revisão pelo controle de sua juridicidade. Acerca desta conformação que sistematiza a juridicidade, Thomás-Ramón Fernandes, argumenta que “la norma concreta que otorga el poder discrecional no está sóla. Forma parte de un sistema, de eso que llamamos ordenamiento jurídico, del que es una simple pieza” (FERNÁNDEZ, 2006:180). Então, todo procedimento decisório formador do ato discricionário se submete a um controle de compatibilidade aos princípios e valores do constitucionalismo democrático, ampliando-se, sobremaneira, por consequência o controle judicial em razão da juridicidade. Tem-se a submissão da discricionariedade ao controle de juridicidade que, apesar contemporaneidade do tema, já era observada na Constituição Espanhola de 1798, que determinava, em seu artigo 103, que a “la Administración actúe ‘con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho’” (FERNÁNDEZ, 2006:176).

Agora é o ordenamento jurídico como um todo que passa a ser o filtro da atividade administrativa. Ultrapassando o campo do controle da legalidade pelo desenvolvimento da teoria da juridicidade da atividade administrativa, tem-se buscado a vinculação da discricionariedade aos princípios constitucionais. A chamada vinculação direta dos atos discricionários por princípios enseja não somente o controle sobre os aspectos formais dos atos, mas, principalmente, sobre os aspectos substanciais. Nesse sentido, a concepção de juridicidade reclama novos paradigmas para o controle jurisdicional da atuação administrativa discricionária, sobre dos quais o presente trabalho destaca a transparência, a motivação suficiente, o devido processo legal e o resultado.

#### **4. DO PARADIGMA DA TRANSPARÊNCIA**

Fernando Filgueiras apresenta que a transparência significa a abertura do sistema político para torná-lo mais afeito à avaliação social. Ela tem o objetivo de diminuir os abusos

do exercício do poder, a partir da exposição de toda estrutura política aos questionamentos públicos. (FILGUEIRAS, 2011:02). A transparência, como instrumento da democracia, viabiliza o engajamento dos cidadãos na gestão da coisa pública, tornando público todos os espaços da Administração, de modo a coibir que eles sejam sobrepostos por interesses privados. Então, ela permite aos cidadãos diferenciarem o público do privado, de modo a proporcionar uma gestão pública aberta à participação da sociedade na construção das políticas públicas (FILGUEIRAS, 2011:04).

De acordo Franca, “o princípio democrático define que o titular do Poder – o povo - tem o dever de assumir sua posição como detentor do Poder, definindo, deste modo, os caminhos que o Estado onde vive deve seguir”. Assim, o acesso às razões do agir estatal é imperativo para o controle de juridicidade, pois, permite um critério objetivo para verificação de adequação legal da atividade administrativa discricionária, bem como da moralidade e da sua probidade. Por este paradigma, a atividade discricionária legítima seria aquela de viabiliza e concretiza a transparência. É a que abre aos cidadãos um canal de comunicação amplo, viabilizando a averiguação de sua conformidade com a juridicidade que fundamenta o Estado Democrático de Direito. Isto porque, para que a escolhas discricionárias sejam legítimas, elas precisam ser amplamente publicizadas e estarem à disposição da sindicância jurisdicional. E este proceder não é uma faculdade da Administração, visto que o acesso a essas informações é um direito fundamental dos cidadãos (FRANÇA, 2007:186-191).

Segundo Juarez Freitas, o princípio da publicidade impõe uma administração transparente que nada oculta da sociedade e que promove a participação cidadã na fiscalização. Sendo um direito fundamental, a negação da publicidade pelo Estado nega a feição pública da essência do poder que, por advir do povo, “somente se legitima se apto a se justificar em face de seus legítimos detentores”. Para o autor, o princípio da publicidade direciona o proceder estatal para solidificar uma comunicação transparente com a sociedade de seus “atos, contratos e procedimentos da Administração Pública e funciona como requisito para a geração de efeitos jurídicos plenos em face da sociedade” (FREITAS, 1997:70). Do contrário, a ausência de transparência, nesse sentido, afasta a juridicidade dos atos e veda a produção de efeitos jurídicos.

O Estado de Democrático Direito exige que a Administração marque seu desempenho funcional “com a nota da publicidade, da transparência, do amplo e efetivo cumprimento do dever de prestar à coletividade administrada o pleno conhecimento de todos

os atos praticados”. O segredo, o oculto, o obscuro e o opaco não são permitidos no desempenho da função estatal, pois caracterizam regimes antidemocráticos e totalitários. Portanto, a publicidade, na Administração pública, atribui-lhe caráter republicano, democrático, moralizador e reforça a indisponibilidade do interesse motriz de sua atuação, que por ser público tem que ser publicizado (OLIVEIRA, 2006:281).

