

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo moderno surgiu com um movimento que buscava reestruturar o do Estado, retirando a legitimidade das monarquias absolutistas, por atribuir a titularidade do poder ao povo. Desse modo, os ideais iluministas que imbuíram tanto os movimentos de independência das colônias britânicas em território americano, quanto movimentos revolucionários na França que culminaram na queda do antigo regime, pregavam a racionalidade do exercício do poder. Buscavam-se técnicas capazes de limitá-lo em prol das liberdades individuais desejadas pelos colonos e pelos não detentores de privilégios da coroa francesa, respectivamente. Portanto, a limitação do poder Estatal figurou como principal objetivo constitucionalismo moderno.

Na contemporaneidade, a discussão sobre a limitação do poder estatal se renova, notadamente, acerca do exercício da competência discricionária. Ultrapassada a afirmação da soberania popular, estando sedimentado no Estado Brasileiro o princípio democrático, surge a necessidade da releitura dos limites atividade administrativa discricionária. E a ideia central continua a mesma: todo poder necessita ser controlado. E, se o exercício da discricionariedade é um poder, ele tem de ser amplamente controlável. Um poder incontrolável se mostra incompatível com o Estado democrático de direito. Desse modo, A discricionariedade administrativa, antes tida como o último refúgio de um núcleo político intangível, passa por uma adequação aos valores democráticos republicanos, para se redefinir os contornos do exercício legítimo deste poder.

Posteriormente, frente às novas exigências apresentadas pelo neo-constitucionalismo, em que a ordem de valores e os princípios possuem caráter normativo e, assim, tem de ser efetivados, o controle judicial da atividade discricionária torna-se mais amplo, devido a concepção alargada da legalidade para a juridicidade. Todavia, o princípio democrático parece exige mais, não bastando apenas os mecanismos previstos no sistema de freios e contrapesos. E a ideia e a de que, para que o princípio democrático seja efetivamente materializado, o povo tem que poder controlar a atividade estatal, mormente, a atividade administrativa discricionária. Não somente pelo sistema eleitoral, mas, principalmente, pela fiscalização cotidiana das escolhas administrativas à medida que elas vão ocorrendo.

Então, o presente trabalho questiona quais mecanismos positivados necessitam ser efetivamente implementados pela Administração Pública em sua atividade para que a sociedade possa efetivamente aferir a legitimidade do exercício da competência discricionária, para fiscalizá-la e controlá-la pela via judicial. Neste intuito, o trabalho apresenta que a efetivação da transparência, nas vertentes publicidade e dever de motivação, é o mais efetivo mecanismo constitucionalmente previsto para que a população possa exercer, com eficiência, um controle social da juridicidade da atividade administrativa discricionária, pela via judicial.

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. Estes, por sua vez, prestariam contas desta atuação na periodicidade eleitoral constitucionalmente prevista.

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. Neste sentido, o princípio democrático participativo exige uma nova postura da atuação Administrativa, que deverá prestar contas de sua atividade, notadamente, a discricionária, na qual, em tese, haveria uma maior liberdade de escolha da ação.

Partindo do pressuposto que o interesse administrado é público, a Administração tem de prestar contas de seu exercício à sociedade, não somente publicizando sua conduta, como também dando satisfação quando questionada e podendo ser efetivamente corrigida em casos de desvio. Assim, é estruturada a ideia de Controle Social da Administração pública, como uma modalidade da “Accountability” vertical que necessita da implementação de mecanismos que garantam aos cidadãos a transparência necessária para o controle.

Pelos potenciais impactos socioeconômicos, o exercício da competência discricionária, necessita ser cotidianamente avaliado por seus titulares e destinatários. Para tanto, a prestação de contas somente em períodos eleitorais se mostra ineficiente para a tutela do interesse público, que carece da mais ampla e irrestrita proteção. Então, levando-se em consideração o princípio democrático, que estrutura o estado brasileiro em bases republicanas,

faz-se necessária uma reflexão dos mecanismos constitucionalmente previstos, expressa ou implicitamente, que necessitam ser implementados para viabilizar o controle social das escolhas discricionárias.

Portanto, lançando mão de um levantamento bibliográfico, o presente trabalho tem como objetivo analisar, nas bases do sistema democrático brasileiro, os mecanismos constitucionalmente previstos para que a sociedade possa fiscalizar o exercício da competência discricionária de forma eficiente, para buscar seu controle pela via judicial. Destarte, parte-se da análise da atividade administrativa do Estado democrático de direito, a fim de compreender os impactos do princípio democrático para concepção da juridicidade da atividade administrativa. E, Sendo a discricionariedade uma competência mais livre, seu exercício necessita observar critérios bem definidos das limitações quanto à oportunidade do motivo e à conveniência do objeto, para que esta atividade possa ser considerada legítima. Então, a seguir, serão estruturados os fundamentos e pressupostos da discricionariedade administrativa, para enquadrá-la dentro dos limites da legitimidade democrática.

Feito isto, serão pontuados os argumentos utilizados para a redefinição do controle da juridicidade da atividade discricionária. Isto porque, atualmente o tabu da intangibilidade do mérito administrativo foi ultrapassado, sendo já concebida sua plena sindicância. Entretanto, esta revisão necessita de parâmetros claros, concretos e juridicamente possíveis para que o controle judicial não ultrapasse os limites constitucionalmente postos ao sistema de freios e contrapesos. Assim, o que se busca é encontrar um parâmetro sólido que efetivamente sirva de critério de aferição da legitimidade do exercício da competência discricionária, sem colocar em risco a segurança jurídica e a estabilidade das instituições políticas. Por fim, identificado este parâmetro, serão estruturados os fundamentos da “accountability”, seu objetivo e modalidades. Isto para chegar à possibilidade de um controle social da atividade discricionária da Administração Pública, e assim identificar os mecanismos constitucionalmente previstos que viabilizem de forma eficiente a possibilidade deste controle.

1. DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao identificar as três fundamentais funções do Estado, Aristóteles concebeu que todas elas estariam concentradas em um único detentor do poder. Ou seja, Aristóteles não tratou de separação das funções em diferentes órgãos independentes. Ele tão somente destacou que o Poder do Estado consistia em tomar decisões fundamentais, aplicar essas decisões e cumprir a justiça, correspondendo às funções legislativa, executiva e judiciária, respectivamente, como se observa em sua obra “A Política¹”.

Acerca das funções estatais, Locke desenvolve, posteriormente, a ideia de distinção orgânica das funções. Este autor propõe uma teoria dual da separação dos Poderes, na qual os Poderes Legislativos e Executivos estariam alocados em órgãos diversos, para evitar a concentração absoluta do poder, por acreditar na falibilidade humana. Assim, Locke propõe a existência de dois órgãos distintos que concentrariam os Poderes do Estado. O órgão Legislativo concentraria o Poder Supremo, cuja função seria a produção de normas que determinassem o modo de conduta em sociedade para garantir a segurança jurídica. Já o órgão Executivo concentraria a execução das leis, além de cumular o exercício do poder federativo e do poder de prerrogativa. Estas duas últimas funções do Executivo corresponderiam aos poderes inerentes ao trato das relações externas ao estado (declarar guerra e paz, celebrar transações com outras comunidades, etc.), e integração da lei para solucionar casos de exceção, respectivamente (LOCKE, 2002: 106-110).

Canotilho, ao esquematizar a teoria de Locke em nível funcional institucional, assinala que funcionalmente, haveria quatro escalas de funções estatais. A função legislativa, que ficaria a cargo da produção de regras jurídicas. A executiva, cuja competência seria a aplicação e a execução das regras criadas pelo Legislativo. A função federativa, incumbida das relações com outros Estados e do direito internacional. E, por fim, a função de

¹ Segundo Aristóteles “em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição” (ARISTÓTELES, 1998).

prerrogativa, pela qual seria exercido o poder de tomar decisões em casos de exceção constitucional. Segundo este autor, Locke entendeu que a separação funcional não seria suficiente para limitar o poder estatal, sendo necessário um suporte institucional para compartimentalizar os responsáveis pelo exercício destas funções. Desse modo, institucionalmente, enquanto o Parlamento constituía o “supreme power”, por ditar o modo de proceder do Estado, “a Coroa soberana pontificava no ‘governo’, ‘administração’ e ‘tribunais’, funcionalmente competentes para o desempenho das funções executiva, federativa e prerrogativa” (CANOTILHO, 2003:580-581).

Por sua vez, Montesquieu desenvolve a teoria de distinção das funções do Estado, dividindo-as em três instituições, na qual um órgão limitaria o exercício da função de outro. Este autor parte da definição de que a concentração do poder em uma única mão leva à arbitrariedade, de maneira que a liberdade só seria possível pela obediência às leis. Isto porque a paz social seria garantida pela segurança jurídica, em que a previsibilidade da atuação estatal estivesse bem definida. E a garantia de um arranjo institucional impediria o abuso das funções estatais por quem a exercesse. O autor compreende que somente o poder seria capaz de limitar o poder. E, partindo dessa premissa, as funções de elaborar as normas pertenceriam à instituição Poder Legislativo. As funções executórias, gerenciais e de relações internacionais estariam a cargo institucional do Poder Executivo. E a função de dirimir os conflitos entre os cidadãos e de julgar os crimes pertenceria ao Poder Judiciário².

O desenho institucional brasileiro, seguindo a linha de Montesquieu, foi estruturado na compartimentalização das funções Estatais em três órgãos distintos: Legislativo, Executivo e Judiciário. Cada um dos quais cumprindo suas funções típicas, coordenadas num sistema de freios e contrapesos, de modo a manter a independência e a harmonia no exercício de suas

² Ao separar as distintas funções em três órgãos, Montesquieu fundamentou que “pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune o crime ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente, o Poder Executivo do Estado. A liberdade política num cidadão é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança: e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer o outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estiver ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos” (MONTESQUIEU, 2000:168). Para o Autor, essa separação impediria a usurpação das funções de um Poder pelo outro poder, criando dessa forma uma barreira no arranjo institucional que viabilizaria a limitação do poder estatal.

competências. Para desenvolvimento do presente trabalho, será focada a atividade discricionária da Administração Pública. Porém, é necessário discorrer sobre as implicações que a concepção do Estado Democrático de Direito trouxe à administração Pública.

Certo é que a Administração da “res” pública está sedimentada em um regime jurídico estruturado para a satisfação do interesse público. Por interesse público, compreende-se a vocação da Administração em atender as necessidades da sociedade como um todo. O interesse público é o sentido em direção do qual a máquina pública em todas as suas vertentes é movida. Não para satisfazer a comodidade de um grupo ou parcela da população, mas, para atender da forma mais satisfatória possível a soma dos interesses individuais. Desse modo, o interesse público não se identifica com os interesses próprios da Administração. Antes é um contraponto à potestade estatal para delimitar suas ações e preservar a incolumidade jurídica dos administrados (JUSTEN FILHO, 2005).

Nessa linha, Bandeira de Mello, ao diferenciar o interesse público do privado, apresenta um conceito de interesse público como uma categoria dependente, isto é, não autônoma. Para o autor, o interesse público é voltado para atender a sociedade que, por consequência lógica, corresponde a um agregado de interesses particulares comuns. O interesse público não seria contraposto ao interesse dos indivíduos, antes seria a junção dos interesses de toda sociedade³. Assim, conceitua como público “o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (MELLO, 2010:61).

O interesse público propriamente considerado é, portanto, a pedra angular da estrutura jurídica que pauta a atividade administrativa. Ele se coloca como pressuposto de realização dos fins da sociedade, ao mesmo tempo em que serve de limitador máquina administrativa. Para satisfazer a soma dos interesses individuais a Administração está sujeita a um regime jurídico próprio, distinto do privado que rege a relação entre os indivíduos. Por conta das próprias características de sua atividade, tendo em vista a necessidade de satisfazer as necessidades coletivas, a Administração mantém uma relação assimétrica com seus

³ Num sentido aparentemente contrário, Cretella Júnior compreende como interesse público “o interesse coletivo colocado pelo Estado entre seus próprios interesses” (CRETELLA JÚNIOR, 1980:339). A colocação deste autor deixa transparecer que há uma separação entre os interesses do Estado e o interesse da sociedade, distanciando-se da concepção de interesse abrangente e abstrato, apresentada por SANSEVERINO, que denota transcender o próprio Estado, pois não é o interesse “de um grupo ou de uma parcela da comunidade: nem mesmo é o interesse só do Estado, enquanto pessoa jurídica empenhada na consecução de seus fins. É o interesse de todos, abrangente e abstrato” (SANSEVERINO, 1980:338).

administrados. Ela dispõe de uma estrutura jurídica diferenciada, denominada de regime jurídico-administrativo, que lhe atribui prerrogativas e lhe impõe sujeições no trato com os particulares, respectivamente, inerentes à supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade deste interesse.

Pela supremacia do interesse público sobre o particular, a Administração está em um patamar superior ao dos administrados, possuindo prerrogativas não extensíveis à coletividade. A atividade administrativa quase sempre consubstancia a limitação dos interesses privados, assim, que ocupar uma posição privilegiada nas relações jurídicas torna-se imprescindível por viabilizar a realização de seus fins. Desse modo, a supremacia do interesse público permite à Administração, por exemplo: fazer cumprir suas decisões, sem a necessidade de intervenção judicial; impor restrições os direitos e liberdades individuais no exercício de seu poder de polícia; e, intervir na propriedade particular, seja limitando, requisitando ou desapropriando.

Pela indisponibilidade do interesse público, a Administração está sujeita a limitações em seu exercício não extensíveis aos particulares, condicionando sua atividade ao atendimento de critérios pré-fixados pela norma. Ela não age livremente e não dispõe dos interesses e dos bens públicos, estando vinculada a preceitos específicos no gerenciamento da coisa pública. Assim, ao contrário dos particulares, a Administração só pode, por exemplo: agir nos termos permitidos pelo direito; contratar mediante observância da lei de licitações e contratos; selecionar seus servidores por concurso público; utilizar sua receita em obediência à lei orçamentária; e, alienar imóveis com autorização legislativa.

“Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público” (BANDEIRA DE MELLO, 2007:6). O interesse público se mostra, então, sustentáculo da atividade administrativa. Sendo delineado pela expressão da vontade popular cristalizada na lei para servir os administrados, e não pela vontade do administrador (MARTINS, 2000:66). Com isso, a qualificação do Estado de Direito pelo princípio democrático traz implicações para a atividade da Administração, notadamente, quanto à legitimidade de suas escolhas discricionárias, em razão ampliação da aceção da legalidade.

1.1 Da legalidade e da atividade administrativa no Estado de Direito

Manoel Gonçalves Ferreira Filho leciona que, apesar da expressão “Estado de Direito” surgir pela primeira vez na Alemanha, no início do Século XX, como uma contraposição do “Rechtsstaat” aos governos despóticos e teocráticos, seu núcleo está na Antiguidade. Este autor ressalta que a ideia central do Estado de Direito é que existe um direito “superior aos governantes, que não podem validamente alterar” esta estrutura. Seu núcleo está na existência de uma ordem jurídica superior à vontade dos governantes, que limita a atividade destes. E ainda que fosse permitida a edição de regras pela Assembleia, ou pelo papa, rei ou imperador – estes últimos três últimos já no período medieval - ela deveria guardar consonância com um direito superior – divino ou natural, imutável pelos homens.

“Tão forte era essa ideia de não contrariedade à lei superior que, as leis positivas, – insista-se – não eram válidas senão na medida em que se ajustassem ao direito superior⁴” (FERREIRA FILHO, 1987:11-17). Para este autor, em consonância com Locke, a ideia central do estado de direito é a compreensão de que a lei preexiste ao Estado. É a lei que cria o Estado e somente ela pode restringir a liberdade dos indivíduos. E essa potestade criativa legal passou da divindade para o direito natural, até se chegar à concepção de que o poder pertence ao povo representado por um parlamento.

Desde as primeiras lições do direito constitucional, quando se trata dos direitos e garantias fundamentais, a legalidade é colocada como pedra angular do constitucionalismo moderno, e especialmente da atividade administrativa. Pela expressão que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal), foi marcada a limitação do poder estatal aos direitos e liberdades individuais dos cidadãos⁵. Então, para que a atividade administrativa estivesse coadunada com

⁴ Cabe aqui interessante informação acerca do controle de validade das leis no período medieval que Ferreira Filho faz, reportando-se a Gierke: “A teoria propriamente medieval (e jamais completamente abandonada) declarava que todo ato do soberano que rompia os limites postos pelo direito natural era formalmente nulo e írrito. Como nulo e írrito, por esta razão, cada juiz e cada outro magistrado que tinha de aplicar a lei, devia testar, não apenas todo ato executivo ilegal, mas toda lei ‘ilegal’, mesmo se promulgada pelo papa ou pelo imperador. Além disso, a ordem ilegal ou o ato ilegal era nulo e írrito para os súditos do Estado. Era exatamente por esta causa que o seu dever de obediência era concebido como um dever condicional e que o direito de ativamente resistir a medidas tirânicas era concedido a eles” (FERREIRA FILHO, 1987:14).

a ordem jurídica e fosse reconhecida como legítima, ela necessariamente deveria estar respaldada em um preceito normativo em sentido estrito.

A legalidade assumiu a condução da atuação Estatal com o movimento revolucionário que resultou na queda do regime absolutista francês. Direcionados pelos ideais iluministas que racionalizavam a origem do poder estatal, a classe burguesa estruturou um sistema rígido que lhe garantisse a estabilidade dos direitos individuais. Tudo para por um fim às arbitrariedades do monarca que embaraçavam o desenvolvimento econômico desta classe emergente. Desse modo, almejava-se desestruturar o poder monárquico, colocando os rumos da Nação em uma instituição política que permitisse a concretização da vontade coletiva. E a via escolhida foi a expressão da soberania popular, que mediante representação política eleita, enfraqueceria a atividade estatal, sujeitando-o ao cumprimento estrito das leis.

O poder, antes ilimitado e arbitrário, passaria a ser expresso por meio de leis editadas, racionalmente, por um parlamento eleito para esse fim. O poder, antes imposto unilateralmente, passaria a ser fruto do consenso coletivo. Ou seja, o povo não se submeteria mais a um tirano. Agora, o povo estaria submetido à sua própria vontade externada pelo consenso representativo. A concepção moderna de Estado de direito superou a origem transcendental do poder. Reconheceu que o povo seria seu titular, porém, com uma ideia de democracia representativa. Ocorre que, os representantes do povo integravam uma classe buscava um Estado negativo, que não interviesse na propriedade privada e nas liberdades individuais. Desse modo, foi estruturado um sistema de poderes no qual o Poder Executivo estava amarrado às leis e que o Poder Judiciário estava politicamente inutilizado⁶.