A democracia exige uma comunicação plena de seu agir, a fim de reduzir a assimetria informativa que naturalmente existe entre os cidadãos e o Estado. A ausência de informação limita a possibilidade dos cidadãos tomarem uma decisão acertada, notadamente, quanto ao controle da atividade discricionária da Administração. E sendo a democracia constitucional contemporânea caracterizada pela concretização de seus valores materiais, o acentuamento dessa assimetria informativa reduz a qualidade democrática da Administração. A informação se mostra, assim, como uma questão central na relação cidadão-Estado, pois, ela viabiliza a fiscalização do exercício do poder democrático por seus mandatários. A transparência cristaliza “um valor fundamental da gestão pública contemporânea, de maneira que sua realização significa ampliar as informações da sociedade a respeito das ações realizadas pelos agentes públicos”. Com isso, a transparência, ao reduzir o déficit informativo da sociedade, abre os segredos do Estado e garante um sistema de responsabilização pelo exercício do poder democrático<sup>6</sup> (FILGUEIRAS, 2011:05-08).

Igualmente ocorre com a legislação, para que haja vigência e obrigatoriedade da observância dos atos administrativos discricionários, faz-se necessário o pressuposto da publicidade. Disso decorre que o reconhecimento de imperatividade legítima depende da publicidade que, por sua vez, permite aos cidadãos separar o legítimo do ilegítimo. Quase como a relação schmittiana “amigo-inimigo”, a transparência pela vertente publicidade, torna a Administração exposta ao exame social de sua legitimação, para que os cidadãos deliberem publicamente se a aceitam ou a tem como usurpadora. Assim, de acordo com Fernando Filgueiras, “a publicidade exige que as políticas e as normas emanadas pelo governo ocorram em um processo aberto de decisão democrática e que as instituições sejam controladas por outras instituições e pelos próprios cidadãos” (FILGUEIRAS, 2011:19).

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, ao tratar da fiscalização e no controle do orçamento público, Roberto Caldas destaca a importância da transparência e do acesso à informação para a efetividade do controle da Administração (CALDAS, 2011:125).

A democracia “não tolera a existência do segredo e estabelece a liberdade de informação como um direito fundamental que organiza a esfera pública”. A transparência serve instrumentalmente para a efetividade do controle democrático da atividade discricionária, na medida em que permite aos cidadãos e ao Judiciário conhecerem a atuação estatal e diferenciarem a discricionariedade legítima da arbitrariedade camuflada de legalidade. Desse modo, a finalidade da transparência-publicidade, é abrir os processos e resultados da atuação estatal, notadamente, da atividade administrativa discricionária (FILGUEIRAS, 2011:10-11). O que for omitido carece de reconhecimento social, e não inspira confiança, impessoalidade, moralidade e juridicidade. Assim, por não conferir segurança jurídica aos cidadãos, a decisão administrativa não-publicizada não pode ser enquadrada dentro do constitucionalismo democrático republicando.

A obrigatoriedade da ampla informação, como reclame democrático, torna a Administração mais responsabilizável diante dos cidadãos. Isto porque terão as informações que necessitam para avaliar a legitimidade das condutas administrativas. Thomás-Ramón Fernández, com essa linha de raciocínio, argumenta que a defesa dos direitos dos cidadãos e o controle judicial da atividade estatal só são possíveis com a publicidade da motivação, em que as razões e circunstância das escolhas a serem implementadas sejam externadas. A transparência racionaliza o exercício da competência discricionária, legitimando o poder estatal, já que, conforme exposto por este autor, “el único poder que la Constitución acepta como legítimo es el que se presenta como resultado de una conluntad racional, esto es, racionalmente fundada” (FERNÁNDEZ, 2006:183). Pois, de acordo Carlos Ari Sunfeld, os cidadãos tem o direito de saber tudo a respeito da Administração e “de controlar passo a passo o exercício do poder” (SUNFELD, 1995:98).

E, se o legítimo exercício do poder é aquele que pode ser efetivamente controlável por seus titulares, para que o povo possa aferir se o resultado da atividade realmente cumpriu sua finalidade, é necessário que ele saiba o que a Administração pretendia alcançar com suas escolhas. Então, além da publicidade se faz necessária uma motivação suficientemente clara e precisa que propicie aos cidadãos o controle da atividade discricionária. Portanto, a efetiva transparência vai além da simples publicidade do ato. Ela significa mais que informar à sociedade as escolhas feitas. Efetivamente, a transparência significa abrir a “caixa preta” da discricionariedade para expor, ampla e claramente, os motivos que levaram a decisão, para prestar contas à sociedade das circunstâncias fáticas e as razões jurídicas que foram valoradas

da ponderação discricionária. A concreta publicidade é imanente ao dever de motivação, notadamente, das escolhas discricionárias. Dessa forma, a motivação suficiente, ao lado da transparência, mostra-se também como um paradigma para o controle de juridicidade da atividade discricionária da Administração.

## **5. DO PARADIGMA DA MOTIVAÇÃO SUFICIENTE**

De acordo Roberto Cuesta, a motivação significa “la exteriorización de las razones que han llevado a la Administración a dictar un determinado acto” (CUESTA, 1999:195), explicitando a correspondência da norma aos pressupostos fáticos, para justificar a decisão administrativa. Isto porque, “el acto debe estar razonablemente fundado, o sea, debe explicar los motivos y los razonamientos por los cuales arriba a la decisión adopta” (GORDILLO, 2003:II-35). Ela é a justificação expressa e escrita das circunstâncias de fato que levou o agente público a se manifestar, que justifica e legitima a atividade administrativa discricionária, no contexto do Estado Democrático de Direito.

Na atual quadra do constitucionalismo brasileiro, não se pode conceber o exercício de um Poder sem critérios racionalmente aferíveis. Seria ilógico aceitar que os fatores que impulsionaram a escolha Administrativa permaneçam obscuros. Assim, é que surge a necessidade de se compreender a motivação suficiente como um paradigma de juridicidade da atuação administrativa discricionária. Ela dá maior segurança jurídica aos cidadãos, visto que terão como investigar de maneira factível a procedência das razões para, assim, perquirir a compatibilidade com a efetivação dos direitos fundamentais.

E, apesar de não existir nenhum mandamento legal para exigência da motivação dos atos administrativos discricionários, esta obrigatoriedade é extraída pela exigência da juridicidade. Assim, Celso Antônio, apresenta um fundamento político para a motivação no exercício do poder discricionário. Ele argumenta que antigamente a motivação continha um caráter deontológico, sendo uma imposição jurídica. Agora, entretanto, o fundamento da motivação é uma exigência política, visto que a Administração tem a obrigação de prestar contas ao cidadão por sua atuação e convencê-lo com a explicação, “pois se não se lhe aplica

satisfatoriamente, faltará seu consenso, que é a base essencial do conceito democrático atual e futuro do exercício do poder” (MELLO, 2012:100).

Seguindo essa mesma posição, Germana Moraes argumenta que, muito embora não exista expressamente o dever de motivação dos atos administrativos, pode-se inferir essa obrigatoriedade da racionalidade do Estado Democrático de Direito, no qual o exercício da função estatal tem de ser controlado pelos cidadãos. E, continuando seus argumentos, a autora recorre ao artigo 93, inciso X, da Constituição Federal, em que há expressa exigência de que a decisões administrativa dos Tribunais sejam motivada. E por assim ser, ela afirma que inexistente diferença ontológica entre os atos administrativos dos Tribunais e dos demais Poderes. Portanto, não existe razão para um tratamento constitucional diverso, para não se exigir motivação dos atos administrativos dos Poderes Executivo e Legislativo (MORAES, 1999:102).

Ademais, pode-se compreender a obrigatoriedade jurídica da motivação dos atos administrativos da Administração Pública pela Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Ela prevê em seu artigo 3º, inciso II, como direito dos administrados conhecer as decisões proferidas. Esta expressão – conhecer as decisões proferidas – vai além da simples ciência do resultado. Ela implica no direito fundamental ao devido processo legal, que impõe o direito ao contraditório e à ampla defesa. E a Administração somente ofertará efetivamente o devido processo legal aos administrados de lhes expuser as razões de fato de direito levaram sua escolha. Tanto é assim que no parágrafo primeiro, do art. 50, ainda da Lei 9.784/99, expressamente dispõe que os atos administrativos serão, obrigatoriamente, motivados. E esta norma vai além, determinando que a motivação tem de ser “explícita, clara e congruente”.

Juarez Freitas leciona que a “Boa Administração” tem de embasar todos os atos administrativos, excetuado os de mero expediente, os autodecifráveis e os que possuem dispensa constitucional. Caso não seja motivada racionalmente, isto é, caso não esteja internamente e externamente justificada, a atividade administrativa será nula (FREITAS, 2009:49). Portanto, por uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, juntamente com a legislação infraconstitucional e com os princípios democráticos republicanos do Estado brasileiro, extrai-se a obrigatoriedade do dever de motivar. Igualmente, José Roberto Pimenta Oliveira sustenta que, além de permitir o controle interno e externo da atividade administrativa e de vedar a arbitrariedade, a motivação cumpre uma

“imprescindível função democrática ao permitir que a coletividade, ao confrontá-la, possa exercer um controle difuso sobre a regularidade do exercício do poder público” (OLIVEIRA, 2006:277).

Dessa forma, é impossível conceber um exercício legítimo do poder discricionário - que serve de instrumento para os fins democrático - sem justificativas racionais aos verdadeiros detentores do poder: o povo. E, da mesma maneira que se exige a exposição de motivos nas proposições legislativas e a correspondência dos fundamentos ao dispositivo nas decisões judiciais, a transparência da atividade administrativa discricionária legítima torna obrigatória a motivação do exercício do poder discricionário. Assim, na concepção do Constitucionalismo Democrático, a motivação dos atos administrativos discricionários é uma exigência ao exercício legítimo do poder discricionário, sendo, portanto, um instrumento da transparência para estruturação de um direito fundamental à boa administração.