Portanto, a estrutura constitucional montada pela classe insurgente do Antigo Regime foi contundente em afastar qualquer possibilidade de ingerência do judiciário nos rumos do Estado. Isto porque, a Constituição Francesa de 1791 expressamente determinou que os tribunais não podem imiscuir-se no exercício do Poder Legislativo, ou suspender a execução das leis, nem interferir nas funções administrativas, ou citar perante eles os administradores em razão de suas funções (art. 3^a, cap. V). Então, este foi o panorama em que se estabeleceu o

⁶ Capelletti afirma que havia muitos motivos para a inutilização política do Poder Judiciário. Segundo este autor os juízes eram vistos com desconfiança pela classe burguesa, devido os privilégios que possuíam no regime absolutista. Aqueles sempre foram “adversários implacáveis de qualquer, mesmo mínima, reforma em sentido liberal, e, então, implacabilíssimos adversários da Revolução” (CAPPELLETTI, 1992:97).

Estado de Direito francês: um Poder Judiciário inócuo, um Poder Executivo limitado, e um Poder Legislativo sem qualquer freio⁷, marcando, assim, a rígida separação dos Poderes.

Neste cenário, a legalidade ocupou um papel central na condução do Estado de Direito constitucional moderno da Europa continental, visto que não existia espaço para decisões arbitrárias do Executivo, e nem mecanismos jurídicos de controle de legalidade ou de constitucionalidade da atividade Administrativa pelo poder Judiciário. Toda função do Poder Executivo estava reduzida ao cumprimento das determinações legais. Por sua vez, a função do Judiciário se resumia a dirimir os conflitos entre particulares, subsumindo o caso concreto à norma. Tamanha era vinculação à lei, que Schmitt denominou o Estado Burguês de Estado Legalitário o qual estava submetido ao “império da lei”. Isto em “contraposição ao império dos homens, seja um indivíduo, uma assembleia ou corporação, cuja vontade se coloca no lugar de uma norma geral, fixada de antemão e igual para todos” (SCHMITT, 1996:149-150).

Segundo Di Pietro, a atividade administrativa no Estado de Direito Liberal era mínima, restringindo-se às “atividades essenciais, como defesa contra o inimigo externo, a segurança interna e a justiça” (DI PIETRO, 2012:13). Porém, desde que conforme a lei, a atividade administrativa seria legítima, pouco importando o real atendimento da finalidade precípua da Administração. Isto é, não era o cumprimento substancial da finalidade pública que legitimaria sua atuação, mas apenas a correspondência formal. A legalidade da atividade administrativa era destituída de um conteúdo material para lhe conferir juridicidade, bastando que o comando normativo estivesse sido criado por um processo legislativo hígido. Desse modo, a legitimidade da atividade da administração pelo simples filtro da legalidade equivale ao sistema de compatibilidade normativa proposta por Kelsen⁸.

⁷ Malgrado a Constituição Francesa de 1791 prever em seu §3º, do Título I, que “o Poder Legislativo não poderá fazer nenhuma lei que ofenda e ponha obstáculo ao exercício dos direitos naturais e civis consignados no presente título, e garantidos pela Constituição”, além de outras menções à hipotéticas limitações à atividade legislativa nas Constituições de 1793 e de 1795, respectivamente, nos artigos 4º e 375, na realidade havia uma efetiva Supremacia Parlamentar. Em nenhuma destas constituições havia mecanismos de salvaguarda constitucional. Ou seja, inexistiam instrumentos jurídicos capazes de garantir a defesa e guarda da Constituição, carecendo o texto supremo de força normativa. Isto porque, conforme frisado por Kelsen, “uma constituição em que falta a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico (...) uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem (...) equivaleria mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória” (KELSEN, 2003:179).

⁸ Kelsen, que desenvolve a Teoria Pura do Direito visualizando as condições de validade da norma jurídica em seus aspectos formais, limita-se a descrever o fenômeno normativo de produção e aplicação do direito positivo. Após retirar do Direito todo elemento estranho à própria norma (moral, justiça, política, etc), ele assenta o

O Estado de Direito foi, assim, sustentado sob o alicerce da legalidade, e sua compreensão denota a previsibilidade da atuação estatal, pela obediência a um ordenamento jurídico unitário posto, que dá segurança jurídica aos administrados. Assim, Canotilho sustenta que o princípio da legalidade da Administração se subdivide nos subprincípios da prevalência da lei e da reserva da lei. Pelo primeiro, a Administração está submetida à produção legislativa, não podendo atuar fora dela ou independente dela, por vincular sua atividade integralmente ao comando normativo. Já o segundo subprincípio afirma que determinadas matéria e que a restrição de direitos, liberdades e garantias, somente podem ser deliberadas pelo parlamento (CANOTILHO, 2003:256).

Nesse sentido, Seabra Fagundes ensina que a atividade administrativa é submissa ao princípio da legalidade⁹. O autor reforça que a atividade da Administração tem de estar conformada à ordem jurídica firmada na lei, que lhe outorga existência jurídica. A legitimidade de sua atividade seria, portanto, determinada pela compatibilidade à legislação. E, “qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que a autorize, ou excedendo o âmbito de permissão da lei, será injurídica” (FAGUNDES, 2010:115).

Todavia, em sua versão formal, o Estado de Direito por si só não garante a limitação do poder, a segurança jurídica e os direitos e garantias fundamentais. É sabido que sua concepção destituída de um conteúdo material deu ensejo ao surgimento de regimes totalitários¹⁰, cujo sustentáculo normativo era válido por ter sido fruto de um processo

principal pilar de sua teoria no fundamento da validade da norma. Sua ideia é a de que a validade de uma norma sempre e somente será outra norma superior, cuja validade, por sua vez, estará em outra norma. Para Kelsen, esta cadeia de validação sequencial se dá sucessivamente até se chegar à norma fundamental que sustenta a validade de todo o ordenamento e que constitui uma unidade na pluralidade de normas que sustenta. É imperioso destacar que, para o referido autor, a norma fundante é norma pressuposta e não posta, para que, assim, prescindida de validação por outra norma superior. Tudo isso para afastar de sua teoria, dessa maneira, a matriz sócio-política do poder constituinte (KELSEN, 1998).

⁹ A construção do princípio da legalidade foi resultado da necessidade da limitação da potestade estatal, que sedimentou o alicerce do constitucionalismo moderno, e decorreu da construção do devido processo legal na Magna “Charta Libertatum” de 1215. O art. 39, da Magna Carta de 1215, preceituava que “nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra”. Ocorre que, apesar da mesma base, a limitação do poder estatal recebeu diferentes contornos nas instituições políticas francesa e na norte-americana. Como consequência, o princípio da legalidade teve acepção distinta na estruturação na teoria da separação dos poderes e na possibilidade de controle judicial da atuação estatal. Porém, por opção metodológica deste trabalho, não aprofundaremos neste tema, visto que o foco está na legitimidade da atividade discricionária no Estado Democrático de Direito contemporâneo.

¹⁰ “(...) fundamentado o conceito de estado de direito, tal como desenvolvido na modernidade, ou seja, entendido o direito como uma exclusiva e soberana expressão da vontade estatal, ainda que dissociado da legitimidade, bastando, tão somente, ao Estado, observar a legalidade, ou seja, respeitar a própria lei que edita, sintetizada no

legislativo regular (FRANÇA FILHO, 1997:204). A legalidade, compreendida somente como o resultado de um processo legislativo, torna-se desvirtuada de sua real finalidade que seria externalizar a vontade popular, limitando o Poder Estatal. Isto porque, a finalidade do Estado de Direito é estabelecer o império da justiça, necessitando, e não da lei em seu estrito¹¹, pois, “o Estado de direito formal, em que essa vontade é soberana, contraria os fundamentos da proposta clássica” (FERREIRA FILHO, 1987:15-17). Desse modo, é a presença do princípio democrático que qualifica materialmente o Estado de direito, transformando a legalidade num instrumento de realização da soberania popular.

1.2 Do princípio democrático e seus pressupostos

Devido às insuficiências do Estado Liberal em prover as demandas sociais, houve a passagem para uma segunda etapa na atuação do Estado, que foi voltada para garantia dos direitos fundamentais de segunda geração¹². Nesta fase a potestade estatal foi impelida a

brocardo *patere legem quam fecisti*. A injustiça e desacerto da aceitação desta onímoda e ilimitada sujeição, costumeira ignorada ou encoberta nos clássicos manuais teóricos, se veio a tornar patente no curso do século XX, muito em razão dos holocaustos bélicos em escala mundial, que os ‘estados de direito’ impuseram a sociedade inermes; um processo de (*hélas! à quelque chose malheur est bom...*) afinal concorreu para robustecer o conceito de legitimidade democrática referida ao próprio direito, como ideia força nascida das catástrofes produzidas sob o signo do mito da legalidade, que acobertava tiranos e ditadores, e que logo floresceria com a constitucionalização do estado democrático de direito, um movimento iniciado justamente nos países mais sacrificados por seus próprios regimes totalitários autocráticos” (MOREIRA NETO, 2011:54-55).

¹¹ Neste sentido, Rafael Cuesta, preparando terreno para fundamentar que o Estado de Direito se caracteriza, além do elemento formal, em razão de um elemento substantivo, por reconhecer e tutelar os direitos públicos subjetivos, sustentou que “es frecuente en la doctrina afirmar que el Estado de Derecho se caracteriza porque a través del mismo se consigue un sometimiento de la Administración a la ley. Pero, si bien se mira, el sometimiento de la Administración y de todo el Estado a la ley no puede constituir un fin en sí mismo, sino simplemente una técnica para conseguir una determinada finalidad” (CUESTA, 1999:48).

¹² Acerca da superação do Estado Liberal, Bonavides fundamenta que é necessário que o direito se esforce por colocar o social antes do humano, tendo em vista as contradições entre o político, o social e econômico. Em outras palavras, deve-se não se fundar mais no individualismo, mas na garantia da participação do homem na formação da vontade do Estado para conduzi-lo a uma democracia efetiva, onde o aparelho estatal esteja capacitado para proporcionar ao indivíduo a soma cada vez mais ampla de favores concretos. Para sepultar o absolutismo, a burguesia precisava da liberdade e para isso esforçou-se em neutralizar o Estado e toda intervenção que pudesse embaraçar a livre iniciativa material e espiritual do indivíduo. Para tanto, buscou-se a desconcentração do poder para proteger a liberdade fundando o Estado Jurídico o governo da lei e não o dos homens. O *princípio separatista* foi gerado na ideia peculiar do liberalismo de limitação máxima dos fins do Estado. Todavia, a realidade social fazia crescer a necessidade do alargamento dos fins do Estado, forçando a superação do estado liberal, impelindo o Estado Moderno a ampliação de seus fins e o aumento contínuo da esfera de suas responsabilidades. Desta feita, o Estado Social se acha contido juridicamente no constitucionalismo democrático, esforçando-se para amortecer a luta de classes e promover, entre os homens, a justiça social e a paz econômica. E ele só foi possível pela superação ideológica do antigo liberalismo (BONAVIDES, 2004:63-88).

limitar as liberdades individuais para garantir a proteção dos direitos sociais e a efetivar mecanismos prestacionais em favor da coletividade. Neste momento, a atuação Estatal, antes facultada diante da ausência de parâmetros normativos, passa a ser conduzida pela observância estrita às determinações legais. E, assim, o princípio da legalidade assume em relação à atividade estatal a vertente positiva, nos termos atualmente empregados no ordenamento jurídico brasileiro¹³, principalmente pelo reclame do princípio democrático.

Como um levante contra o positivismo, a teoria dos princípios surgiu da resposta de Dworkin à teoria do direito proposta por Hart, pelo fato daquele entender que o direito não é formado apenas por um conjunto de regras. Assim, Dworkin expôs que a base de sua construção doutrinária - o direito como prática jurídica - é fruto da atividade hermenêutica, concebida através da teoria política. Para ele o direito “é profunda e inteiramente político”, pois “política, arte e Direito estão unidos, de algum modo, na filosofia” (DWORKIN, 2001:217;249). Este autor chama a atenção para os inúmeros métodos interpretativos de que o julgador pode lançar mão, a fim de encontrar a resposta mais apropriada para o caso concreto. Porém, deixa claro que a finalidade dos métodos interpretativos no direito, assim como na literatura, não é inventar uma solução para o caso concreto, mas sim descobrir a resposta correta contida na norma, sempre se pautando nos princípios.

Desse modo, Dworkin contrapõe Hart e concebe que o direito vai além de um conjunto de regras, por ser constituído também por princípios que seriam os norteadores das soluções dos “hard cases”. Quando as regras são insuficientes para decidir, entram em cena os princípios. Isso porque é na zona de incerteza que o princípio, elemento integrante do direito, age legitimando juridicamente o senso de justiça do julgador. Segundo ele, “podemos sentir o que o que estamos fazendo é correto, mas, enquanto não identificarmos os princípios que estamos seguindo, não podemos estar certos que eles são suficientes, ou se os estamos aplicando consistentemente” (DWORKIN, 2002:25). Então, os princípios funcionam como vetores de decisões, limitando o arbítrio, trazendo segurança jurídica e coesão ao ordenamento.

¹³ “(...) a conhecida insuficiência do Estado liberal – incapaz de reequilibrar as alcantiladas posições econômicas e sociais das classes mais abastadas – promove uma nova transição. Inauguraram-se, por toda Europa, novos modelos que buscam disciplinar a intervenção do Estado com o fim de conter estes disparates e abusos das classes dominantes, bem como fornecer serviços essenciais, como a saúde, para os mais necessitados. É o Estado Social de Direito. E o ‘princípio da legalidade’ adota outra conformação – tal como atualmente conhecemos: a Administração só está autorizada a agir ou deixar de fazê-lo de acordo com a lei, isto é, não há espaço de liberdade diante da omissão legislativa; é a ‘vinculação positiva’ da Administração à lei” (PIRES, 2009:132-133).

Para empreender sua teoria dos princípios, Dworkin diferencia-os do sistema de regras. Desse modo, apresenta as regras mandamentos de cumprimento, como ordens de observância obrigatória. Ocorrendo a hipótese nela prevista, obrigatoriamente deverá incidir os efeitos previstos, salvo se existir outra regra que excepcione determinado caso. Por ela, não há possibilidade de o julgador avaliar a oportunidade e a conveniência de sua aplicação, pois, ou elas se enquadram no caso concreto e sobre ele produzem seus efeitos, ou não se adequam e, portanto, não podem ser utilizadas. É tudo ou nada, impedindo a flexibilização de seu manuseio. O autor chama a atenção, ainda, para a equivalência das regras, explicitando que não existe prevalência de uma sobre outra, a ponto de se invalidar uma regra caso em conflito com outra não haja uma regra de exceção¹⁴.

Já os princípios¹⁵ são caracterizados por indicarem uma direção a ser seguida em determinadas decisões, e que não trazem uma resposta em si, carecendo de uma decisão em particular. E, ao contrário das regras, os princípios são implementados gradativamente a outros princípios coexistentes que se compatibilizam numa mesma situação, sem que um princípio invalide o outro, por meio de uma avaliação em concreto de qual princípio teria uma incidência maior. Assim, diferentemente das regras, quando contrapostos aos princípios são atribuídos pesos ou importâncias distintas, para pontuar qual deles terá uma preponderância no julgamento da questão, sem a necessidade de invalidar o outro (DWORKIN, 2002:35-46). Desse modo, sendo os princípios vetores que direcionam as decisões, para compreender os impactos do princípio democráticos na atividade administrativa, faz-se necessário delinear os pressupostos da democracia.

Segundo Kelsen, a democracia é caracterizada pela participação popular na formação do governo, não pressupondo ser este fruto de uma unanimidade absoluta. Sua base se firmaria nos primados da liberdade e da igualdade. Sendo assim, a liberdade é concretizada na autodeterminação política do cidadão, na possibilidade de participar do processo de formação do poder estatal e na submissão deste à ordem normativa, cuja criação teve sua participação.

¹⁴ “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (...) Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes (...) Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida (...) Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão procedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específicas ou outra coisa do gênero”. (DWORKIN, 2002:39-43)

¹⁵ Dworkin em sua obra diferencia “rights” (princípios) de “policies” (políticas). “Policies” seriam o “tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidades. Já rights seria um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (Dworkin, 2002:36).

A igualdade, por sua vez, é concretizada pela paridade de condições de discussão e argumentação na formação da decisão política, salvaguardando-se os direitos fundamentais da minoria (KELSEN, 2000:27-50;67-78).

Para Loewenstein, a democracia é insculpida no princípio da distribuição do poder. Sua essência é a participação ilimitada dos mais diversos grupos pluralistas no processo político. Por ela, todas as forças sociais de importância representativa têm garantida a liberdade de competir pela formação das decisões políticas, em que os detentores do poder constitucional representam o compromisso das divergentes tendências dos interesses pluralistas da sociedade (LOEWENSTEIN, 1986:422-468).

Canotilho apresenta a democracia como princípio normativo em virtude de sua positivação constitucional e informa que, simultaneamente, ela acolhe os postulados da teoria democrática representativa e implica na democracia participativa. Isto que, pela teoria democrática representativa se afirma o pluralismo partidário, a alternância no poder, os órgãos representativos e a separação dos poderes. Já pela dimensão participativa, viabiliza-se a estruturação de instâncias e instrumentos para a efetiva possibilidade de os cidadãos participarem dos processos de decisão e de controle da atividade de os poderes constituídos (CANOTILHO, 2003:287-289).

Diogo de Figueiredo afirma que “a democracia deve ser entendida como um conjunto de valores coerentes com a importância e a dignidade da pessoa humana – universalmente reconhecidos como direitos humanos – por lhe serem essenciais e indisponíveis”. Nesse contexto, o autor afirma que esses valores devem prevalecer nas relações sociais e principalmente nas relações políticas. Com isso, ele compreende a democracia numa acepção substantiva, a qual exige do Estado resultados compatíveis com os valores que a informam. Mais que um método de escolha dos representantes, a democracia significa efetiva participação na condução do Estado, bem como no seu controle (MOREIRA NETO, 2008:127).

O princípio democrático 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 a ser depositada nas urnas no pleito seguinte. Igualmente, este princípio exige transparência informativa dos processos, decisões, resultados e conteúdo da atividade da

Administração, para propiciar aos administrados a mais ampla possibilidade de controle da atuação política (ÁVILA, 2011:214-215).

Luiz Henrique Cademartori leciona que a relação entre o Estado Constitucional e a democracia recoloca os indivíduos da centralidade dos fundamentos do Estado. E isto a ponto de todo aparato estatal ter de ser organizado para garantir o respeito e a realização dos direitos fundamentais. E não se trata de uma faculdade do Estado, mas sim de um dever inegociável¹⁶. No Estado Constitucional e democrático os valores fundamentais estão inter-relacionados à organização jurídico-política para a concreção e preservação dos direitos “tidos como vitais”. Segundo o autor, o Estado Constitucional tem a função primordial de preservar os direitos fundamentais os direitos fundamentais. Desse modo, Cademartori arremata que “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, 2007:72-74;127).

Assim, o princípio democrático no Estado de Direito muda a relação entre os poderes constituídos e o povo, tornando aqueles simples mandatários do povo. Não basta agora apenas o cumprimento da letra fria da lei, devendo os poderes alcançar um conteúdo finalístico de sua atividade. E será o cumprimento de pressupostos materiais mínimos que definirá a qualificação do Estado como Democrático de Direito¹⁷, visto que, conforme argumentado por Paulo Bonavides, “não há direito de natureza política mais importante do que a democracia” (BONAVIDES, 2008:163).

Pois bem, se, em apertada síntese, a democracia é caracterizada pela soberania popular na constituição da unidade jurídica e na conformação dos poderes, bem como na

¹⁶ 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).

¹⁷ Ao tratar das dificuldades contemporâneas da Democracia, diferenciando democracia formal da substancial, Celso Antônio, sucintamente, traça seus pressupostos, afirmando que “independentemente dos desacordos possíveis em torno do conceito de democracia, pode-se convir em que dita expressão reporta-se nuclearmente a um sistema político fundado em princípios afirmadores da liberdade e da igualdade de todos os homens e armado ao propósito de garantir que a condução da vida social se realize na conformidade de decisões afinadas com tais valores, tomadas pelo conjunto de seus membros, diretamente ou através de representantes seus livremente eleitos pelos cidadãos, os quais são havidos como os titulares de soberania. Donde, resulta que “Estado Democrático é aquele que se estrutura em instituições armadas de maneira a colimar tais resultados” (MELLO, 1998:57).

participação popular do controle da atividade estatal, a atividade administrativa que se desvirtue desses pressupostos seria ilegítima e, portanto, anti-democrática¹⁸.

A teoria pura do direito apresenta que a validade do ordenamento, e “in casu” da atividade administrativa, funda-se na dinâmica de conformidade vertical das normas estruturadas sob o ayo da Constituição histórica, que por sua vez encontra sua validade na “Groud norm”¹⁹. Não obstante a importância dessa teoria para o constitucionalismo do Século XX, deve-se ter em vista um fato: é o poder constituinte - realidade sócio-política e não pressuposição normativa, que legitima e juridiciza a atuação dos poderes, notadamente, a atividade da Administração²⁰. Destarte, ela somente será devida, se estiver coberta pelo manto da legitimidade. E, contrariamente, ao preceito kelseniano, a legitimidade da atividade administrativa está fundada no poder constituinte, na mais clara expressão da democracia. Como conceito sócio-jurídico,²¹ a legitimidade deve estar assentada numa conjuntura político-social sólida, ladeada à conformidade normativa constitucional para chancelar de juridicidade o ordenamento.

Em “A legitimidade recuperada: a Assembleia Constituinte”, Raymundo Faoro faz uma crítica contundente à legitimidade do Poder Constituinte, consignando que a “mais grave de todas as formas de falseamento da soberania popular é aquela que usurpa a legitimidade, confundindo-a com poder” (FAORO, 1981:81). Dessa maneira, destaca que o titular do Poder

¹⁸ Neste sentido, cabe lembrar as lições de Canotilho que, acerca da justiça da Constituição, afirma depender ela exclusivamente do procedimento seguido para sua feitura. Se o procedimento for justo, será também justo o conteúdo da Constituição. É justo o procedimento que expresse a vontade popular e realize as aspirações do povo, seja ele direto ou representativo (CANOTILHO, 2003:76-77).

¹⁹ Kelsen desenvolve a Teoria Pura do Direito visualizando as condições de validade na norma jurídica e seus aspectos formais, limitando-se a descrever o fenômeno normativo de produção e aplicação do direito positivo. Após retirar da direito todo elemento estranho à própria norma (moral, justiça, política, etc), ele assenta o principal pilar de sua teoria no fundamento da validade da norma. Sua ideia é a de que a validade de uma norma sempre e somente será outra norma superior, cuja validade, por sua vez, estará em outra norma. Para ele esta cadeia de validação sequencial se dá sucessivamente até se chegar à norma fundamental que sustenta a validade de todo o ordenamento e que constitui uma unidade na pluralidade de normas que sustenta. É imperioso destacar que, para Kelsen, a norma fundante é norma pressuposta e não posta, para que, assim, prescindida de validação por outra norma superior, afastando de sua teoria, dessa maneira, a matriz sócio-política do poder constituinte (KELSEN, 1998).

²⁰ Assim, José Teixeira leciona que “o fundamento da Constituição não é e nem pode ser, portanto, nenhuma norma jurídica prévia ou superior (...) a norma constitucional (Constituição), que serve de base a todo o sistema jurídico, apóia-se, em última instância, em ‘algo superior e anterior a todo direito estabelecido’, sobre um ‘fenômeno real de existência política’. A base, o fundamento último de um sistema de normas jurídicas não é, portanto, em última análise, algo normativo, mas algo real: a vontade social, que dá integração à comunidade política, imprimindo-lhe certas diretivas. Esta ‘vontade social’ não é aquela entidade misteriosa, metafísica, do romantismo político, mas um simples “processo”, uma resultante, um equilíbrio das vontades individuais existentes no interior do Estado” (TEIXEIRA, 1991:200).

²¹ Ivo Dantas diz ensina que a legitimidade é um conceito sociológico-político composto de valores e ideais da sociedade, sendo legítimo enquanto atentar para os interesses sociais aos quais se destina (DANTAS, 1989:115).

Constituinte é o povo em conjunto²², o qual tem o poder de constituir o Estado²³ que, por sua vez, será democrático de direito se e quando o povo tem em sua mãos o poder de escolher e fiscalizar a conduta Estatal (FIGUEIREDO, 1997:7-8).

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo sustenta que a legitimidade tem como núcleo conceitual “a verificação de concordância conjuntural e até causuística, entre os fenômenos políticos e os valores que devem suportá-los, ambos concernentes ao poder”. Ela envolve todos os aspectos do poder, desde a atribuição até seu controle, passando por sua concentração, por sua destinação, por seu acesso e por seu exercício. Este autor pontua que a legitimação pode assumir um caráter material ou formal, a depender da predominância dos valores envolvidos. O caráter formal da legitimação estaria marcado pela observância de um processo nas decisões e pelo sistema eleitoral, sendo legítima a atividade administrativa constituída por um processo eleitoral e que age segundo parâmetros procedimentais pré-fixados. Já a legitimação material invoca os pressupostos pactuais, morais e pragmático, exigindo a concreção efetiva de determinados valores ou objetivos para serem legitimamente aceitos (MOREIRA NETO, 2008:63-66).

Ocorre que, muito embora o caráter formal da legitimação tenha sua importância, principalmente pela afirmação do processo democrático, a atual quadra do constitucionalismo impõe a efetivação de sua vertente material, para a concretização de valores constitucionais

²² Outrossim, J. J. Gomes Canotilho ensina que o povo, titular do poder constituinte “é compreendido como uma grandeza pluralística formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadores de interesses, ideias, crenças e valores plurais, convergentes ou conflitante. Como poder originário pertencente à Nação, é o único que, de forma autônoma e independente, poderia criar a lei superior, ou seja, a constituição. E, revela-se sempre como uma questão de ‘poder’, de ‘força’ ou de ‘autoridade’ política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição” (CANOTILHO, 2003:65-66).

²³ Acerca dos fundamentos e da natureza do Poder Constituinte, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que “deve-se, portanto, reconhecer a existência de um Poder Constituinte do Estado e dos poderes destes (os quais são, por esse motivo, ditos constituídos). Esse Poder Constituinte é que estabelece a organização jurídica fundamental, é que estabelece o conjunto de regras jurídicas concernentes à forma do Estado, do governo, ao modo de aquisição e exercício do governo, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua ação, bem como as referentes às bases do ordenamento econômico e social” (FERREIRA FILHO, 2009:21-22). Jorge Miranda apresenta uma dupla perspectiva sobre o poder constituinte, discernido-o em material e em formal, que são o poder de autoconformação do Estado e o poder instituído para decretar as normas constitucionais, respectivamente. E continua afirmando que “são duas faces da mesma moeda (...) O poder constituinte material precede o poder constituinte formal (...) porque a ideia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre os fatos, a legitimidade a legalidade. E precede historicamente porque (sem considerar, mesmo, a Constituição institucional de antes do constitucionalismo) há sempre dois tempos no processo constituinte” (MIRANDA, 2002:355-358). Por fim, Antônio Negri sintetizou em três pontos as diversas soluções encontradas no curso da história acerca dos problemas da relação (aproximação ou distanciamento) do fato constituinte entre mundo jurídico realidade social, quais sejam, um poder constituinte transcendente, um poder constituinte e um poder constituinte integrado (NEGRI, 2002:12).

que são imprescindíveis à legitimação da atividade administrativa. Neste sentido, a legitimidade é compreendida como uma adequação a ser observada pela Administração, cuja atividade está sujeita aos valores inscritos no ordenamento constitucional (CADEMARTORI, 2007:170), especialmente aos da democracia material.

1.3 Da concepção de juridicidade da atividade administrativa no Estado Democrático de Direito

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). A atividade administrativa deverá não somente se respaldar numa norma específica, mas, igualmente, sintetizar e concretizar vários princípios expressos e implícitos em seu exercício, para que a vontade legítima seja a realizada.

Assim, o filtro da validade da atividade administrativa será a vontade geral externada no interesse, pois suas prerrogativas têm a finalidade de cumprir uma função específica. 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 éstos, ante los debe justificarse en su ejercicio” (FERNÁNDEZ, 2006:183). Essa “legitimidade funcional” é compreendida dentro dos fundamentos do Estado de 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 da formalidade. Torna-se necessário perquirir a concreção de uma gama de princípios e valores democrático-constitucionais, para se conceber sua legitimidade. 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 atividade administrativa não se

apenas estiver respaldada em uma norma, mas também se foi guardada obediência aos princípios republicanos democráticos implícitos e expressos no ordenamento jurídico, desde o nascedouro do processo decisório até o resultado concreto para satisfação do interesse comum. 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 Administração²⁴.

Essa ampliação conceitual de legalidade para juridicidade enseja a necessidade observação de uma série de outros princípios, assumindo uma dimensão muito mais rica, submetendo o administrador ao ordenamento jurídico como um todo²⁵. Ela aponta para uma Administração que atue sempre em conformidade com o sistema jurídico-constitucional, implicando ainda na abstenção de práticas que, mesmo sob aparente legalidade, são incompatíveis com a sistematicidade do Direito (MOREIRA, 2001:108). 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 povo²⁶.

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

²⁴ Nesse sentido, “a função administrativa, caracteriza-se, portanto, como um dever, que apenas se vale de poderes para que seja possível o seu cumprimento. Defendemos que somente essa concepção é possível num Estado Democrático de Direito, onde toda atividade da Administração Pública só é legítima quando destinada à satisfação do interesse coletivo” (MOREIRA, 2001:102-103).

²⁵ Rafael Cuesta, ao tratar do significado do princípio da legalidade, concebe-o com uma aceção ampla, e afirma que o “dicho principio postula que la Administración se someta en todo momento a lo que la ley establezca. Y cuando empleamos el término <<ley>> lo hacemos em su más amplio sentido; por lo pronto, comprendiendo todas essas normas que em los capítulos precedentes hemos visto que integram el Derecho administrativo y, además, desde luego, también el resto del ordenamento jurídico. Por ello há hecho fortuna la expresión según la cual la Administración habrá de someterse, no ya a la ley, sino a todo el *bloque de la legalidad*” (CUESTA, 1999:141).

²⁶ Nesse passo, Carmem Lúcia apresenta a necessidade de uma nova concepção dos institutos e fundamentos da Administração Pública, afirmando que os pontos fundamentais do modelo constitucional sistêmico são o seu conteúdo, a finalidade, a normatividade jurídica e sua eficácia jurídica e social dos princípios constitucionais, que possibilitam “a adaptação do significado e continuidade da Constituição como instrumento necessário à experiência estatal e fundamental para a prevalência do Direito na relação política entre as pessoas. O sistema constitucional firma-se em princípios, como é próprio e característico de todos os sistemas. Compõem-se eles da formação de subsistemas que, identicamente, formulam e embasam-se em princípios voltados ao cumprimento das finalidades que realizam os valores fundamentais tidos como válidos pela sociedade. No Estado Contemporâneo, a Administração Pública forma um subsistema fundamental, formulado segundo princípios específicos e adequados àqueles que desenham o modelo de sociedade política escolhido” (ROCHA, 1994:17).

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).

Este será o filtro de legitimidade pela juridicidade, vinculando a atividade administrativa à otimização da Constituição (BINENBOJM, 2008:143), visto que legalidade por si só não será mais parâmetro de legitimidade. Isto porque a legitimidade é “um valor que se agrega à legalidade, pois se está é a adequação da lei à vontade política formal manifestada, a legitimidade é a adequação da manifestação política à vontade geral (MOREIRA NETO, 2006:52). 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).

2. DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A manifestação da atividade administrativa se dá por meio da externalização de atos jurídicos, aptos a produzirem efeitos jurídicos individuais de forma direta (DROMI, 1995:202). Por expressarem a manifestação de vontade para realização do interesse comum, e estando sua legitimidade vinculada ao atendimento desta função, os atos administrativos possuem uma sistemática distinta da teoria dos atos jurídicos do direito civil e se submete ao regime jurídico de direito público. Pois, conforme observa Juan Cassagne, “la finalidad de toda concepción sobre e acto administrativo debe ser la sistematización de aquella atividade de la Administración que tenga un régimen jurídico homogéneo y diferenciado” (CASSAGNE, 1974:81)

Por ter um caráter funcional condicionante, os atos administrativos não podem ser livremente classificados em razão do critério de negociabilidade, que diferencia os atos jurídicos estrito senso dos negócios jurídicos. Falta para a Administração a autonomia de vontade presente nas pessoas naturais quando celebram um negócio jurídico, isto porque, como dito acima, a atividade da Administração é voltada para perquirir a satisfação do interesse comum. Desse modo, em que pese serem atos jurídicos de órgãos administrativos, havendo manifestação da vontade estatal (BANDEIRA DE MELLO, 1979: 461), os atos administrativos pertencem à categoria dos atos jurídicos próprios das ações humanas (PERREIRA, 1992:327).

José Cretella Jr., afirma que os atos administrativos são a mais clara forma de manifestação do Estado-Administração, sendo gênero do ato jurídico lato senso. Diferenciando-os dos fatos jurídicos e dos atos políticos²⁷, este autor conceitua os atos administrativos como a manifestação de vontade do Estado, por seus agentes ou por quem detenha o poder, mesmo que transitório para tanto, tendo por finalidade imediata a produção de efeitos jurídicos em matéria administrativa (CRETELA JR., 1997:111-124). No mesmo

²⁷ Assim o autor coloca, “desse modo, ficam excluídos da definição os fatos administrativos, operações materiais exercidas pelos agentes públicos (demolição de prédio, penetração no imóvel declarado de utilidade pública, dispersão de manifestantes, extinção de incêndio), bem como os atos políticos ou de governo (declaração de guerra, de estado de sítio). Ora, o ato jurídico projeta-se no mundo jurídico mediante a manifestação da vontade, expressa ou tácita, pela palavra, escrita ou oral, por sinais, gestos, símbolos. Manifestação unilateral de vontade é, pois, elemento indispensável na conceituação do ato administrativo (CRETELLA JR., 1997:122)

sentido, Heraldo Garcia os conceitua como “toda declaração de unilateral do Estado, ou de quem lhe faça as vezes, em complemento da lei, editada no exercício da função administrativa, podendo ter efeitos jurídicos diretos ou indiretos, concretos ou abstratos, gerais ou individuais²⁸” (VITTA, 2000:257-258).

Para se compreender os atos administrativos discricionários, diferenciando-os dos vinculados, é imprescindível elencar os elementos dos atos administrativos. Em termos essenciais, os elementos do ato administrativo são requisitos que lhe atribuem validade jurídica, devendo guardar compatibilidade com a norma definidora do agir da Administração. Ausente essa conformação, o ato estará viciado e poderá ser controlado judicial pelo parâmetro da legalidade, em razão de ser a norma jurídica que especifica a competência, a forma, a finalidade, o motivo e o conteúdo dos atos administrativos²⁹.

A “competência ou a capacidade do agente”, diz respeito à equivalência do agir nos limites do círculo de atribuições inerentes à função do agente canal da manifestação da vontade administrativa. A competência poderá ser definida pela lei em sentido estrito ou pelos atos internos de organização da administração, desde que compatíveis à norma superior. De maneira que, agindo fora desse limite, será o agente incompetente, pois, esta “fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou” (Art. 2º, parágrafo único, alínea “a”, da Lei n.º 4.717/65).

A “forma” se refere ao modo de exteriorização da declaração de vontade da Administração. É a maneira de o revestimento do ato administrativo, sendo a maneira que o ato se mostra, externando a vontade da Administração. Nesta toada, haverá vício de forma na “omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato” (Art. 2º, parágrafo único, alínea “c”, da Lei n.º 4.717/65). Em

²⁸ Este autor também ressalva os atos regidos pelo direito privado e os atos políticos ou de governo, afirmando estão excluídos “os atos materiais da Administração e os contratos administrativos; (b) respeitando o entendimento segundo o qual além do Estado, outras pessoas jurídicas, públicas ou privadas, quando realizem serviços públicos, editam atos administrativos; (c) acatando o princípio da legalidade, no qual a Administração Pública deverá pautar-se para agir; (d) excluindo os atos editados pelos Poderes Legislativo e Judiciário, quando estiverem na sua função precípua, isto é, a de editar leis e decisões, respectivamente. (e) Indistintamente, os efeitos jurídicos do ato em relação ao administrado podem ter efeitos diretos ou indiretos; concretos (licenças, autorizações) ou abstratos (regulamentos), gerais ou individuais.; (f) estão de fora da definição os atos regidos sob a égide do Código Civil e do Código Comercial, bem como outras disposições do Direito Privado; e, (g) também não estão referidos os atos de governo, ou seja, os editados diretamente do Texto Constitucional, com grande dose de discricionariedade” (VITTA, 2000:258).

²⁹ O art. 2º, da Lei n.º 4.717/65, dispõe que: “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade”.

rega, os atos administrativos são escritos e possuem forma prescrita em lei. Todavia, a própria norma pode ser silente quanto à esse requisito de validade, deixando a cargo do Administrador a escolha dessa exteriorização³⁰.