Ocorre que, para haver uma efetiva transparência, não basta a publicidade de qualquer motivação, senão uma motivação de qualidade que, efetivamente, viabilize o controle. O efetivo controle da atividade administrativa discricionária “solo puede ocurrir si existe información disponible para que el ciudadano pueda comprender las decisiones y escogencias adoptadas por los gobernantes”. É o poder da informação de qualidade que será paradigma da juridicidade. Isso porque, “es esencial, teniendo en cuenta el destinatário, que la información sea fácil de entender, con contenido claro y preciso (CORRÊA e Spinelli, 2011:02-07). Isto porque o tecnicismo burocrático pode inviabilizar a compreensão popular da motivação publicizada, havendo a necessidade de que a linguagem seja acessível aos cidadãos comuns<sup>7</sup>. Neste sentido, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, incorporando o princípio democrático na atuação da Administração Pública, prevê que nos procedimentos administrativos serão respeitados o devido processo legal, com especial atenção à exigência de uma motivação suficiente.

Segundo Thomás-Ramón Fernandez é a justificação que diferenciará o arbítrio legítimo da arbitrariedade. Também ressalva que não é qualquer justificação, mas uma justificação de forma suficiente. A escolha será irreprovável, se comprovadamente contiver uma justificação respeitável acerca da atividade dentro da margem de liberdade permitida.

---

<sup>7</sup> Cabe aqui ressaltar como exemplo de efetiva transparência, o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, que traduz em linguagem acessível os dados técnicos contidos no Estudo de Impacto Ambiental – EIA, no processo de Licenciamento Ambiental de empreendimentos de grande impacto ambiental.

“Si, por el contrario, la elección realizada carece de justificación o la que ofrece es indefinible o inauténtica, ‘sit pro razione voluntat’ pura y simplemente tendrá que ser calificada necesariamente de arbitraria y, como tal, rechazada” (FERNÁNDEZ, 2006:182-185). Segundo este autor, a motivação dos atos administrativos discricionários se impõe como uma exigência para a racionalidade do exercício do poder em um Estado Democrático de direito. Isto porque, sua existência diferencia uma escolha legítima de uma escolha arbitrária, constituindo, assim, como um direito difuso que, como tal, pode e tem de ser exigida por toda sociedade em todos os níveis políticos.

Juarez Freitas, aprofundando sobre o direito fundamental à boa Administração, informa que a motivação, como requisito de legitimidade da atividade discricionário, deve estar vinculada aos princípios constitucionais. Não que esta vinculação extermine a discricionariiedade, mas sim que ela seja o aio condutor das ponderações administrativas, pois o direito fundamental à boa Administração Pública atua como critério constitucional de limitação dos juízos de conveniência e oportunidade (FREITAS, 2009:50). Para este autor, a motivação de qualidade é critério racionalizador da atividade Administrativa discricionária. Com isso, o paradigma da motivação suficiente se torna um atributo da Administração transparente, pois dá oportunidade dos cidadãos conhecerem as verdadeiras razões que determinaram a conveniência e a oportunidade da escolha administrativa discricionária. Portanto, este paradigma permite a aferição da tutela dos direitos fundamentais e viabiliza o processo dialógico da condução da “res” pública, ao proporcionar a participação dos cidadãos no processo decisório. Ocorre que os paradigmas da transparência e da motivação precisam ser complementados pela observância do devido processo legal, a fim de proporcionar segurança jurídica aos cidadãos.

## **6. DO PARADIGMA DA PARTICIPAÇÃO PROCESSUAL**

O parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que o poder pertencente ao povo é exercício por meio de seus representantes eleitos. Da leitura isolada deste trecho, poderia ser inferido que o modelo democrático constitucionalmente previsto seria formalmente democrático, pois, os cidadãos apenas legitimariam o processo de

escolha dos mandatários do poder. Todavia, ao logo de todo texto constitucional, inúmeros dispositivos parecem indicar para uma democrática materialmente participativa, em que os cidadãos não somente escolhem seus governantes, mas também atuam de maneira decisiva na condução da coisa pública e na definição das políticas a serem implementadas. Sintonizando esses valores, Egon Montecinos expõe que “en la idea de la democracia participativa se supone que los ciudadanos asumen un rol activo, fundamentalmente en cuanto al diseño, decisión, formulación, y control de las políticas públicas gobales” (MONTECINOS, 2012:03).

Neste sentido a Constituição de 1988 positivou diversos mecanismos institucionalizados para a participação dos cidadãos no processo de formação das escolhas administrativas. Por exemplo, tem-se, assim, previstos o direito à informação, regulamentado recentemente pela lei, e a ação popular (art. 5º, incisos XXXIII e LXXIII). A participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos (art. 10). A participação das associações representativas no planejamento municipal (art. 29, XII). A participação popular no processo político (art. 14 e seus incisos). A legitimidade de qualquer cidadão para denunciar irregularidades e ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (art. 74, §2º).

Tem-se ainda previsto na Constituição Cidadã a participação dos produtores e trabalhadores no planejamento e execução das políticas agrícolas (art. 187). O caráter democrático da gestão da seguridade social, pela participação direta dos empregadores, dos trabalhadores e dos aposentados nos órgãos colegiados (art. 194, parágrafo único, IV). A participação obrigatória da comunidade na organização do sistema único de saúde – SUS (art. 198, III). O direito de acesso à informação dos participantes de planos de previdência privada sobre a gestão dos respectivos planos (art. 202, §1º). A participação popular na formulação de políticas públicas e no controle de suas execuções no âmbito da assistência social (art. 204, II). E, a participação da sociedade na formação e promoção das políticas educacionais, com a gestão democrática do ensino público (art. 206, VI).