Se a forma é o modo de produção, é o como a manifestação da vontade da Administração se materializa, o “objeto”, também denominado de conteúdo, é o significado jurídico da expressão da vontade da Administração. É a concretização dos efeitos jurídicos previstos na norma ou colocados por ela à escolha do administrador, incorrendo em ilegalidade quando o “resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo” (Art. 2º, parágrafo único, alínea “c”, da Lei n.º 4.717/65). Portanto o objeto ou conteúdo. “É a mudança que ato efetua no mundo jurídico – a criação, a modificação ou a extinção de direitos ou obrigações geradas pelo ato (...) podendo estar previsto na lei ou ela pode atribuir certo poder de escolha para a Administração Pública” (ARAGÃO, 2012:154).

O “motivo” é “pressuposto de fato, realidade do mundo empírico” (VITTA, 2000:269). É o evento autorizativo para a prática do ato administrativo, que será pela ocorrência fática da hipótese normativa do agir administrativo³¹. Normativamente, a inexistência dos motivos, como vício de nulidade do ato, verifica-se “quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido” (Art. 2º, parágrafo único, alínea “d”, da Lei n.º 4.717/65).

Por fim, como último requisito de validade do ato administrativo apresentado pela legislação brasileira, tem-se a “finalidade”. Ela é a razão da atividade administrativa, correspondendo ao atendimento do interesse público, ou seja, à satisfação nas necessidades da coletividade. “É o conjunto de atribuições assumidas pelo Estado e encampadas pelo ordenamento jurídico” (OLIVEIRA, 2007:81). Corresponde, portanto, ao resultado jurídico-social que se pretende alcançar ou efetivar com sua prática, e que decorre diretamente dos

³⁰ A Lei n.º 9.784/99, denominada lei de processo administrativo, dispõe em seu art. 22 que “os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”, impondo, em seu parágrafo primeiro regra da forma escrita. Apesar disso tem-se exemplos normativos em que é facultado à Administração outras formalidades como os sinais por gestos, sonoros e luminosos, previstos no art. 87, incisos IV, V e VI, do Código de Trânsito Brasileiro, ou a contratação verbal disposta no art. 60, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

³¹ Neste sentido, Irene Nohara expõe que “O motivo no ato administrativo corresponde ao fato material qualificado pela norma. Como ao Direito interessam apenas os fatos materiais qualificados juridicamente (e não qualquer fato da realidade), ele compreende dois aspectos complementares: o pressuposto de fato e o pressuposto de direito que levam a Administração Pública a praticar o ato administrativo. O motivo é elemento essencial, cuja inexistência ou falsidade possibilita ao Poder Judiciário – bem como à Administração Pública (mediante seu poder de autotutela) – a decretação da nulidade do ato” (NOHARA, 2004:18-19).

princípios da legalidade e da impessoalidade, previstos no art. 37, “caput”, da Constituição da República de 1988. Então, haverá desvio de finalidade quando “o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência³²” (Art. 2º, parágrafo único, alínea “e”, da Lei n.º 4.717/65). Muito embora estejam a serviço dos interesses dos indivíduos, as normas de direito público visam a satisfação do interesse comum. Isto porque o direito público, acompanhado do direito civil, o superou o individualismo, substituindo o homem como fim último do direito pelo ideal de coletividade, de solidariedade e de funcionalização dos institutos. Desse modo, a Administração em todas suas decisões está adstrita e fundamentada na supremacia do interesse público (DI PIETRO, 2008:60).

Da análise desses cinco requisitos normativos de validade da atividade administrativa, fica claro que todos devem encontrar guardar conformação legal. Ocorre que, por opção legislativa, alguns dos requisitos são plenamente especificados na norma, para que a Administração possa escolher, dentro das possibilidades apresentadas, a opção que melhor atenda o interesse público. Surge, então, a diferenciação entre os atos administrativos vinculados e os atos administrativos discricionários.

Essa distinção influenciou por muito tempo o alcance da revisão judicial da atividade administrativa, por se entender que a não vinculação normativa do motivo e do objeto de alguns atos da Administração impediria seu controle pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, o Poder Judiciário poderia sindicat todos os requisitos de validade do ato administrativos, desde que estivessem vinculados à norma. Ou seja, desde que os requisitos de validade estivessem estritamente prescritos na lei. Como consequência, os atos administrativos em que não houvesse essa especificação estariam livres da sindicância, imunizando da salvaguarda judicial o mérito administrativo, característico dos atos administrativos discricionários.

Impôs-se, assim, a separação doutrinária dos atos administrativos em suas categorias. A primeira contendo os atos administrativos vinculados, que por terem todos os requisitos de

³² Divergindo da doutrina e jurisprudência majoritária, Celso Antônio pontua a possibilidade de relativização da finalidade do ato administrativo. Este autor argumenta que “embora seja indiscutível que o fim do ato administrativo deva ser sempre e necessariamente um interesse público, sob pena de invalidade, na maior parte das vezes a apreciação do que é o interesse público depende, em certa medida, de uma apreciação subjetiva, isto é, de uma investigação insuscetível de se reduzir a uma objetividade absoluta. Preferimos dizer que o fim é sempre vinculante (como, aliás, todos os elementos da norma), de tal modo que só pode ser perseguido o interesse público; porém, a qualificação do interesse público comporta certa margem, delimitada, é certo, de juízo discricionário” (MELLO, 2006:431)

validade determinados pela norma, são plena e totalmente sindicados pelo Poder Judiciário. Nos atos vinculados “o poder público é obrigado a editar o ato, desde que o interessado tenha preenchido os requisitos” (CRETELLA JR., 1997:156), ou que tenha ocorrido o evento fático previsto na norma como determinante para certo agir específico da Administração. Denominando-os ainda de predeterminados, Cretella Jr. afirma que vinculados são os “que se concretizam pela vontade condicionada ou cativa da Administração, obrigada a manifestar-se positivamente, desde que o destinatário ou interessado, no caso, tenha preenchido os requisitos fixados ‘a priori’ pela lei” (CRETELLA JR., 1995:157).

Juarez Freitas, já concebendo o conceito de juridicidade como ampliação do princípio da legalidade, sustenta que o Administrador tem o dever de agir sempre e apenas em estrita observância à legalidade. Todavia, o autor chama a atenção para o fato de que na prática existe uma vinculação também aos princípios jurídicos. Desse modo, “a vinculação é uma necessidade condicionada ao sistema jurídico e, de conseguinte, muito mais forte e profunda do que supõem os que a consideram um mero extrato da legalidade” (FREITAS, 1995:132-135).

Já na segunda categoria dos atos administrativos, estão contidos os atos discricionários. Estes são caracterizados pela presença da conveniência e oportunidade da Administração na escolha do motivo e do objeto, sob os quais, inicialmente, não incidiriam o controle do poder judiciário.

Assim, os requisitos de validade “competência”, “forma” e “finalidade” sempre serão vinculados. Porém, nos atos administrativos discricionários, houve opção do legislador em deixar a apreciação do “motivo” e do “objeto” pela conveniência e oportunidade da Administração, dentro dos parâmetros previamente fixados. É o próprio ordenamento que permite, em determinadas circunstâncias, que a Administração avalie a necessidade de sua intervenção, e que aja pela ponderação da conveniência e oportunidade, acerca do motivo e do objeto do ato. Essa avaliação acerca do motivo e do objeto do ato é denominada de mérito administrativo, estando o agente proibido de ponderar os demais elementos do ato administrativo, em razão de serem vinculados.

Reforçando, Seabra Fagundes ressalta que atividade da Administração estará condicionada aos limites fixados na norma. Todavia, em alguns casos há uma flexibilização da rigidez normativa, reconhecendo à Administração uma maior liberdade de movimento,

para que ela possa atuar com discricionariamente em relação à “conveniência, oportunidade e modo de agir”. E isso não quer dizer que o Poder Executivo está agindo ao arrepio do princípio da legalidade. é a própria legalidade que faculta essa possibilidade de agir ou não. “Mas como quer que seja, subsistem mesmo na hipótese de competência discricionária, limitações às atividades administrativas, como referentes à forma, à competência, à finalidade etc., vinculando-a a legalidade” (FAGUNDES, 2010:121-123).

Desse modo, a atividade administrativa é pautada pelo princípio da legalidade que, como dito, surgiu como uma garantia dos indivíduos contra a autoridade Estatal. Assim, em toda atividade da Administração é pautada pela lei, todos seus “poderes são regradados pela lei”. Neste aspecto, os poderes administrativos são vinculados ao ordenamento jurídico. Ocorre que, em determinados casos há uma margem de liberdade da Administração para atuar, dentre várias soluções possíveis, frise-se, “todas válidas perante o direito”. E é aí que se situa a discricionariiedade, que pressupõe a oportunidade e conveniência na análise de mérito. A discricionariiedade pode ser definida, portanto, como sendo uma “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, 2012:61-62).

2.1 Dos Fundamentos da Discricionariiedade

Segundo Alexy, a expressão discricionariiedade administrativa, enquanto circunscrição da conveniência e oportunidade da Administração, surge na França no Século XIX (ALEXY, 1986). Porém, sua origem reporta ao fim do Antigo Regime, como fruto de um processo evolutivos de matérias não sujeitas ao controle jurisdicional. Naquela época, havia matérias denominadas de graciosas, que envolviam questões de polícia e que escapavam a qualquer tipo de controle. Estavam relacionadas à atividade de segurança e ordem pública e que, por isso, envolviam uma discricionariiedade de uma forma mais ampla, a ponto de estarem imune a qualquer forma de controle judicial. Na segunda metade do século XIX, com o abandono da ideia das matérias graciosas, foram separadas do controle judicial as matérias que envolviam “questões de governo”, por uma necessidade de sobrevivência institucional.

Segundo Di Pietro, findo período napoleônico, o Conselho de Estado perdeu força política e, para evitar sua dissolução, passou a delimitar sua esfera de competência, excluindo de seu controle as questões de governo. Assim, a denominação “atos discricionários” foi utilizada para delimitar os atos que estavam imunes ao controle do Conselho de Estado (DI PIETRO, 2012:81). Thomás-Ramón Fernández argumenta que “toda la literatura jurídico-administrativa ente lo que está reglado por la Ley y es susceptible, por lo tanto, de contienda judicial y lo que por ser expresión del mero império no puede ser objeto de contienda alguna”. E assim arremata afirmando que neste contexto “lo discrecional es, por hipótesis, lo no contencioso” (FERNÁNDEZ, 2006:175).

Di Pietro apresenta que o que definia, então, definia a discricionariedade ou não do ato era seus tangenciamento a um direito adquirido. Os que atingiam direitos adquiridos perdiam a qualidade da imunidade, característica dos atos discricionários, e passavam a ser sindicados pelo Conselho de Estado. Então, para atos discricionários o único controle que existia era o recurso por “excesso de poder”, pelo qual eram analisados os vícios de competência e forma. Havia, portanto, uma limitação à discricionariedade no âmbito material, em caso de ofensa as direitos individuais, e uma limitação formal, no que tocava a competência e a forma (DI PIETRO, 2012:81-82). Todavia, Thomás-Ramón observa que, na realidade, mesmo nesses casos, não havia um efetivo controle, em razão da não participação dos cidadãos no polo processual. Desse modo, a condução do Conselho de Estado era guiada pelos interesses envolvidos, sem que houvesse um efetivo controle da discricionariedade³³ (FERNÁNDEZ, 2006:175).

Destas limitações iniciais, a discricionariedade passa sofrer sindicâncias no que diz respeito à finalidade do ato, de maneira que se ampliou o controle da discricionariedade sobre aspectos legais. Passou-se a admitir recurso versando acerca da competência, forma, desvio de poder, violação de lei e dos direito adquiridos. “Houve uma ampliação da ideia de legalidade protegida pelos tribunais, porque a ela incorporou a noção de boa administração, de moralidade administrativa” (DI PIETRO, 2012:83).

³³ Nesse sentido o autor argumenta que “prescindo aqui, como es natural, del recordatorio de la singular trayectoria del ‘excés de pouvoir’, esse recurso objetivo, inventado sin texto alguno de cobertura por el ‘Conseil d’Etat’, em interés de la propia Administración, en el que el ciudadano no es uma auténtica parte procesal, sino un mero denunciante, con el que el Consejo, aprovechando las coyunturas favorables, va arañando por así decirlo el ámbito inicialmente exento de lo discrecional e ideando de forma episódica y oportunista técnicas concretas de control del ejercicio de esse poder que sigue entendiéndose, en principio, como un poder libre y exento, sólo por excepción susceptible de control” (FERNÁNDEZ, 2006:175).

Muito embora houvesse um maior controle sobre essa atividade da Administração, recaia sobre ela ainda a liberdade de apreciar a oportunidade e conveniência de sua atuação, na consecução dos fins legais. Era necessária essa flexibilização de sua atividade, pois a Administração detinha uma maior capacidade para lidar com as situações complexas que se colocavam cotidianamente em sua frente. Todavia, mesmo nas hipóteses em que lhe cabia a possibilidade de escolha quanto ao momento de atuação, por motivos de conveniência e de oportunidade, não cabia a ela a escolha sobre o efeito jurídico ou sobre o fim a ser alcançado. “Ela só pode produzir os efeitos jurídicos que sejam aptos para alcançar os fins já definidos pelo legislador; é somente esse fim previamente definido pelo legislador que constitui o motivo determinante da vontade do agente” (DI PIETRO, 2012:85). E muito embora fosse necessária a existência da discricionariedade pelo interesse da atividade estatal, era imprescindível sua vinculação à finalidade pública para conter os excessos.

Assim, na doutrina francesa haveria a discricionariedade, se presente a possibilidade de apreciação quanto ao ato que será praticado. Existia então o poder discricionário, enquanto possibilidade normativa em abstrato para concreção da função administrativa, enquanto livre apreciação sobre o agir oportuno. Concebia-se a ideia de ato discricionário como resultado do exercício do poder discricionário que operava a decisão sobre os critérios de conveniência e oportunidade do quando e como agir. Entretanto, repudiava-se “a ideia de ato inteiramente discricionário e prefere falar em atos praticados no exercício de poder ‘discricionário’, os quais podem ser objeto de apreciação pelos Tribunais” sobre os aspectos de competência, forma, violação de lei e desvio de poder (DI PIETRO, 2012:89).

Após esta contextualização histórica, Di Pietro justifica a discricionariedade administrativa por meio de critérios práticos e jurídicos. Pelo critério prático, a discricionariedade é uma necessidade para atuação do Poder Executivo, vez que seria impossível ao Legislador prever todas as formas de conduta da Administração. Ademais, a necessidade de se permitir essa margem de liberdade se justificaria pela necessidade da Administração atender as crescentes e dinâmicas necessidades coletivas, o que seria inviável caso dependesse da produção legislativa. A discricionariedade mostra-se como uma ferramenta de conformação, para “atender às frequentes mutações da vida social”, sendo, portanto, uma “faculdade criada em favor e em benefício do Legislador” (DI PIETRO, 2012:62-63).

Do ponto de vista jurídico, a discricionariedade seria concebida a partir da teoria Kelseniana de criação jurídica pela aplicação da norma. Sendo o direito um conjunto de normas hierarquicamente organizadas, a validade da norma inferior está preordenada pela compatibilidade com a norma superior. Desse modo, ao ser executada uma norma superior, cria-se uma norma inferior, sendo a atividade de aplicação do direito uma atividade criação dele. Isto porque, por mais que a norma superior trace o formato de sua aplicação, ela não conterá todas as nuances de sua implementação. Existirá sempre uma margem para livre apreciação do aplicador, permitindo que a norma persista e seja aplicada às diversas circunstâncias e ocorrências da vida social (DI PIETRO, 2012:63-64). É assim que esta autora apresenta o fundamento jurídico da discricionariedade.

Então, a discricionariedade administrativa, tal qual como entendida atualmente, surgiu da necessidade de prover as demandas sociais. A expertise, inerente ao aparato estrutural e técnico da Administração, deu a ela a sensibilidade para mesurar não somente o melhor momento de sua atuação, como também a forma e o alcance de uma intervenção. O Executivo, que necessita desta margem de escolha por lidar cotidianamente com a execução das políticas públicas, estaria mais capacitado para maximizar a concreção do interesse público em sua atuação. E, acerca dessa justificativa, Alexy apresenta que, além da impossibilidade do legislador normatizar todas as vertentes da atuação do Estado, a competência discricionária é necessária para que o Estado possa acompanhar as repentinas mudanças sociais. Ela permite à Administração atuar, prontamente e em consonância com a necessidade do interesse público, na solução de situações concretas que surgem (ALEXY, 1986).

O Legislador, dessa maneira, não conseguiria prever todos os meandros da atuação da Administração na consecução de seus fins. Portanto, foi pela incapacidade do Legislativo em normatizar toda atividade do Executivo que surgiu a necessidade de deixá-lo uma margem de escolha em sua atuação³⁴. Isto porque em “muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discricção daquele que detenha nas mãos o poder

³⁴ Acerca das limitações do Poder Legislativo, Afonso Queiró afirma que “é impossível, material e logicamente impossível, para muitíssimas hipóteses, transmitir ao agente mais do que ordens e enunciar os fatos com conceitos de caráter em certa medida vago e incerto, de tal maneira que o agente ao executar essas ordens e interpretar esses conceitos deve fixar-se, devendo agir em uma dentre várias interpretações possíveis destes últimos” (QUEIRÓ, 1940:21).

executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exigam o bem e a vantagem do público³⁵” (LOCKE, 2002:96).

Segundo Pires, dessas circunstâncias se extraem os fundamentos políticos e jurídicos da discricionariedade administrativa. O “fundamento político” defluiria da “impossibilidade lógica material” do Estado Legislador prescrever todas as circunstâncias e os modos de agir da Administração³⁶. Assim, para que haja a efetividade da atividade estatal na realização de suas finalidades, é necessário deixar certa margem de liberdade de escolha de como agir nas situações do caso concreto.

Já o “fundamento jurídico” estaria na própria identificação das funções inerentes ao Poder Executivo. Caso o Legislativo previsse e especificasse todas as escolhas e modo de atuação da Administração, haveria uma usurpação das competências típicas do Poder Executivo. “Sob o fundamento jurídico a competência discricionária do Poder Público justifica-se pela necessidade de efetivar a identidade do Poder Executivo”. E o autor finaliza destacando que “o fundamento político reside na decorrência de necessidades lógica e material de existir a competência discricionária; o fundamento jurídico encontra-se na imperiosa realização da separação das funções estatais” (PIRES, 2009:156-157).

Nesse mesmo sentido, Regis de Oliveira pontua que, se fosse possível ao legislador minuciar em sua atividade todas as situações de atuação do Poder executivo, haveria uma substituição de órgãos ou a supressão do Poder Executivo. E, este último se tornaria um mero cumpridor das decisões previamente deliberadas pelo Legislativo. Com isso “ocorreria verdadeira invasão dos órgãos encarregados do exercício do poder, com dualidade deles e

³⁵ Conforme explica Sérgio Guerra “o desenvolvimento científico, técnico e industrial, o aumento populacional, a especialização, a divisão de trabalho, o crescente entrelaçamento e transformação mais rápidas das condições de vida aumentaram e alteraram as tarefas do Estado (...) O Parlamento, impossibilitado de oferecer as soluções às questões econômicas e sociais prementes, viu-se alijado do processo de intervenção (...) Diante do inevitável processo de evolução tecnológica, o legislador vê-se obrigado, cada vez mais, a deixar amplas margens de discricionariedade nas mãos do Administrador. O *déficit* de informação do Parlamento, em termos comparativos com o governo, tanto mais grave quanto cada questão, envolve crescente tecnicidade e uma pluralidade de interesses contraditórios e reforça a diminuição da capacidade parlamentar, fazendo-o surgir como um órgão destituído de elementos que habilitem uma intervenção decisória conveniente e oportuna, além de revelar sua própria dependência institucional de quem lhe forneça essa informação (...) Em virtude de tal constatação, impôs-se ao legislador que, na impossibilidade de prever todas as situações que exigiriam a atuação do Poder público, conferisse certa margem de liberdade à Administração na determinação do conteúdo dos preceitos legais” (GUERRA, 2008:50-53;107;132).

³⁶ Assim também José Roberto Oliveira expõe: “se a discricionariedade ‘é pura e simplesmente o resultado da impossibilidade da mente humana poder saber sempre, em todos os casos, qual a providencia que atende com precisão capilar a finalidade da regra de Direito’, resulta, pois, da incognoscibilidade de todas as situações com as quais a Administração se defronta no cumprimento da lei e em função das quais deve adotar, prefigurando os respectivos critérios de decisão, a melhor solução na satisfação do interesse público” (OLIVEIRA, 2006:352).

perderia validade a noção tripartida, consagrada em nosso direito positivo” (art. 2º da Constituição Federal) (OLIVEIRA, 2001:94).

2.2 Dos pressupostos da discricionariedade

Conforme exposto por Di Pietro, juridicamente, a discricionariedade é identificada pelo elemento inovador, pois, “em cada um desses degraus, acrescenta-se um elemento inovador, sem o qual a norma superior não teria condições de ser aplicada (...) vale dizer que é no próprio ordenamento jurídico que se encontra o fundamento da discricionariedade”. Desse modo, ao tratar da discricionariedade dentro das funções Estatais, esta autora inicialmente diferencia discricionariedade da interpretação, pelo critério de pluralidade de opções de escolha. Isto porque, diferentemente da atividade discricionária, na atividade interpretativa a construção intelectual leva apenas a uma resposta correta. Ou seja, o hermeneuta somente chegaria a uma resposta possível diante do caso concreto, enquanto ao Administrador restaria mais de uma opção no exercício do poder discricionário. “A tarefa do juiz é encontrar a única solução possível (...) não se pode conceber que o juiz tivesse várias opções, para escolher segundo critérios políticos”. Portanto, não seria possível haver discricionariedade do exercício da função tipicamente jurisdicional. (DI PIETRO, 2012:66-68).

Excetuada a função jurisdicional, a atividade legislativa também seria diferente da atividade discricionária. O legislador desenvolve sua atividade diretamente pautado na Constituição, não estando vinculado ou limitado por um regramento específico. Sua atuação preexiste a lei, ela cria a lei. Assim, em regra, a atividade legislativa é ilimitada, não podendo ser enquadrada dentro do conceito de discricionariedade, pelo fato de não encontrar sua faculdade de agir delineada por um comando normativo. A atividade discricionária resta, assim, como campo próprio da executiva. É a Administração que realiza a função de complementação da produção jurídica para dá cumprimento às demandas legais. Na maioria das vezes, a Administração tem à sua disposição a possibilidade de escolher como e quando atuar na execução das demandas sociais. Nos limites da permissão legal, a Administração tem critérios próprios para auferir qual é a melhor solução no caso concreto, sem que uma escolha

anule a outra, já que ambas seria possíveis, diferenciando, assim, a discricionariedade da atividade interpretativa.

A discricionariedade é uma competência do Poder Executivo inerente a sua qualidade de instituição política, identificando-a como um feixe de competências próprias deste poder³⁷. Ela seria a função típica do Poder Executivo e, portanto, não apreciável pelos demais poderes. E teria como seus pressupostos característicos o juízo de oportunidade e conveniência que permite à Administração a escolha dentre múltiplas opções.

Assim, denominando-a de arbítrio legítimo, Thomás-Ramón Fernández afirma que “discrecionalidad es, pues, arbítrio, 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). Entretanto, 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. Diante dos diversos critérios valorativos no contexto social, o poder discricionário se apresenta como “ponderação comparativa de muitos interesses secundários em relação a um interesse primário”. A discricionariedade teria, então, uma funcionalidade, qual seja, concretizar o interesse público, servindo, portanto, a este fim.

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 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 público³⁸ exigido no caso concreto (ALEXY, 1986). Assim, o segundo pressuposto é o dever da Administração agir solucionando os casos não abarcados pela legislação para

³⁷ Acerca da compreensão da discricionariedade enquanto poder, Pires ressalta que “não apregoramos, entenda-se bem, a abolição da palavra ‘poder’. O que desejamos enfatizar é a necessidade de demarca-lo sem as vicissitudes de concepções doutrinárias consentâneas a outras épocas. O que destacamos é a importância de compreender que o ‘poder’ existe enquanto ‘competência normativa’, enquanto feixe de atribuições que é prescrito a alguém para, na medida suficiente, servir como instrumento eficiente à realização do interesse público delineado pela norma jurídica” (PIRES, 2009:138). Percebe-se com isso, que este autor segue o mesmo raciocínio exposto por Alexy acerca da finalidade e funcionalidade do poder discricionário.

³⁸ A respeito do interesse público, Aldo Piras, em seu trabalho sobre discricionariedade administrativa na Enciclopedia del Diritto, menciona que um dos pontos do agir discricionário em que há acordo genérico na doutrina diz respeito à “exigência, para a autoridade, de avaliar e de fundamentar as próprias escolhas e a própria atividade pelas exigências expressas do interesse público que tenham dado causa à sua ação” (ALEXY, 1986).

executar sua função pública. Alexy finaliza afirmando que o poder discricionário existe quando “a autoridade administrativa é livre de escolher a conduta a adotar, apreciando a oportunidade e conveniência ao atendimento do interesse público, pois sua atuação não é ditada previamente por norma legal” (ALEXY, 1986).

Di Pietro sistematiza que a discricionariedade existiria quando a lei: expressamente conferisse à administração a liberdade de escolha de sua atuação; não pudesse prever todas circunstâncias da atuação administrativa; estabelecesse regra de competência, sem estabelecer regra de conduta; por fim, usasse de conceitos indeterminados. Desse modo, sendo a Legalidade o fundamento da discricionariedade e o seu limite, importa observar a localização dela dentro do processo de formação do ato. (DI PIETRO, 2012:69-70).

Nesse sentido, Di Pietro primeiramente afirma que a discricionariedade pode se encontrar nas etapas de formação do ato, compreendendo-se a ideia do ato discricionário como processo decisório³⁹. Na concepção do ato administrativo como processo há uma valoração a cada instante sobre o proceder do administrador, do início ao resultado. Ele avalia sua competência, a situação fática e as medidas que adotará, caso opte por agir. Já que é a lei que outorga a competência e sendo a constatação dos motivos um critério objetivo, a discricionariedade não residiria neles. Assim, a discricionariedade estaria localizada, propriamente, na valoração dos motivos e na escolha do objeto. Nestes “locus” estariam propriamente o processo intelectual subjetivo do administrador em mensurar a conveniência e oportunidade se sua atuação (DI PIETRO 2012:71).

Igualmente, a depender da precisão da estruturação hipotética ou mandamental, esta autora apresenta que a discricionariedade estaria localizada na estrutura normativa. Isto é, poderia a discricionariedade existir na norma jurídica, caso a hipótese de incidência estivesse fundada em conceitos práticos determinados por expressões imprecisas e não houvesse um mandamento determinado a uma atuação concreta. Ou seja, caso a norma não deixasse claro o quando, o como e o se agir. Nesta mesma linha, a discricionariedade estaria localizada no momento da prática do ato, pelo fato da norma não determinar o momento específico da atividade. A norma apenas fixa o prazo para que a atuação administrativa ocorra, sem precisar

³⁹ José Roberto Oliveira também faz esse apontamento ao tratar da localização da discricionariedade dentro da estrutura lógico-formal da norma, concebendo, primeiramente que ela estaria na margem volitiva para eleger “a adoção ou não de uma consequência jurídica ou outra aplicação de normas de estrutura condicional que não obrigam a adotar a consequência jurídica por ela prevista ou não predeterminam a consequência jurídica que deva ou possa adotar-se” (OLIVEIRA, 2006:338).

de forma concreta o tempo. Desse modo, ela residiria na livre apreciação do administrador sobre o momento mais oportuno para realizar o comando normativo⁴⁰ (DI PIETRO, 2012:73).

Por fim, Di Pietro apresenta a localização da discricionariedade nos elementos do ato administrativo. Pela regra de competência não haveria discricionariedade em relação ao agente competente. Ou este será competente ou não, inexistindo possibilidade de recusar uma competência expressa ou avocar uma competência inexistente. No elemento objeto ou conteúdo há a possibilidade de pluralidade de opção de como agir e se agir, sendo plenamente viável deixar que a Administração, segundo critérios administrativos, pondere-os. Quanto à forma, ela apresenta que, em regra, a lei prevê uma forma específica, vinculando-a. Entretanto, ressalta que em determinados casos pode não haver a definição de uma forma específica, existindo, nestes casos, a discricionariedade. Sobre o motivo haverá discricionariedade quando a lei não o definir ou o definir por noções vagas, deixando à administração a análise de sua ocorrência. E acerca da finalidade, apresenta que ela sempre corresponderá ao interesse público, expresso ou implícito na norma. A finalidade sempre vinculada à lei, inexistindo, portanto, espaço para apreciação discricionária da finalidade (DI PIETRO, 2012:74-80).

A teoria jurídica brasileira conceitua a discricionariedade partir da identificação do núcleo político que atribui à Administração escolher o quando e como atuar mediante um juízo de conveniência e oportunidade⁴¹. 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 consecução o interesse público⁴².

⁴⁰ José Roberto Oliveira segue o mesmo entendimento, ao afirmar que a “indeterminação do suposto de fato das normas habilitantes (e não somente a indeterminação das suas consequências jurídicas) gera a discricionariedade administrativa, ou, ao menos, uma margem de decisão administrativa estruturalmente equiparável, no essencial, àquela” (OLIVEIRA, 2006:338).

⁴¹ 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).

⁴² Nesse sentido, Celso Antônio ensina que não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. 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. Ao agir discricionariamente o

Dromi pontua que existe atividade discricionária quando há outorga legal de certa liberdade para eleger uma determinada ação dentre as muitas possíveis. Ela é a liberdade que a autoridade administrativa tem, em determinadas circunstâncias, de tomar uma medida, sem que a lei haja imposto um comportamento antecipado. “El órgano puede decidir según su leal saber y entender, si debe actuar o no y, em su caso, qué medidas adoptar. Em este aspecto lá discrecionalidad expresa la actividad de razón y buen juicio de la Administración” (DROMI, 1992:543).

Celso Antônio, por sua vez, conceitua discricionariedade administrativa como “a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade⁴³, 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).

Di Pietro a define 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 direito⁴⁴” (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 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).

agente estará, quando a lei lhe outorgar tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto (MELO, 2007:401).

⁴³ 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)

⁴⁴ Aqui já se percebe a construção de um estreitamento ainda maior do campo de liberdade do exercício do poder discricionário pelo Administrador para vinculá-lo ao direito como um todo, e não só à lei que lhe confere a competência discricionária

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).

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.

Partindo das ideias centrais acerca da discricionariedade, infere-se que seu exercício legítimo está atrelado à satisfação concreta dos direitos fundamentais dos cidadãos. Não é possível concebê-la desvinculada dessa função, visto que a discricionariedade legítima, no Estado Democrático, mostra-se como uma competência própria e indispensável à Administração na execução de suas finalidades. A definição de interesse público deverá se fazer sempre presente em qualquer manifestação da Administração. Ela surge como um elemento vinculado, e será no motivo e no objeto que ela estará contida (MOREIRA NETO, 2001:34). Assim, o exercício legítimo da discricionariedade administrativa se encontra limitado pela submissão do Estado ao interesse público⁴⁵ que, pela concepção do Estado Democrático de Direito, é entendido como a concreção dos direitos fundamentais.

Nesta esteira, Diogo de Figueiredo, estabelecendo um elo entre o poder discricionário e a função da satisfação do interesse público em sua concreção, atribui-a o

⁴⁵ O preceito constitucional que não atende ao 'interesse' público é ilegítimo; padece de vício de legitimidade; é mau preceito constitucional; revela um desempenho ilegítimo da função nomogenética original. O preceito legal que não atende à constituição é ilegal (no sentido amplo); padece de vício de inconstitucionalidade; revela o desempenho ilegal, no sentido lato, da função monogenética derivada. O ato administrativo que não atende à lei (no sentido amplo) é ilegal; padece de vício de legalidade; revela desempenho ilegal, no sentido estrito, da função administrativa. O ato administrativo que não atende ao 'interesse' público, é ilegítimo; padece de vício de legitimidade, é má administração; revela um desempenho ilegítimo da função administrativa (MOREIRA NETO, 2001:40).

dever de boa administração. Haverá sempre a necessidade de buscar a satisfação do interesse público de maneira irrestrita, restando inacabado o ato que não atender esse dever de bem administrar. Os poderes da Administração estão vinculados de maneira jurídica e política à plena satisfação do interesse público. Isto em razão 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). Para tanto, deve-se compreender bem os limites e alcances do mérito administrativo da atividade discricionária. Pois em seu exame serão encontradas as premissas de cumprimento da legitimidade, quais sejam, a satisfação e a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Di Pietro destaca a importância do mérito administrativo, criação italiana, para a temática do controle judicial dos atos administrativos. O mérito “diz respeito a sua conveniência, utilidade, adequação aos fins públicos, gerais e especiais, que se pretendem alcançar com a prática do ato”. Assim, a concepção do mérito atrelada aos fins do ato, trouxe uma conotação negativa à ingerência jurisdicional. Trouxe também uma conotação positiva, que indica o necessário ajustamento da medida para satisfação do interesse público. Tornava indisponível o interesse público previsto na norma, e forçava a Administração realizar concretamente o interesse público, segundo critério de conveniência e de oportunidade, respectivamente. E assim foi sedimentada a ideia do controle judicial dos atos administrativos discricionários pelo vício de mérito, “que ocorre em caso de inoportunidade do ato em relação àquilo que é o interesse concreto a proteger” (DI PIETRO, 2012:128).

Na teoria administrativista brasileira, o mérito administrativo está relacionado à oportunidade e conveniência em vistas à realização interesse público pretendido. 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 político⁴⁶ que remanesce imune à apreciação do Poder Judiciário que só poderia syndicar critérios jurídicos. A discricionariedade surge como instrumento para que o administrador legitimamente possa exercer escolhas políticas, pautadas pelo critério de

⁴⁶ Nesta sintonia, José Cardozo ensina que o mérito é “o campo de liberdade constituído por mais de uma alternativa válida posta à disposição do administrador público para a prática de um ato administrativo, identificado pela interpretação do ordenamento jurídico e dos fatos que, no plano concreto, propiciarão o exercício dessa competência administrativa” (CARDOZO, 2005:57).

conveniência e de oportunidade, voltadas à realização dos direitos fundamentais⁴⁷. E por assim se conceber, o mérito se firmou como fronteira demarcatória da revisão judicial dos atos administrativos, o que será melhor delineado no capítulo que tratará sobre o controle de juridicidade da atividade administrativa discricionária.

Igualmente, Diogo de Figueiredo concebe o mérito como o sentido político da ação da Administração a função de cumprir o interesse público na complementação de uma definição legal específica. Assim, o mérito administrativo seria o agir político da Administração, sendo a discricionariedade um meio para esse exercício. Este autor apresenta uma visão instrumental da discricionariedade como uma necessidade para o atendimento do interesse público. Será o resultado da opção política da Administração que conterà a concreção da legitimidade da ação administrativa. E sendo os elementos competência, finalidade e forma sempre vinculados, será na aferição concreta do motivo e do objeto que se verificará a legitimidade da atividade discricionária. Então, é no objeto e no motivo que estão os limites da atividade discricionária legítima⁴⁸. Em suma, entende-se que o mérito é composto pela conveniência e oportunidade, e que a discricionariedade é apenas um instrumento, um meio da Administração no desempenho de sua função pública⁴⁹.

Di Pietro diferencia a discricionariedade política - denominada de discricionariedade própria - da discricionariedade técnica. Esta última, também chamada de discricionariedade impropria, não está sujeita a uma decisão segundo critérios de conveniência e de oportunidade. Isto porque as razões da escolha do administrador se respaldam em critérios técnicos definidos por experts no assunto. E apesar de não envolver decisões sobre questões de mérito administrativo, por não envolver ponderação acerca da conveniência e da oportunidade, decidiu-se permanecer a terminologia discricionariedade técnica para indicar a

⁴⁷ Isto porque “a pluralidade ou ductibilidade da Constituição torna possível desenvolvimentos normativos de caráter heterogêneo e inclusive contraditórios entre si, posto que a Constituição não visa impor um projeto político determinado, excluindo todos os demais. Visa, isto sim, fixar as condições (a partir da ideia da centralidade da pessoa frente ao poder político) para a possibilidade de diferentes projetos de vida social no âmbito do Estado Constitucional de Direito” (CADEMARTORI, 2007:170).

⁴⁸ Dessa forma, o mérito é admitido como “resultado do exercício regular de discricionariedade” (KRELL, 2004:25), muitas vezes confundido como sinônimo dos critérios de conveniência, oportunidade, justiça, equidade, observados pela Administração, no exercício do seu poder discricionário.

⁴⁹ Porém, Moreira Neto elucida que “pode-se apresentar a discricionariedade como uma técnica desenvolvida para permitir que a ação administrativa defina com precisão suficiente um conteúdo de oportunidade e conveniência que possa vir a constituir-se no mérito adequado e suficiente à satisfação de um interesse público específico, estabelecido na norma leal como finalidade. Em outros e sucintos termos: a discricionariedade é uma técnica e o mérito, o resultado”. (MOREIRA NETO, 1998:46-47). Este autor ressalta que a acepção da discricionariedade como uma competência, ao invés de conceituá-la como um poder, facilita a compreensão da possibilidade de seu controle judicial, no que tange aos seus limites do exercício dessa competência (MOREIRA NETO, 1998:49).

impossibilidade de revisão judicial destas escolhas periciais da Administração. Todavia, malgrado a compreensão inicial pela insindicância da discricionariedade técnica, houve a tendência iniciar um controle sobre ela pela aplicação dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e motivação (DI PIETRO, 2012:120).