E, ampliando sobremaneira a posição dos cidadãos no controle das escolhas administrativas, importa destacar o cuidado do Constituinte em tornar a moralidade e a probidade administrativa em bens juridicamente tuteláveis, visto que, agora “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural” (art. 5º, LXXIII, Constituição de 1988).

A participação social no processo das escolhas administrativas mostra-se um direito fundamental que solidifica e concretiza o princípio democrático no Estado Constitucional Brasileiro (FREITAS, 1997:87). Essa participação, conforme afirmando por Paulo Bonavides, se mostra um direito fundamental, um verdadeiro substrato da democracia, que só existirá, verdadeiramente, com a maximização da presença do povo no governo (BONAVIDES, 2008:283). E isso faz da participação processual, corolário do devido processo legal, um paradigma da juridicidade da atuação discricionário, efetivando a segurança jurídica, pois, ao mesmo tempo em que garante a previsibilidade pela transparência no processo deliberativo, dá ao cidadão a possibilidade de participar expondo suas razões e contraditando as motivação apresentada pela administração.

Neste caminho, Juarez Freitas argumenta atuação discricionária legitimada pelo Estado Democrático de Direito, suscita um protagonismo da sociedade na promoção do bem comum. Ela prima por um “Estado de racionalidade aberta” que, aliando a transparência, a motivação e a participação social ao processo de escolha, legitima plena a sindicabilidade da discricionariedade pela sociedade, concretizando o direito fundamental à boa administração pública (FREITAS, 2009:20-29). Assim, o paradigma do devido processo legal, amplia a concepção de legalidade, reestruturando o regime jurídico-administrativo no processo de formação da decisão discricionária, impondo a transposição da supremacia do interesse público pela supremacia da tutela dos direitos fundamentais. Desse modo, a Administração passa tratar não com um administrado, mas, com um cidadão carecedor de proteção e detentor do direito de influir em sua decisão, o qual figurará na relação processual de escolha não como interessado, mas como colaborador do Poder Público para a realização do bem comum.

Interessante conotação é a de que a Administração, em sua atividade, enxergue os administrados como uma verdadeira clientela e mova suas atitudes com esse enfoque. Igualmente, os cidadãos devem ser conscientes de sua posição como vigilantes e chefes da Administração para, assim, fortalecerem sua malha institucional, organizando-se no desenvolvimento do exercício do controle sobre os processos de escolha. Assim “a cidadania organizada pode influenciar não apenas o processo de identificação de necessidades e canalização de demandas, como também cobrar melhor desempenho do serviço público” (CAMPOS, 1990:36).

Partindo do pressuposto que o interesse administrado é público, a observância do paradigma da participação processual, coloca a Administração numa situação de ampla

sindicabilidade, devendo dá satisfação quando questionada e podendo ser efetivamente corrigida em casos de desvio. Então, a Administração Pública juridicizada pelo paradigma do participação processual é marcada pela participação popular na formação da escolha administrativa e pela paridade de condições no processo dialógico da formação da decisão política<sup>8</sup>. Este novo paradigma apresenta, então, uma íntima relação com o princípio da segurança jurídica, visto que a permanência da estrutura de poder dependerá na manutenção da confiança do povo no processo de formação das escolhas. E exige, portanto, a transparência informativa nos processos, nas decisões, nos resultados e no conteúdo da atuação discricionária da Administração para propiciar aos administrados o mais amplo acesso à formação da decisão política (ÁVILA, 2011:214-215).

Uma Administração Pública democrática tem que ser socialmente controlável e propiciar espaço de participação dos cidadãos nos processos decisórios, sendo “relevante o interesse dos indivíduos na formação das decisões políticas” por consagrar “a ideia de poder do povo” (SCHIER, 2002:73). Tem-se, assim, por indiscutível a necessidade da valorização da presença dos administrados na gestão da coisa pública. E isso faz urgir a reflexão sobre mecanismos institucionalizados que ampliem a possibilidade efetiva de intervenção dos cidadãos na defesa de seus direitos e interesses (MELLO, 1991:17). Assim, no Estado Democrático de Direito, torna-se imperativo uma gestão pública democratizada que é movida por técnicas que viabilizem a interlocução entre os cidadãos e a Administração. Tudo para efetivar uma condução nos negócios públicos de forma republicana (MOREIRA NETO, 2008:126).

Todavia, ainda que na escolha administrativa seja observado o paradigma da participação processual, e que o processo decisório guarde compatibilidade com os princípios constitucionais, se o resultado prático violar direitos fundamentais, causando um dano injusto, estará arbitrariedade que necessitará ser corrigida, em razão de contrariar a juridicidade pelo paradigma do resultado.