No Brasil a ideia da discricionariedade técnica foi difundida pela estruturação das Agências Reguladoras, e a questão acerca da possibilidade de sindicância judicial ou não foi levantada pelo questionamento de um dos pressupostos da discricionariedade própria, qual seja, a possibilidade de escolha⁵⁰. Di Pietro não concebe a inexistência de controle judicial sobre os critérios técnicos, vez que não há propriamente a discricionariedade. Se decisão é calcada em questões científicas, seria “plenamente possível o controle judicial da interpretação adotada na esfera administrativa, com base em manifestações de peritos e segundo aplicação dos princípios da razoabilidade das normas e do devido processo legal substantivo”. Isto, porque nela não haveria avaliação acerca da conveniência e oportunidade, inexistindo decisão política sobre objetos variados, restando no caso concreto apenas uma possibilidade de escolha definida por critérios científicos (DI PIETRO, 2012:122-123).

Com esta premissa, também evoluiu o controle judicial da atividade administrativa calçada em conceito indeterminado, quando o conceito puder ser precisado pela manifestação de órgão técnico. Desse modo, a atividade baseada na decretação de estado de calamidade pública, poderia ser plenamente sindicável pelo poder judiciário caso houvesse a manifestação da defesa civil se a situação prática tecnicamente configura a calamidade. Portanto, sempre que questões técnicas envolverem a atividade administrativa, seja na emissão de atos concretos, seja na edição de atos normativos, haverá a possibilidade de revisão judicial, pois, nestes casos, sempre haverá uma resposta certa, cientificamente aferível (DI PIETRO, 2012:124).

⁵⁰Nesse sentido, Luiz Manuel Pires Citar destaca que “não há, portanto, uma pluralidade de decisões legítimas à Administração cuja escolha de qualquer uma delas implique afastar o controle judicial. Os conceitos jurídicos indeterminados que dependem de aspectos técnicos e científicos devem encontrar, como qualquer conceito jurídico indeterminado, uma ‘unidade de solução justa’ (García de Enterría e Fernández), sobretudo porque é sempre possível ao juiz aferir qualquer elemento técnico e científico de outras áreas porque a perícia judicial é um meio de prova (...) Portanto, não há sentido em se sustentar a ‘discricionariedade técnica’. O que existem são conceitos jurídicos indeterminados que se referem a elementos técnicos e científicos de outras áreas, mas cujos informes (por exames, perícias, avaliações etc.) possibilitam ao interprete convencer-se sobre o que melhor se coaduna à ‘lógica do razoável e à lógica do preferível’ (...) Enfim, as ‘apreciações técnicas’, por não caracterizarem uma espécie de discricionariedade administrativa, estão sujeitas ao pelo controle judicial (...) Toda e qualquer questão técnica e científica, em última análise, é irrestritamente controlável pelo Judiciário” (PIRES, 2009:234-235).

A partir disto fica evidente que a discricionariedade administrativa é marcada pela possibilidade de escolha dentre possibilidades distintas, de acordo outorga legal da liberdade de apreciação da Administração de acordo a critérios de conveniência e de oportunidade. A interpretação estaria, portanto, fora do campo da discricionariedade. Seria, na verdade, a interpretação a demarcação dela, pois, a discricionariedade “começa onde termina a interpretação”. A atividade discricionária é capaz de criar situações jurídicas novas, e diversas, ao ponto de ser esta a diferenciação dos métodos de integração e das técnicas de interpretação pelo qual se chega sempre a uma resposta possível (DI PIETRO, 2012:127). Nesse mesmo sentido, José Roberto Oliveira argumenta que a “discrção começa quando ao término da interpretação remanesce para o administrador a possibilidade de adoção de mais de uma solução a servir de instrumento de concretização do interesse público” (OLIVEIRA, 2006:361).

Por esta razão, no desenvolvimento jurídico-científico da discricionariedade administrativa, firmou-se separar os conceitos jurídicos indeterminados da classificação da discricionariedade. A teoria dos conceitos vagos surgiu no século XIX, para explicar a imprecisão do legislador na determinação dos conceitos jurídico, como a vagueza seria reduzia à determinação e qual poder seria o competente para precisar o alcance prático da norma (SOUSA, 1994:34). Os conceitos jurídicos indeterminados foram inicialmente caracterizados como discricionariedade administrativa, em razão da suposta possibilidade da Administração determinar dentre várias possibilidades aquela que melhor lhe aprouvesse. Ocorreu que, por ser a concreção dos conceitos jurídicos indeterminados uma atividade hermenêutica, eminentemente jurídica, seria possível identificar a única interpretação correta, afastando a poder da escolha do administrador.

Com isso, intentou-se estratificar a discricionariedade para separar do núcleo subjetivo do mérito administrativo os conceitos jurídicos indeterminados⁵¹, para que esses

⁵¹ Em diversas oportunidades o Supremo Tribunal Federal se utilizou dos conceitos jurídicos indeterminados para exercer o controle jurisdicional dos atos administrativos, sustentando “a viabilidade do controle do poder Judiciário acerca dos conceitos jurídicos indeterminados” RMS 19590/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 20/03/2006). No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello argumentou que “os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República” (ADI 2213 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002, DJ 23-04-2004). Por fim, o então Ministro Eros Grau afirmou que “a autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários

viesses a ser controlados judicialmente por critérios objetivos. E o fator decisivo para esse desiderato é a construção da determinação de conceitos jurídicos, afirmando que no caso concreto somente uma escolha atenderia à outorga legislativa. Ou seja, em se tratando de conceitos jurídicos indeterminados, o Executivo não teria duas ou mais possibilidades no momento de sua atividade, mas somente uma, que o tornaria objetivamente controlável⁵².

Portanto, a revisão de atos administrativos fundados em conceitos jurídicos indeterminados estaria baseada na verificação de compatibilidade do ato com as circunstâncias reais. Trataria de uma simples aplicação normativa, de uma subsunção da hipótese normativa ao fato concreto. E isto não deixaria possibilidades de escolhas à Administração, pois seria um “processo regulado que se esgota na compreensão de uma certa realidade pretendida pelo conceito indeterminado e nesse processo não há interferência de nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é o caso da potestade discricionária” (CADEMARTORI, 2001:138). Estaria firmado a ampla e objetiva apreciação desses atos pelo poder judiciário, vez que não se trataria de apreciação de apreciação extrajurídica, ou de conexão com campos político-econômicos de conveniência e oportunidade da Administração⁵³.

Desse modo, ao separar os conceitos jurídicos indeterminados, a discricionariedade ficou compreendida como exercício de uma competência típica do Poder Executivo, marcada pelo juízo de conveniência e oportunidade das escolhas administrativas.

apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração” (RMS 24699, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01-07-2005). Fonte: www.stf.jus.br. Acesso em 30 de setembro de 2012.

⁵²Conforme leciona Sergio Guerra, “em considerando somente uma solução justa para determinado conceito jurídico indeterminado, não haveria, portanto, de se cogitar a existência de discricionariedade, pois se o primeiro só admitiria uma única solução justa, o segundo, fundamentando-se normalmente em critérios metajurídicos de conveniência e oportunidade, permitiria diversas soluções justas (...) a escolha determinativa de conceitos jurídicos estaria atrelada a um caso de aplicação da lei, posto que se trata de subsumir, em uma categoria legal, determinadas circunstâncias reais (...) Nesse sentido, a vagueza e ambiguidade de certos termos dão lugar a uma distinção entre conceitos indeterminados e conceitos discricionários, pois nem sempre o vago e ambíguo gera discricionariedade. ‘Quando o conceito é determinado, apesar de vago e ambíguo, o ato com base nele é vinculado’” (GUERRA, 2008:149-154).

⁵³ O que diferencia ambos e que determina o grau de intervenção judicial seria o poder de escolha sobre norma. Enquanto os atos discricionários pressupõem um campo de atuação delimitado pela norma, no qual a Administração analisaria a relação “custo x benefício”, a determinação dos conceitos jurídicos indicam uma atuação previamente escolhida. “Se é que há uma eleição, esta é do próprio legislador, que escolheu o uso de termos vagos e conceitos imprecisos, sendo que a sua aplicação resolve-se com a interpretação de seu sentido” (BINENBOJM, 2008:219).

2.3 Da legitimidade da atividade discricionária: limites à conveniência e oportunidade

Dessa maneira, o exercício legítimo da discricionariedade encontra seus limites na oportunidade e na conveniência e que pode ser aferida pela sindicância do motivo e do objeto, respectivamente. Franco Sobrinho, já nos anos 80 do século passado, alertava sobre a funcionalidade do ato administrativo discricionário que deveria guardar conformidade com a finalidade, sob pena de nulidade (FRANCO SOBRINHO, 1980:110). A verificação da atividade discricionária legítima passaria, então, pela correta valoração dos motivos e segue pela escolha acertada do objeto. E os que se forem valorados fora dos limites legais⁵⁴, serão nulos, por não satisfazerem o interesse público. Não somente pela vedação do excesso, mas, também pela proibição a proteção insuficiente. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo analisa a oportunidade e a conveniência sob o prisma dos princípios da realidade e da razoabilidade⁵⁵.

Pelo princípio da realidade torna-se factível verificar se o motivo indicado pelo administrador realmente ocorreu. Por se tratar de situação fática, da ordem dos acontecimentos materiais, seria plenamente possível constatar por critérios objetivos a realidade dos acontecimentos. O direito, por trabalhar com a realidade do mundo, não comporta fundamentação de atos sem um respaldo real⁵⁶. E assim a violação do princípio da

⁵⁴ Acerca dos limites à atividades discricionária, José Roberto Dromi expõe que os limites podem ser jurídicos ou técnicos. Os limites jurídicos seriam as os direitos fundamentais e os princípios da razoabilidade, da finalidade, da boa-fé e da igualdade. Já os limites técnicos, que pelo critério, pelas regras claras e uniformes, e pelos princípios técnicos limitam a escolha política em razão da preponderância da expertise científica (DROMI, 1992:545-552)

⁵⁵ Carvalho Filho argumenta que a razoabilidade é um dos aspectos mais importantes da aferição da legitimidade da atividade discricionária já que “por meio deste princípio é que se pode verificar a congruência entre as razões (ou justificativas) e os fins dos atos administrativos. A incongruência entre ambos indica que ou aquelas ou estes contêm equívoco administrativo, hipótese que caracterizará abuso de poder discricionário, sujeito a controle administrativo e judicial” (CARVALHO FILHO, 2005:26). Igualmente, José Roberto Oliveira sustenta que “o princípio da razoabilidade, além de pauta normativa fundamental para o deslinde da questão de validade da habilitação discricionária, em conjunto com os demais vetores axiológicos do regime jurídico-administrativo, também exerce a função de irradiar os contornos jurídicos do legítimo exercício da discricção atribuída (...) a razoabilidade do ‘ato discricionário’ é requisito de validade axiológico de elo deontológico que deve justificar concretamente a relação entre o antecedente (ou suposto fato) e o conseqüente (ou prescrição jurídica), à luz da normatividade alicerçada na Constituição, requisito aferível na causa a ser detalhadamente demonstrada e justificada na motivação (...) demonstrar a razoabilidade do exercício da competência discricionária é sinônimo de tornar público a correção axiológica da ponderação comparativa concreta realizada no exercício da função” (OLIVEIRA, 2006:360-362)

⁵⁶ E assim sustenta que “o Direito Público, ramo voltado à disciplina da satisfação dos interesses públicos, tem, na inveracidade e da impossibilidade, rigorosos limites à discricionariedade. Com efeito, um ato do Poder Público que esteja lastreado no inexistente, no falso, no equivocado, no impreciso e no duvidoso não está, por certo, seguramente voltado à satisfação de um interesse público; da mesma forma, o ato do Poder Público que se destine à realização de um resultado fático inalcançável não visa a satisfazer a um interesse público” (MOREIRA NETO, 2011:53-54).

realidade na fundamentação do motivo seria “a desmoralização da ordem jurídica pela banalização da ineficiência e a vulgarização do descumprimento, além do pesado tributo do ridículo” (MOREIRA NETO, 2001:53-54).

Pelo princípio da razoabilidade há uma investigação mais complexa, visto que não se trata apenas da verificação da ocorrência dos fatos. A questão agora é atestar a efetiva satisfação do interesse público. A verificação da satisfação plena do interesse público demanda a realização de valores estabelecidos pelo legislador, sendo necessário estimar se o cumprimento de determinada atividade atingiu a finalidade específica para o qual foi realizado. Isto porque, “a lei não se cumprirá se não houver um mínimo de pertinência razoável entre oportunidade e conveniência, de um lado e a finalidade de outro”. A perquirição da razoabilidade pela sindicância dos motivos exige que o pressuposto fático seja adequado, compatível e proporcional e que o objeto escolhido efetivamente satisfaça a finalidade pública (MOREIRA NETO, 2001:56-57).

Limitar a oportunidade significa atestar a suficiência dos pressupostos fáticos e jurídicos que projetaram a edição do ato. Significa valorar os motivos, relacionando-os à concretização do interesse público estabelecido como finalidade do ato. Significa analisar os requisitos mínimos de existência, suficiência, adequabilidade, compatibilidade e de proporcionalidade, sem os quais o ato não atenderá sua finalidade. Esses são, portando os limites à oportunidade, sem os quais a atividade discricionária será descabida.

Não se admite a prática de um ato em que seu motivo por inexistente. Se assim for, ele será inoportuno. Deve haver a certeza da existência do motivo, não podendo ser presumida a relação entre a hipótese normativa e a ocorrência fática. Se essa tal correspondência não ocorrer concretamente, o interesse público restará desvirtuado e não atingido. Importante destacar que a aferição da existência do motivo se dá objetivamente, pouco importando a intenção do agente administrativo que praticou o ato. É irrelevante que a inexistência do motivo tenha ocorrido em razão de uma falsa percepção da realidade ou de uma intenção corrompida. Basta apenas a não ocorrência dos fatos ou a inexistência de condições jurídicas, para que a finalidade seja viciada, ocasionando a inoportunidade do ato e, por consequência, a nulidade.

Ademais, ainda que existente o pressuposto fático e a correspondência normativa, será inoportuna a atividade em que o motivo não seja suficiente para a realização do ato.

Igualmente, o princípio da realidade opera na análise da suficiência do motivo, de maneira que “nenhum pressuposto insuficiente pode servir à prossecução de um interesse público: o agente tem a discricção para valorar os motivos, mas não para suplementá-los, quando não bastem para a prática de um ato administrativo”. Diogo de Figueiredo exemplifica como insuficientes os motivos vagos, os incompletos e os duvidoso. Não sendo admitida a presunção dos motivos, qualquer que não passe pelo crivo da certeza, mostra-se insuficiente para realização do ato. “O importante é sempre ter-se em mente, no caso da insuficiência, que, tanto quanto na hipótese de inexistência, o que se revela, afinal, é a desnecessidade da prática do ato”. (MOREIRA NETO, 2001:61-64).

A razoabilidade é o parâmetro de limitação do motivo pela adequabilidade, pela verificação dos pressupostos de direito. Por adequabilidade se tem em mente a natureza jurídica do ato tem que corresponder ao seu motivo. Por exemplificação, um ato de punição tem que estar respaldado por provas de autoria e de materialidade da falta disciplinar no servidor, sendo inadequada a punição por indícios de prova. A adequação refere-se a relação entre os pressupostos do ato e seu objetivo.

O quarto critério de aferição da oportunidade é a compatibilidade. Por ela se verifica a congruência dos motivos com o objeto do ato. O que se quer é que o resultado prático pretendido com o ato seja compatível com o motivo. Desse modo, uma falta funcional que legalmente corresponda a uma penalidade de advertência, não pode ser punida com demissão, por faltar correspondência entre o objeto escolhido e a finalidade do ato. A verificação da compatibilidade se daria pela justificativa em tese o conteúdo jurídico específico do ato.

Por fim, verificada a existência, suficiência, adequação e compatibilidade do motivo, o último requisito limitador da oportunidade será a proporcionalidade do motivo. Verifica-se se o motivo foi proporcional à quantificação do objeto em si. Ou seja, se o pressuposto de fato e de direito corresponde em intensidade ao objeto realizado. Aqui se analisa, por exemplo, se a quantidade de dias de suspensão como penalidade a um servidor é proporcional à gravidade da falta por ele cometida. Já estando estabelecido que a penalidade incorrida sujeita o servidor à penalidade de suspensão, a proporcionalidade entre como limitador da discricionariedade pela oportunidade na gradação da pena. Passada a análise dos limites à oportunidade, prossegue-se para a verificação dos limites à conveniência administrativa na atividade discricionária.

Diogo de Figueiredo afirma que os limites de conveniência à discricionariedade são os requisitos mínimos de escolha de conteúdo que devem estar satisfeitos para que o objeto atenda ao interesse público estabelecido como finalidade. Como dito, o objeto do ato é o resultado prático pretendido que repercute na esfera jurídica. E assim sendo, ele deverá passar pelo crivo dos princípios da realidade e da razoabilidade, para que ele seja possível e satisfaça a finalidade pública de maneira eficiente. A conveniência encontra, então, seu limite nos requisitos da possibilidade, da conformidade e da eficiência (MOREIRA NETO, 2001:71).

A possibilidade do objeto se refere aos aspectos fáticos e jurídicos, que são perfeitamente aferíveis pelo princípio da realidade. A possibilidade fática fica “caracterizada pela condição factual de poderem ser alcançados seus resultados materiais indiretos”. Já a possibilidade jurídica se refere à licitude do objeto, não podendo ser este vedado pelo direito. Desse modo, o objeto do ato discricionário para ser oportuno necessita, obrigatoriamente, ser lícito, compreendendo-se por licitude a aceção mais ampla da legalidade. Ou seja, deve-se ter em vista a juridicidade do objeto, já que além de estar previsto na norma positivada, ele deverá se conformar em resultados práticos à finalidade pública sistematizada no ordenamento jurídico (leis, regulamentos, princípios, valores democráticos, etc.).

A segunda limitação do objeto proposta por Diogo de Figueiredo é a conformidade do objeto, pelo qual o resultado prático do ato administrativo discricionário tem que atender o interesse público pretendido. Ou seja, “o objeto imediato deverá sempre servir ao fim, objeto mediato”. A desconformidade do objeto com o fim pretendido gera o desvio de poder. Sendo a legitimidade da competência vinculada funcionalmente pelo atendimento da finalidade pública pretendida, caso haja a desconformidade, estará patente a usurpação do poder público pelo agente que pratica o ato, pouco importando seu núcleo intencional⁵⁷.