---

<sup>8</sup> Loewenstien observou, que há uma necessária participação dos legítimos detentores do poder no processo de controle da formação e do exercício do poder, identificando no núcleo participativo um dos pilares do controle da atividade estatal. O controle do poder por parte dos cidadãos, com a participação ativa dos verdadeiros detentores do poder, é o que classifica um sistema político como uma democracia constitucional. E, para que esta ocorra é preciso que exista efetivamente instituições que façam com que o exercício do “poder político este distribuído entre los detentadores del poder, y por médio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatários del poder constituídos em detentadores supremos del poder” (LOEWENSTIEN, 1986:150).

## 7. DO PARADIGMA DO RESULTADO

Acerca do paradigma do resultado é interessante observar que ele surge do mandamento de vedação da proteção insuficiente, vertente da proporcionalidade já utilizada pelo Supremo Tribunal Federal como argumento para proteção dos direitos fundamentais. Por este mandamento seriam sindicáveis os atos omissivos e os que não alcançaram uma suficiência ótima, por se entender que a proteção insuficiente ou a ausência total desta viola igualmente a ordem jurídica. Desse modo, a vedação da proteção insuficiente potencializa a inafastabilidade da tutela jurisdicional ao criar mais um parâmetro de controle de juridicidade administrativa discricionária.

No julgamento da ADI 3510, em que se suscitou a inconstitucionalidade do art. 5º, da Lei 11.105 de 2005, sob o fundamento da inviolabilidade do direito à vida, o Min. Gilmar Mendes arguiu que a carência da matéria tratada na lei, objeto da ADI, deixou uma margem muito grande para a atuação regulamentar do Executivo. E, a partir daí, sustentou que a norma em questão violou a proporcionalidade, não em pela proibição do excesso, mas sim em razão da vedação da proteção insuficiente (ADI 3.510/DF, pp. 607-610). Com isso, o Supremo Tribunal Federal trouxe um novo enfoque para a atuação dos poderes, exigindo uma satisfação eficiente dos mandamentos constitucionais. Ou seja, pelo fato de o Legislador não ter dado uma proteção ótima ao direito fundamental em discussão, o Poder Legislativo feriu proporcionalidade na vertente que rechaça a proteção insuficiente. Igualmente, Luiz Henrique Cademartori ensina que a proporcionalidade possui uma vertente de proibição da proteção insuficiente e argumenta que a proporcionalidade não apenas serve de limitação, pois, atua também na modulação dos direitos fundamentais em todas as suas acepções (CADEMARTORI, 2007:126).

Ao aplicar esse posicionamento no caso da sindicância da conveniência e oportunidade administrativa, seria permitido ao judiciário aferir a juridicidade da decisão tomada pelo Administrador, a partir da análise do resultado concreto, sem que essa ingerência viesse desequilibrar o desenho destas instituições políticas. Com tais argumentos de maximização do princípio da proporcionalidade, estaria estruturada a ideia de sindicância absoluta dos atos discricionários, inexistindo núcleo intangível ao controle de juridicidade do ato. Isto porque, se a conveniência e oportunidade estavam imunes ao controle judicial, com o

mandamento de otimização que proíbe a proteção insuficiente não resta mais qualquer margem ou álea estranha à apreciação judicial, em razão da possibilidade concreta de análise da eficiência do resultado prático da decisão administrativa discricionária.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo aponta para uma virada no controle judicial da discricionariedade administrativa, a partir do paradigma da juridicidade do resultado. Este paradigma invoca a concretização da essência democrática na atividade administrativa, visto que se busca agora a efetividade da realização dos fins constitucionais para satisfação do interesse público. Ou seja, mesmo que o processo decisório em si tenha sido conforme ao Direito, a atribuição da legitimidade democrática a esta atuação dependerá ainda da eficiência dos resultados práticos produzidos. Ora, se o poder discricionário possui um caráter funcional, ele somente pode ser exercido legitimamente se tiver a finalidade de satisfazer as necessidades públicas. Desse modo, a discricionariedade legítima seria também aferida pelo resultado que, por ser algo concreto, pode ser plenamente sindicado pelo judiciário.

Constitucionalmente, a Administração de resultado envolve uma legitimidade finalística, que confere uma juridicidade pela avaliação dos resultados concretos. Que, para alcançar a eficiência, têm que ser condizentes “aos imperativos de efetiva realização das diretrizes constitucionais e orientam e balizam os Poderes públicos”. Assim, o serviço prestado à coletividade tem que, de fato, atingir as expectativas razoáveis dos administrados, para se alcançar resultados administrativos satisfatórios que assim serão legitimados (MOREIRA NETO, 2008:126-136).

Dessa maneira, a funcionalidade da discricionariedade administrativa, que antes encontrava dificuldades para o controle judicial da vontade administrativa, agora passa sofrer um controle mais extenso: o da “juridicidade pelo resultado da ação administrativa”. Isto porque, em razão do princípio democrático, o conceito de legalidade perpassa pela compreensão de legitimidade que, por sua vez, requer que a Administração seja um instrumento para a satisfação dos direitos fundamentais. Desse modo, só será legítima a atividade discricionária, se seus resultados concretamente forem voltados para o atendimento os anseios sociais de modo eficiente (MOREIRA NETO, 2006:7802-7803). Seria, então, a superação da imunidade da discricionariedade administrativa pela real sindicância do mérito, pois, pelos resultados concretos, pode-se constatar se a oportunidade e a conveniência estão juridicizados pela legitimidade da escolha sobre o motivo e objeto do ato.