O último requisito limitador da conveniência é posto como a eficiência do objeto. Por ela, além de possível fático-juridicamente e conforme a finalidade pública, o resultado prático obtido pelo ato deve atingir da maneira mais eficiente possível o interesse público. A eficiência do objeto impende uma atuação da melhor maneira possível e aferível por critérios

⁵⁷ “A desconformidade vai, no entanto, mais além da traição da finalidade, que sempre suporia um elemento subjetivo vestigial por parte do agente, e passa a abarcar todas as hipóteses da insatisfação, deliberada ou não, do interesse público específico contido na regra de finalidade. É que o poder-dever que o exercício da discricionariedade pressupõe, como modalidade de competência, só se satisfaz quando o interesse público pode ser realmente atendido através do objeto escolhido. A intenção do agente é, como sempre, irrelevante; o que importa é a pertinência objetiva entre a alteração introduzida no mundo jurídico e a finalidade legal do ato (MOREIRA NETO, 2001:75).

objetivos fáticos. Ela busca “zelar que a solução adotada não seja tão grosseiramente ineficiente que signifique o desprezo do dever de boa administração”. Dessa forma, mesmo havendo outras soluções igualmente possíveis e conformes, a decisão adotada deverá buscar a melhor realização em prol da finalidade pública pretendida pelo ordenamento jurídico (MOREIRA NETO, 2001:76-77). Ou seja, em sua atividade discricionária, a Administração tem de dá à norma o sentido “que melhor garanta os direitos fundamentais da pessoa e torne mais efetivas as normas constitucionais ao reduzir o desvio entre a realidade social e jurídica” (CADEMARTORI, 2007:171).

Na mesma linha de pensamento, Di Pietro sustenta a importância das limitações à discricionariedade administrativa para o controle judicial da atividade discricionária, visto que definem a área de atuação política legítima da Administração. Desse modo, enquanto no exercício vinculado a revisão judicial é ampla e irrestrita, na atividade discricionária, a sindicância judicial é contida nos limites especificados acima. Importa ressaltar que essa intangibilidade da decisão administrativa não é uma arbitrariedade, pois foi fruto de uma opção legislativa para que a Administração atue do caso concreto dando efetividade a norma legal pelo exercício da conveniência e oportunidade administrativa (DI PIETRO, 2012:148).

O requisito autorizativo-normativo é o traço distintivo. É “lo que sí constituye um requisito imprescindible para que pueda hablarse de discrecionalidad, y no arbitrariedad, es que los fines que se persiguen o hayan de perseguirse por cada potestade estén taxativamente enunciados en el ordenamiento” (CUESTA, 1999:147). Portanto, a legalidade mostra-se o fundamento da discricionariedade e o pressuposto diferenciador da arbitrariedade. Isto porque, a discricionariedade é a liberdade de atuação dentro dos limites impostos pela lei. Já a arbitrariedade, conforme exposto, seria a atuação a margem da lei, ou seja, a atividade fora dos limites traçados pela norma, fora dos contornos da legalidade.

Se a estruturação dos requisitos de validade dos atos administrativos ampara juridicamente o controle de legalidade dos atos administrativos, a identificação do mérito nos atos administrativos discricionários afastaria qualquer possibilidade de sindicância dos elementos não vinculados à norma. Desse modo, a legalidade posta como o único parâmetro possível e utilizado pelo Judiciário da sindicância da atividade administrativa, colocaria a discricionariedade administrativa fora do seu alcance da “judicial review”. E, portanto, paradoxalmente, o princípio da legalidade seria um entrave ao próprio controle judicial de legalidade.

Ocorre que a discricionariedade não significa uma liberdade do executivo em face da norma, antes consagra sua sujeição, pois, subsiste quando o Executivo dá cumprimento ao mandamento legal de exercer seu poder de escolha previamente delimitado pelo direito. Isto porque, para que haja uma discricionariedade legítima, nos padrões impostos pelo Estado Democrático de Direito, ela deve afirmar “seu dever funcional de proporcionar resultados concretos e materializados em uma boa e justa atuação”, sempre em harmonia com o sistema jurídico constitucional (MOREIRA NETO, 2008:133). E devido a essa vinculação ao ordenamento jurídico, fomentada pela constitucionalização do direito administrativo, da teoria da efetividade das normas constitucionais e dos direitos fundamentais, é que se ampliou a noção do princípio da legalidade para compreendê-lo como princípio da juridicidade⁵⁸.

Assim, deve ficar claro que o mérito administrativo não é uma blindagem à sindicância judicial, visto que é dado ao Poder Judiciário aferir se a atuação se deu dentro dos limites propostos pelo legislador. O que o Judiciário não pode fazer é substituir a escolha fruto de uma decisão discricionária legítima, que atendeu os critérios de oportunidade e conveniência concretização da finalidade pública contida na norma. E se a norma é a expressão da legitimidade positivada, o controle de legalidade dos atos discricionários, pela aferição dos critérios de atendimento à finalidade pública, mostra-se como um controle de legitimidade da atividade discricionária pela juridicidade do ato. O que se deve ter sempre em vista é que a “discricionariedade não é um cheque em branco para o administrador. Nem representa poder sem limites. O poder discricionário só se legitima dentro dos parâmetros legais” (CARVALHO FILHO, 2005:26), e o que passar disso é ilegal, arbitrário, ilegítimo e passível de correção judicial.

⁵⁸ Sob uma perspectiva garantista do Estado, Cademartori desenvolve a temática da juridicidade da atuação administrativa discricionária, a partir dos parâmetros da validade, vigência e eficácia do ato administrativo, compreendendo a atuação administrativa como um processo decisório e afirma que: A teoria garantista redefine as concepções tradicionais a respeito dessas categorias e passa a entender por validade a adequação material ou substancial que os atos normativos inferiores devem guardar em consonância com os direitos fundamentais (...) Transpondo todos esses postulados para o campo do controle jurisdicional dos atos estatais em geral e administrativos em particular, pode-se concluir que o julgador, caso deseje optar por uma apreciação garantista de tais atos, não os considerará somente sob a ótica da estrita legalidade. Caso não ocorresse tal apreciação garantista, poderia estar sendo justificado um suposto respeito para com a opção discricionária do emissor do ato, desde que atendidos todos os requisitos legais de sua formação, e aqui a opção discricionária poderia ocorrer, inclusive sob o argumento de decisões políticas, econômicas ou puramente administrativas. Ao contrário disso, um juiz garantista, ao julgar esse tipo de ato, deverá observar, acima de tudo, a adequação que ele deve ter em relação aos princípios escorados nos direitos fundamentais e nos respectivos valores morais e políticos que eles traduzem. Ou seja, deverá atender, além da legalidade estrita do ato, aos critérios de justiça interna e externa. (CADAMARTORI, 2007:161-162)

3. DO CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA

O controle judicial da Administração envolve uma das principais técnicas do constitucionalismo moderno de limitação do poder⁵⁹. Apesar das mesmas bases, a teoria da separação dos poderes tomou arranjos diferentes no constitucionalismo franco-europeu e no norte americano, em razão da conjuntura política instalada em cada local. Quando analisado o contexto histórico-político em que foi originado o constitucionalismo norte-americano, percebe-se os fundamentos de uma conformação política do controle judicial em relação a atuação dos demais poderes. Os colonos tinham uma forte resistência à supremacia do parlamento britânico, devido à política tributária a que estavam submetidos, aliada à falta de representatividade no país sede. Desse modo, foi instituído nas colônias um sistema judicial de controle de legalidade das leis locais para que guardassem compatibilidade com os Estatutos da Coroa. Ocorre que, com a independência das treze colônias, os Estados independentes, que já viam o Parlamento com resistência, passaram agora a se valer dos juízes para guardar a compatibilidade das leis locais com as “Leis Fundamentais” de cada Estado independente (CAPPELLETTI, 1992:57).

Esses acontecimentos propiciaram a sedimentação de um desenho institucional norte-americano em que o Poder Judiciário tivesse uma atuação política mais proativa. Os juízes não eram simplesmente a mera boca da lei, como no sistema separatista francês, e podiam efetivamente interpretar e dizer o significado da Constituição. Isto porque havia se assentado uma racionalidade de que o parlamento sem controle seria um novo déspota. Então, a produção legislativa deste poder necessitaria ser controlada pelo Poder Judiciário. Hamilton fundamentava que a exegese é tipicamente uma função judiciária. E, pelo fato de a Constituição ser uma lei fundamental, os juízes têm a competência de definir não só o seu significado, como também o de toda legislação. E acerca de eventual divergência entre a Constituição e uma lei infraconstitucional, este federalista afirmou, contundentemente, que “caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a

Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes” (HAMILTON, 1987:480).

Mesmo iniciado esse momento na história do constitucionalismo moderno, que marcou uma nova forma de se pensar a relação entre os poderes, é de se notar que a legalidade continua a vigorar como limite à atuação Estatal. A possibilidade do controle da produção legislativa pelo Judiciário, em nada modificou a submissão do poder Executivo à império da lei, visto que sua atividade continua vinculada à determinação normativa. Sem dúvida, essa nova postura do judiciário abriu caminho para o surgimento do controle judicial da atividade administrativa para manter sua compatibilidade com lei, rompendo com a tradição europeia continental de separação rígida dos poderes.

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. Este dispositivo constitucional marca o desapego ao sistema de jurisdição dupla, inspirada no contencioso administrativo francês⁶⁰, e submete os atos administrativos ao alcance da “judicial review”⁶¹. E, igualmente ocorre com a produção legislativa, caso o ato administrativo não guarde compatibilidade com a norma de competência superior, ele estará o ato viciado e será passível de correção judicial⁶².

⁶⁰ Acerca do sistema de jurisdição dual Alexandre Aragão ensina leciona que “paralelamente à jurisdição ordinária, há, assim, a jurisdição administrativa, composta por juízes oriundos da Administração Pública, encabeçados pelo Conselho de Estado. É encarregada da maioria dos conflitos envolvendo a Administração, excetuando-se apenas aqueles que envolverem o direito privado, a propriedade privada, questões de Estado, a capacidade das pessoas e a repressão penal. Daí advém a grande importância que o Direito Administrativo francês dá à distinção de certos institutos, atos ou contratos como sendo de direito privado ou de direito público: por que daí deflui a competência da Justiça Comum ou do Contencioso Administrativo. A natureza dos institutos tem a enorme importância prática de definir a competência jurisdicional (...) Os conflitos de competência ente a jurisdição administrativa e a ordinária são decididos pelo Tribunal de Conflitos, integrado por dois Ministros, três membros dos Conselho de Estado e três membros da Corte de Cassação, que é a cúspide da Justiça Comum” (ARAGÃO, 2012:614).

⁶¹ Acerca do controle de legalidade da atuação administrativa, ensina Odete Mendauar que ele diz respeito a sua conformação às normas do ordenamento jurídico, pelo qual submete o ato a anulação que “consiste no desfazimento do ato administrativo, por motivo de ilegalidade”, a ser determinada pelo Poder Judiciário (MENDAUAR 2007:148;155).

⁶² O controle de legalidade dos atos administrativos, guarda a mesma lógica do escalonamento hierárquico das normas estruturada pela teoria do direito kelseniana. Ao tratar do que chamou de “imagem espacial da supra-infra-ordenação”, Kelsen concebeu que representação de como as normas estão dispostas no ordenamento e a relação de interconexão entre elas estrutura o sistema de adequação da norma inferior com a norma superior. E isso estabelece uma organização normativa vertical, cujo ápice contém a Constituição, que por sua vez dispõe sobre a criação das normas e chancela a validade do ordenamento infraconstitucional. As normas infraconstitucionais, dessa forma, representam o direito formal e o direito material, ao serem criadas nos parâmetros e com o conteúdo autorizado pela norma superior. Ocorre que, caso a norma inferior conflite com a

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. Isto porque, “não se pode falar, absolutamente, 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. Desse modo, por este fundamento constitucional, cabe ao Judiciário a última palavra acerca de qualquer assunto judicializado⁶³ (FRANÇA, 2011:44-66).

Ao tratar do controle jurisdicional dos atos administrativos, José Cretella Jr. sustenta que o controle se faz necessário para afastar as vicissitudes humanas que tendem a distanciar do interesse público. Ele afasta a mácula do ato imperfeito, corrige a medida editada e reestabelece o “império da lei”, sendo “uma das características mais inequívocas do Estado de direito, onde impera o regime da lei” (CRETELA JR., 1997:112-114). Segundo Vladimir França, 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).

Juarez Freitas argumenta que a Administração Pública está submetida ao que chamou de “princípio de controle dos atos, contratos e procedimentos administrativos”. E, em razão disso, foram previstos diversos mecanismos e institutos constitucionais para que se operacionalizasse seu controle interno e externo. Atrelado a este princípio, encontrar-se o

norma superior, a solução será dada pela decisão de um tribunal superior. Kelsen, assim, dispôs acerca do controle da validade e adequação à norma superior, que em nosso ordenamento jurídico sustentou o instituto jurídico do controle de constitucionalidade concentrado pelo Supremo Tribunal Federal. Por esse controle de validade, uma lei inválida – por contrária à Constituição será considerada como válida, até que sobrevenha a decisão do Tribunal Superior, quando, então, declarada inválida, todos os seus efeitos produzidos serão também invalidados, caracterizando a força retroativa da declaração de invalidade. E vai mais além, declara que tal lei não poderia ser contrária à Constituição, pelo fato de nem sequer ser uma lei. Assim, não existiria possibilidade de existir uma nulidade na ordem jurídica, pois a norma inválida não chega a ser a fazer parte dela, não chega ser uma lei. (KELSEN, 1998:247;300)

⁶³ Nesse sentido: “em todo e qualquer caso de discricionariedade, por mais genéricas, vagas ou imprecisas que sejam as expressões legais qualificadoras dos motivos (pressupostos fáticos abstratamente previstos na lei) ou dos fins, o Judiciário poderá e deverá sindicá-lo, verificando se a significação nuclear do conceito sintonizado na palavra foi, ou não, respeitada. Isto é, caber-lhe-á sempre aferir se os requisitos legais foram atendidos, o que desde logo é possível no concernente à significação mínima, central, que toda e qualquer palavra, que todo e qualquer conceito, possui” (MELLO, 2011:59).

“princípio da unicidade da jurisdição” que reforça o controle da Administração pelo fato de estar no Judiciário a última palavra em matéria de controle dos atos administrativos discricionários⁶⁴.

3.1 Do controle da discricionariedade administrativa pelo parâmetro da legalidade estrita

Assim, de fundamental importância para o desenvolvimento do controle de legalidade da atividade administrativa foi a estruturação da teoria dos elementos do ato administrativo. A atividade administrativa é externada pelos atos praticados por seus agentes que trazem consequências para o mundo jurídico, sendo a forma de expressão da vontade da Administração. E por assim ser, a atividade administrativa guarda equivalência aos requisitos de validade da teoria geral dos atos administrativos do direito civil.

Em princípio, o controle judicial da atividade administrativa não poderia interferir na análise dos critérios subjetivos do ato administrativo discricionário – motivo e objeto. A revisão somente incidiria sobre os critérios objetivos, por obediência ao princípio constitucional da separação dos poderes previsto no art. 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Pela análise da teoria dos atos administrativos, não se encontra problema à revisão dos atos administrativos vinculados. Contrariamente, em se tratando de atos administrativos discricionários, a revisão judicial estaria limitada, caso se pautasse apenas no controle de legalidade estrita.

Por ser um critério político e não jurídico, o juízo de conveniência e oportunidade tornava os atos administrativos discricionários intocáveis pela “judicial review”. Assim, somente seria possível a revisão judicial dos atos administrativos discricionários, se fossem respeitados os limites da competência discricionária da Administração. Ou seja, sendo o mérito administrativo a margem da escolha política, ele se tornava um limitador da atuação do

⁶⁴ Nesse sentido, ao tratar do controle da discricionariedade em seu nível concreto, Luiz Henrique Cademartori conclui que, em caso de lesão a direito do administrado, o Poder Judiciário pode e deve apreciar totalmente “quaisquer atos oriundos 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).

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 administrativos⁶⁵. 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.

Ocorre que, o atual estágio do constitucionalismo do Estado de Direito brasileiro tem exigido um novo entendimento do que realmente significa a legalidade da atividade da Administração⁶⁶. 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.

Portanto, em se tratando de atividade administrativa e proteção dos direitos fundamentais, a legalidade estrita não seria suficiente para satisfazer a efetividade do Estado Democrático de Direito. Então, amplia-se a concepção de legalidade da atividade administrativa para a compreensão da juridicidade dela. Ela firma a vinculação da administração não somente à lei, como também ao ordenamento jurídico como um todo, pois “o entendimento contemporâneo é no sentido de que o administrador público está sempre

⁶⁵ “O mérito está no sentido político do ato administrativo (...) Esses aspectos, muitos autores o resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem eles ‘interesses e não direitos’. Ao Judiciário não se submetem os interesses que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele. O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, “faria obra de administrador, violando, destarte, o princípio da separação e independência dos poderes. Os elementos que o constituem são dependentes de critérios políticos e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional. A análise da legalidade (legitimidade dos autores italianos) tem um sentido puramente jurídico. Cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram às prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e manifestação de vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma” (FAGUNDES, 2010:180-182).

⁶⁶ Assim, Lafayette Pondé sustentando a possibilidade do controle do mérito administrativo, argumenta que “o vício de mérito pode induzir a ilegalidade (...) em outras palavras, o vício de mérito somente pode ocorrer nos atos discricionários. O mérito condiste na oportunidade e conveniência do ato em relação ao seu efeito ou resultado prático, independente de qualquer valoração jurídica. Se houver um erro nessa estimativa, haverá vício de mérito (...) o vício de mérito que implique erro de ordem jurídica possibilita o controle de legalidade (...) o juiz, ao examinar a regularidade da decisão administrativa, pode, ao mesmo tempo, apreciar sua oportunidade” (PONDÉ, 1998:46-47).

sujeito ao Direito e o Direito jamais está sujeito ao Administrador público, nem mesmo quando este atua discricionariamente” (TOURINHO, 2005:115).

A atividade discricionária passa a 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 juridicidade⁶⁷.

3.2 Da ampliação do controle da discricionariedade administrativa pelo parâmetro da juridicidade

Ora, se o controle de legalidade estrita e o mérito administrativo se limitam mutuamente, com a ampliação da concepção da legalidade tem-se, como consequência, a redução do mérito administrativo. É uma relação inversamente proporcional. De uma maneira mais direta, o que ocorre é que a liberdade de escolha do Administrador tende a diminuir com a sua vinculação à juridicidade. E, aumentando sua vinculação, aumenta-se a intervenção do poder judiciário para verificar se a opção tomada guarda compatibilidade à ordem jurídica. E com isso, superando-se o controle apenas formal, passa-se a estruturar um controle de juridicidade dos aspectos substanciais da atividade da Administração.