No mesmo sentido de se perquirir um novo paradigma da juridicidade da atividade administrativa, Helena Elias Pinto, ao tratar da responsabilidade civil do Estado por omissão, busca o fundamento racional do dever de indenizar o particular quando a atividade da Administração tem amparo legal. E, aprofundando no tema, a autora argumenta que, ainda que a administração tenha agido dentro da legalidade, caso o dano causado ao particular seja injusto, haverá o dever de indenizar, em razão de existir uma ilicitude objetiva que é aferida a partir da avaliação do resultado causado. Ou seja, propõe a autora o reenquadramento do parâmetro da legalidade da ação para o parâmetro de juridicidade do resultado. Assim, merece atenção especial o “desvalor do objeto da conduta”, que é o resultado imediato produzido pelo comportamento do agente que causou um “dano injusto” (PINTO, 2008:53;117-120).

Desse modo, o dever de indenizar será aplicado em virtude da constatação de um resultado repudiado pelo ordenamento jurídico. Isto é, a responsabilização será consequência de uma reação a uma situação de fato antijurídica. E essa nova concepção para proteção do bem jurídico lesado será encontrada a partir da análise do ordenamento jurídico como um todo. Deve-se considerar não somente as regras que ditam a obrigatoriedade de determinados comportamentos, mas também toda principiologia aplicável à Administração Pública para aferir se o resultado da conduta administrativa pode ser considerado jurídico.

Os dois autores acima citados coadunam no entendimento de que, tão importante quanto sindicar a vontade da Administração, é aferir a juridicidade pelo resultado da conduta administrativa. E, continuando nesse propósito, Diogo de Figueiredo argumenta que o paradigma da juridicidade pelo resultado rompe de uma vez por todas qualquer resistência teórica à sindicância judicial da atividade administrativa. Na realidade não há substituição de um poder pelo outro, nem usurpação de competência. O que sofre sindicância judicial no ato administrativo “não é a discricionariedade em si, mas o resultado de seu exercício e, ainda assim, no que exorbitou dos limites da ordem jurídica”. O que o controle de juridicidade faz é verificar no resultado eventual cumprimento da finalidade substancial a partir dos “instrumentais da realidade e da razoabilidade”, que “devem estar presentes, informando a consentaneidade do mérito administrativo com o interesse público específico” (MOREIRA NETO, 2001:82-83).

Então, a responsabilidade pela atividade discricionária “não deve ser mais entendida como mera responsabilidade política”, pois, em razão dos valores de uma democracia material, ela “vai se tornando paulatinamente, também uma responsabilidade jurídica”

(MOREIRA NETO, 2008:129). Não se trata mais de um controle sobre o núcleo político da ponderação administrativa, mas de um controle jurídico sobre o resultado efetivo para se constatar se a escolha administrativa, a partir do efeito concreto, pode ser considerada legítima dentro dos parâmetros do Estado Democrático de Direito. “Não importa absolutamente numa reavaliação do mérito (...) mas na ‘verificação de sua conformidade a limites’” (MOREIRA NETO, 2001:86). É um controle jurídico e não político. Desse modo, na busca dos resultados, tem-se a busca de uma responsabilidade jurídica constitucionalmente imposta à Administração que, como tal, pode e deve ser controlada pela via judicial.

Assim, para que a atividade discricionária seja considerada legítima e democraticamente juridicizada é necessário que os resultados visados na escolha político-administrativa tenham sido efetivamente produzidos e com eficiência que satisfaça a finalidade pública. Ela tem de ter “cabalmente exaurida a finalidade do ato, contrato ou processo em que tal escolha foi decidida”. Assim, pelo paradigma da juridicidade pelo resultado, a “legalidade constitucional” que vincula a ação político-administrativa à satisfação dos fins públicos, torna a “legalidade finalística ou de legalidade de resultado” (MOREIRA NETO, 2006:7803-7805), sendo algo concreto que, como tal, pode ser juridicamente verificável. Portanto, o paradigma do resultado, ao permitir a aferição concreta dos motivos que determinaram a atividade administrativa, assume um papel determinante neste novo posicionamento do controle de juridicidade atividade administrativa discricionária.

## **8. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Não restam dúvidas sobre a necessidade se lançar novos olhares para o exercício da discricionariedade, especificamente, quando se trata de seu controle. Ao analisá-la com as lentes que levaram ao estabelecimento do Estado Democrático de Direito, percebe-se que a limitação da sindicância sobre o juízo de conveniência e oportunidade da Administração pode deixar uma álea para uma arbitrariedade camuflada de legalidade. Isto em razão da legalidade, muitas vezes, deixar escapar máculas ao princípio democrático que não são captadas por seu filtro. Então, aceitar intangibilidade do mérito administrativo, pelo simples argumento de ser um exercício de poder político, é incompatível com a própria ordem Democrática.

Como único parâmetro de aferição da legitimidade do exercício da discricionariedade, a legalidade mostra-se insuficiente para tutela dos direitos fundamentais. O que torna necessário encontrar na própria ordem constitucional novos parâmetros que estruturam uma atuação administrativa democratizada. E ao cingir o agir administrativos pelos mandamentos de realização de uma democracia substancial, a legalidade passa ser ampliada pelos princípios e valores de todo sistema jurídico. Desse modo, o agir administrativo será aferido pela ampla juridicidade, e não mais pela estrita legalidade. E todo o processo decisório e o resultado prático deverão estar conformados aos princípios constitucionais expressos e implícitos para que a escolha discricionária possa ser considerada legitimada.

Esta a conduta administrativa, submetida à legitimidade democrática, estará vinculada ao Direito, composto por seu sistema de regras e princípios, de modo a tornar muito mais duro o teste da legitimidade democrática pelo parâmetro da juridicidade. Assim a transparência, a motivação suficiente, a participação processual, e o resultado surgem da própria ordem jurídica como novos paradigmas de juridicidade da atuação administrativa discricionária, democratizando processo de escolha do mérito administrativo e mitigando sua concepção como núcleo político intangível.

Desse modo, conforme apresentado acima, os novos paradigmas de juridicidade servem de um importante instrumental para que os cidadãos acompanhem, fiscalizem, participem do processo decisório, e controlem escolhas administrativas. Portanto, a transmutação da legalidade para a juridicidade amplia sobremaneira o controle da discricionariedade, reduzindo os espaços para arbitrariedades, visto que, pelos novos paradigmas de juridicidade, os cidadãos terão meios efetivos para aferir se o exercício poder democrático foi legítimo ou arbitrário.

## **9. REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Poder Discricionário da Administração**. In Revista dos Tribunais, vol. 610, ago.1986.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre a permanência, mudança e realização no direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da democracia participativa – por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 1ª ed. 4ª tir. Cuiabá: Juruá, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CRUZ, Paulo Márcio da. **Sobre o princípio republicano: aportes para um entendimento de bem comum e interesses da maioria**. In Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD, 1(1):87-96, jan./jun. 2009.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **Parcerias Público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CAMPOS, Anna Maria. **“Accountability”: quando poderemos traduzi-la para o português?**. In Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, 24(2)30-50, fev/abr.1990.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Discricionariedade e Estado de Direito**. In Discricionariedade Administrativa. Org. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CUESTA, Rafael Entrena. **“Curso de Derecho Administrativo”**. 13ª ed. Tecnos: Madrid, 1999.

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

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. “**Viejas e nuevas ideas sobre el poder discrecional de la administración y el control jurisdiccional de su ejercicio**”. In Interesse Público, Porto Alegre, ano 8, n. 37:173-185, mai./jun. 2006.

FILGUEIRA, Fernando. **Transparência, publicidade e “accountability”**. Centro de Referência do Interesse Público, Belo Horizonte, 2011 (Texto para discussão n.º 1). Fonte: [http://democraciajustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/transparencia\\_publicidade\\_e\\_accountability.pdf](http://democraciajustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/transparencia_publicidade_e_accountability.pdf). Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

FRANCO SOBINHO. Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública. Discricionariedade, tutela jurisdiccional, regulação econômica e desenvolvimento**. 3ª.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **O controle da administração pública e sua efetividade no Estado contemporâneo**. In Interesse Público, Belo Horizonte, ano 9, n.43:167-197, mai./jun. 2007.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Classificação dos atos administrativos inválidos no direito administrativo brasileiro**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 226:59-80, out./dez. 2001.

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

\_\_\_\_\_. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GARCIA, Emerson. **O direito comunitário e o Controle do poder discricionário pela justiça administrativa**. In Discricionariedade Administrativa. Org. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GORDILLO, Agustín. “**Tratado de derecho administrativo**”. Tomo I, Parte General. 8 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

LOEWENSTIEN. Karl. “**Teoria de la Constitución**”. Traducción y estudio preliminar por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona/Caracas/México: Ariel, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2ª ed. 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. **Procedimento administrativo**. In Direito administrativo na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 09-44.

MONTECINOS, Egon. “**Democracia y presupuesto participativo en América Latina. La mutación del presupuesto participativo fuera de Brasil**”. In Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo – CLAD Reforma y Democracia, Caracas, n.53, jun. 2012.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Democracia e legitimidade**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 183:66-74, jan./mar. 1991.

\_\_\_\_\_. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4ª.ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado. A juridicização dos resultados na Administração Pública**. In Fórum Administrativo – Direito Público, Belo Horizonte, ano 6, n.67:7801-7810, set. 2006.

\_\_\_\_\_. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. **Uma nova administração pública**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 220:179-182, abr./jun. 2000.

OLIVERIA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PINTO, Helena Elias. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública – o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUNFELD, Carlos Ari. **Princípio da Publicidade Administrativa (direito de certidão, vista e intimação)**. In Revista de Direito Administrativo, 199:., jan./mar. 1995.

TOURINHO, Rita. **A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. in Discricionariedade Administrativa. Org. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.