⁶⁷ Insta ressaltar o posicionamento contrário de Bruce Ackerman que, dentro de seu conceito de Democracia Dual, concebe o Poder Judiciário como a legítima expressão democrática da soberania popular (ACHERMAN, 1993:3-33). A partir do momento em que o poder judiciário exerce o controle de juridicidade da Administração ele age como legítimo representante da soberania popular, pois faz retornar a legitimidade usurpada na atividade discricionária indevida.

Seja identificando o mérito administrativo com a conveniência e oportunidade, seja considerando-o como a escolha resultante do juízo de conveniência e oportunidade, certo é que por muito tempo o mérito administrativo foi colocado como um obstáculo à revisão os atos discricionários. O juízo de conveniência e oportunidade seria um impedimento à revisão judicial dos atos ditos discricionários. E isto, justamente, por se igualar o resultado do exercício do poder discricionário – o ato administrativo – com a própria discricionariedade enquanto poder, enquanto competência como critério político. Desse modo, é na identificação do mérito que a doutrina se posiciona acerca do controle judicial da atividade da Administração.

Neste ponto, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal superou a dicotomia entre atos administrativos vinculados e discricionários como categorias equidistantes na seara da “judicial review”. Todos os atos possuem um grau de vinculação e, portanto, um espaço de sindicância. Mesmo os atos conceituados discricionários são vinculados quanto à finalidade, forma e competência, exercendo o Poder Judiciário o controle de legalidade em caso de dissociação destes elementos dos preceitos definidos pela norma. Então, o que seria genuinamente discricionário é o poder atribuído pela Constituição Federal ou pela legislação infraconstitucional ao Executivo para a tomada de decisões em situações não previamente definidas pela norma. É esse poder, enquanto competência para proferir uma decisão, que seria imune à ingerência judicial⁶⁸ e não a decisão tomada do caso concreto.

Então, retornando à concepção de juridicidade da atividade administrativa, o controle judicial passa a ter uma nova roupagem, não se utilizando somente da legalidade no sentido estrito como parâmetro. Agora é o ordenamento jurídico como um todo que passa a ser o filtro da atividade administrativa. É interessante observar que, apesar da contemporaneidade do tema, a Constituição Espanhola de 1798 já vinculava a submissão da atividade Administrativa

⁶⁸ Em recente julgado no Supremo Tribunal Federal, a Ministra Carmen Lúcia sustentou que, em termos de discricionariedade administrativa, “o que temos, verdadeiramente, é que não há um ato inteiramente vinculado nem um ato inteiramente discricionário. Todos os atos têm alguns elementos vinculados – por exemplo, competência, forma, finalidade – e alguns têm um âmbito de discricionariedade maior e, portanto, alguns elementos da discricionariedade. Aliás, isso não é muito novo. Cito no meu voto Vitor Nunes Leal, o qual, em um estudo, já chamava a atenção para o fato que: o mais acertado não é falar-se em ato discricionário; o certo é falar-se em poder discricionário, mas como frequentemente certos atos só têm existência material depois que a Administração manifestou a opção referida – sem a qual o ato não existiria –, é admissível que se use em tais casos a expressão “atos discricionários”, contanto que se reconheça a deficiência conceitual da expressão. Quando se afirma que os atos discricionários escapam à revisão do poder discricionário, o que se quer dizer é que o poder discricionário está imune à revisão jurisdicional (...) Está bem claro que o poder discricionário é o que se move em uma zona livre, isto é, não vinculada pela legislação. Pouco importa, para se conceituar o poder discricionário, a extensão dessa zona livre, desde que nessa zona livre, a critério da Administração, se pudesse sobrepor outro critério, a saber, o do Judiciário” (STF – Ext 1.085, Min. Carmem Lúcia, pp.234-235).

à juridicidade. Conforme expõe Thomás-Ramón, “corresponde precisamente a los Tribunales controlar la legalidade de la actuación administrativa, término el de ‘legalidad’ que debe entenderse aqui como sinónimo del de ‘judicidat’. Isto porque, a própria Constituição Espanhola em seu artigo 103 exige que “la Administración actúe ‘con sometimento pleno a la Ley y al Derecho’” (FERNÁNDEZ, 2006:176).

Di Pietro ensina que a Administração Pública não está sobre o fundamento da lei em sentido estrito. Antes, está submetida “a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem estar e justiça” (DI PIETRO, 2012:38-43). Ao desenvolver a temática, a autora afirma que constitucionalização do direito administrativo alterou a estrutura do princípio da legalidade e também por consequência, a compreensão da discricionariedade, exigindo uma nova orientação da atuação dos três Poderes do Estado. “Com a ampliação do princípio da legalidade, a consequência inevitável foi redução da discricionariedade administrativa”, visto que há uma relação proporcionalmente inversa entre a legalidade e a discricionariedade (DI PIETRO, 2012:38-43). Não que se trate da superação da legalidade, pois, esta continua a ser parâmetro da atividade administrativa. O que há é uma ampliação de sua concepção para entendê-la como juridicidade, onde as escolhas da Administração terão que estar em conformidade também com os princípios e valores constitucionais⁶⁹.

Assim, a demarcação da zona de certeza negativa x zona de certeza positiva, antes feita pela trena da legalidade, agora será aferida pela juridicidade da atividade administrativa. Será através do grau de satisfação dos princípios e valores constitucionais que identificará o nível da sindicância jurisdicional do exercício do Poder Discricionário⁷⁰. Desse modo, quanto

⁶⁹ “Vem se afirmando na doutrina e na jurisprudência mais modernas como uma nova concepção (não uma superação) do princípio da legalidade, a juridicidade costuma ser referida como a submissão dos atos estatais a um padrão amplo e englobante de legalidade, cujos critérios não seriam apenas a lei estrita, mas também os princípios gerais do Direito e sobretudo, os princípios, objetivos e valores constitucionais. É a visão de que a Administração Pública não deve obedecer apenas à lei, mas ao Direito como um todo. Trata-se, na verdade, de uma expressão ampliada do princípio da legalidade, consequência de uma visão neoconstitucionalista do Direito, onde os princípios jurídicos, as finalidades públicas e os valores e direitos constituem, juntamente com as regras constitucionais e legais o “bloco de legalidade” que, ao mesmo tempo, legitima e impõe limites à ação administrativa (...) O princípio da juridicidade nada mais é do que o princípio da legalidade entendido substancialmente, não se tendo em consideração apenas esta ou aquela regra legal específica, mas o ordenamento jurídico como um todo” (ARAGÃO, 2012:57-58).

⁷⁰ “Essa ideia foi divulgada na Alemanha, tendo evoluído para a concepção de que o conceito apresentaria uma *zona de certeza positiva* (o que é certo que ele é), dentro do qual não existe dúvida acerca da utilização da palavra ou expressão que o designa, e uma *zona de certeza negativa* (o que é certo que ele *não é*), em que, igualmente, inexistiria dúvida acerca de sua utilização, só que para excluir sua incidência (...) O parâmetro para se verificar se a interpretação e a aplicação dadas foram sustentáveis é construído a partir de circunstâncias fáticas do caso concreto em cotejo com os princípios constitucionais e legais da Administração Pública (...) É

maior o grau de certeza positiva, ou de certeza negativa, maior será a ingerência da tutela jurisdicional para comprovar a sustentabilidade da ação administrativa. Não é pretensão deste trabalho e nem seu foco exaurir o atual conceito da nova legalidade administrativa ou de sua juridicidade, mas, somente pontuar como a ampliação da concepção do “princípio da legalidade” fez ampliar a controle judicial do exercício do poder discricionário.

A partir da constitucionalização do direito administrativo, inicia-se essa fase de maior tangibilidade dos atos administrativos discricionários pelo judiciário, na busca de estabelecer um maior controle da liberdade de escolha da Administração. Desse modo, o mérito administrativo passa a ser sindicável devido à sua vinculação à ordem jurídica como um todo. A conformação do conteúdo da atividade discricionária passa estar diretamente vinculada aos “princípios constitucionais gerais, como o da igualdade, o do Estado de direito, o da proporcionalidade, e, ainda, os princípios setoriais da Administração Pública, consagrados na cabeça do art. 37 da Constituição Federal de 1988” (BINENBOJM, 2008:209).

Assim, nos casos concretos o poder Judiciário opera a sindicância dos atos discricionários, lançando mão de novos mecanismos argumentativos para ter um maior controle sobre o exercício do poder discricionário pelo parâmetro da juridicidade. Se é clara a margem de atuação do Judiciário pela definição das zonas de certeza positiva ou negativa, o problema estaria na construção argumentativa para o controle da zona intermediária, para vincular da discricionariedade ao Direito. Ocorre que, para isso não bastou a teoria dos requisitos de validade dos atos administrativos, pois, como visto, a legalidade estrita tornava-se uma barreira ao próprio controle de legalidade, que não teria como aferir a legitimidade dos requisitos não vinculados. Então, a vinculação direta da atividade administrativa aos princípios constitucionais passou a ser catalisador do desenvolvimento do controle de juridicidade da atividade administrativa.

No que toca à vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais, tem-se quase por inquestionável o controle dos atos discricionários pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que, mesmo sendo implícitos na Constituição, são parâmetros utilizados para avaliação da atividade estatal. Assim, nos casos

interessante notar como os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade ajudaram ao aplicador do direito a desenhar a linha demarcatória da zona de certeza negativa” (BINENBOJM, 2008:222-224).

concretos o Poder Judiciário opera a sindicância dos atos discricionários, vinculando-os diretamente aos princípios constitucionais, para que a conveniência e oportunidade possam ser controladas mais rigidamente. E o argumento é que o mérito, em muitas situações, serve de obstáculo à revisão judicial, de maneira que “a possibilidade de revisão judicial dos atos viciados, quer por excesso ou mau uso da competência legal”, não pode ser limitada senão ao interesse de quem movimenta a jurisdição (HENTZ, 1998:82).

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, Germana Moraes argumenta que a discricionariedade será viciada e, portanto, sujeita à revisão judicial quando o conteúdo do ato ou o processo decisório não guardarem compatibilidade com os princípios gerais do Direito e com princípios constitucionais da Administração ou quando violarem direitos constitucionalmente sagrados fundamentais (MORAES, 1999:159).

Ao tratar da vinculação dos atos administrativos diretamente aos princípios, Binembojm adverte que não seria uma simples e total ingerência no mérito administrativo. O que ocorreria é o estreitamento do seu âmbito, diminuindo as possibilidades de escolha convenientes e oportunas do administrador, através da verificação da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência. E o que exasperasse esses critérios não seria tido como mérito. “Em outras palavras, não há conveniência e oportunidade possível fora dos limites estabelecidos pela proporcionalidade” (BINENBOJM, 2008:210). Isto porque, sendo portadores de valores a serem concretizados, os princípios cumprem o papel de orientar seguramente a Administração para atingir resultados “duplamente qualificados: como eficientes e legítimos”. (MOREIRA NETO, 2008:93)

Desse modo, não haveria um núcleo de atuação ou de decisão Executivo que seria intangível, pois, pela análise dos princípios constitucionais gerais e específicos da Administração, o Poder Judiciário poderá invalidar o ato ou o substituir. Após a análise do caso concreto, essa sindicância estreitaria de tal forma o âmbito de decisão da Administração que não restaria a esta outra decisão que não a indicada pelo Judiciário. A discricionariedade chegaria, então, ao ponto de ser reduzida a zero (BINENBOJM, 2008:232-236), pois a

sindicância jurisdicional sobre o mérito “deve ir até o ponto em que remanesce dúvida ineliminável” (FIGUEIREDO, 2008:232).

Nesse sentido, Germana Moraes explica que, em determinadas situações no caso concreto, as circunstâncias de fato e de direito eliminariam a possibilidade de escolha do administrador, de maneira que haveria somente uma única solução juridicamente possível. Isto porque as condicionantes fáticas do caso concreto, bem como os limites jurídicos ao “exercício da discricionariedade poderão, na análise de cada caso, conduzir à conclusão de que uma das opções foi tomada sem levar em conta as peculiaridades da situação ou fora desses limites jurídicos”. Entretanto, esta autora ressalva que, mesmo nesses casos, não haveria substituição da decisão discricionária, ocorrendo tão somente a exclusão das possibilidades de escolha que, no caso concreto, apresentariam algum vício de discricionariedade (MORAES, 1999:164-165).

Thomás-Ramón Fernández, no mesmo sentido, argumenta que a discricionariedade pode ser reduzida e “incluso, eliminarse en marco de um litigio concreto, en la medida misma en que se reduza o desaparezca esa pluralidad teórica de soluciones posibles que la norma en cuestión en principio admite” (FERNÁNDEZ, 2006:181). Malgrado essa hipótese ser inicialmente apresentada como uma exceção, vez que o indicado seria tão somente o estreitamento do mérito, a mitigação do mérito administrativo ou sua captura pela sindicância judicial, através aplicação da jurisprudência dos princípios⁷¹, sem um critério legitimador, parece não atentar para os riscos que essa construção argumentativa traz para a estabilidade das instituições políticas.

Neste sentido, avaliar se um ato administrativo vinculado contrariou o ordenamento jurídico é uma questão de simples verificação de sua compatibilidade à regra estabelecida. O “hard case” estaria na avaliação de um ato, omissivo ou comissivo, para sindicá-lo justamente os aspectos não estipulados pela norma, diante de eventual alegação de prejuízo. Ou seja, em

⁷¹ Acerca da Jurisprudência dos princípios, Paulo Bonavides conclui que “a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivista com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera já jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo este desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios” (BONAVIDES, 2002:265).

se tratando de revisão judicial da atividade administrativa, o caso difícil é aquele em que se faz necessário estipular quais os argumentos ou as razões para revisão do resultado de uma decisão pautada pela conveniência e oportunidade do Administrador. Isto porque, em tese, a interferência na competência política da Administração colocaria em jogo a estabilidade das instituições políticas⁷².

Como dito anteriormente, até então havia um dogma da intangibilidade do mérito administrativo. Contudo, diante da doutrina da efetividade dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar uma posição mais proativa com fito de garantir o cumprimento efetivo de normas programáticas, principalmente as relacionadas aos direitos sociais à saúde e à educação. Para tanto, o Supremo Tribunal Federal, seguido de todo o Judiciário, se apegou aos aspectos maximizadores da teoria dos princípios, explorando as vertentes do princípio da proporcionalidade para enquadrar, dentro de uma zona de plena sindicância pelo judiciário, a decisão fruto do exercício do poder discricionário da administração, e até mesmo do legislativo.

Porém, ainda assim não haveria a substituição judicial da ponderação administrativa no controle de juridicidade dos atos discricionários. Isto porque, o que o Judiciário faria é verificar se a Administração pública, ao ponderar os pressupostos de fato e de direito, guiou-se pelos parâmetros ditados “pelos princípios da publicidade, da impessoalidade (vertentes da igualdade e da imparcialidade) da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência” (MORAES 1999:153).

Assim, Germana Moraes propõe como método para o controle da juridicidade da atividade discricionária: “1º) extrair do sistema constitucional os critérios de controle jurisdicional; 2º) fixar, à luz dos princípios constitucionais, as fronteiras da sindicabilidade judicial da atividade administrativa não vinculada; 3º) ditar as consequências de sua atuação revisora”. Em continuação, esta autora sustenta que, em regra, o resultado do controle importa

⁷² Odete Medauar pontua que, “em geral, o posicionamento a favor de um controle jurisdicional restrito vincula-se à preocupação quanto ao advento do chamado governo de juizes, também denominado absolutismo jurisdicional, Estado jurisdicional ou fuga para o terceiro poder, em que os tribunais seriam substitutos da discricionariedade dos agentes administrativos”. Todavia, na conclusão quanto os parâmetros de controle da discricionariedade, esta autora pontua que “a ampliação do controle jurisdicional não há de levar à substituição do administrador pelo juiz; culminará com a anulação de atos, a obrigação de fazer, abstenção de agir, a reparação de danos, etc” (MEDAUAR, 2002:85-87). Assim Cintra argumenta que os problema acerca dos “limites do controle dos fatos não passa, no fundo, do resultado da auto-restrição do Poder Judiciário, cujas fronteiras são um tanto fugidias e incertas, uma vez que são traçadas à vista de cada caso concreto e não formuladas de uma maneira sistemática” (CINTRA, 1979:180).

da anulação do ato feito. Todavia, em casos excepcionais, como os que envolvam, por exemplo, a aplicação “do princípio da igualdade, de natureza material, quando se equipara um caso a outros idênticos, têm a virtualidade de apontar qual solução o órgão administrativo deva adotar no caso concreto⁷³” (MORAES 1999:153-156).

O princípio da proporcionalidade comumente é utilizado como argumento para frear atuação de determinado poder, seja do Executivo, na revisão de seus atos, seja do Legislativo, no controle de constitucionalidade. Neste fim, tratando-se de atos administrativos discricionários comissivos, a proporcionalidade é o princípio maximizado para suplantar a regra que destinava a competência da decisão ao Executivo, permitindo ao Judiciário extirpar o que ultrapassasse seus parâmetros. Isto é a proporcionalidade em sua vertente de vedação do excesso, como fundamento de revisão da conveniência e oportunidade. Desse modo, o Poder Judiciário, lançando mão desse princípio, passou a realizar um juízo mais amplo da revisão dos atos administrativos discricionários, estruturando um controle de juridicidade desses atos. O ato era legal, pois conforme à regra em seus elementos vinculados, porém antijurídico, eis que incompatível com os ditames do Estado democrático de direito.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, utilizando argumentos sofisticados e sob o manto da efetivação dos direitos fundamentais, passa agora a explorar uma segunda vertente do princípio da proporcionalidade, qual seja, o da vedação da proteção insuficiente. Segundo a qual, seriam também sindicáveis os atos omissivos e os que não alcançaram uma suficiência ótima, por 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 da atividade administrativa discricionária.

⁷³ Germana de Oliveira Moraes, ainda apresentando exceções à decretação de invalidação do ato no controle judicial da discricionariedade administrativa, sustenta que: “a determinação judicial de substituição do ato anulado também poderá suceder, muito embora com raridade, quando se trata do exercício da denominada discricionariedade de efeitos – da discricionariedade de decisão e da discricionariedade de escolha (optativa e criativa) (...) Se o juiz concluir que a alternativa de não agir representa ofensa aos direitos fundamentais ou preterição dos princípios gerais de Direito, infere-se que somente serão assegurados os direitos fundamentais e respeitados esses princípios se a conduta da Administração for positiva”. Entretanto, mesmo nesses casos a autora adverte que tão atitude deverá ser parcimoniosa, pois, “o juiz nem sempre poderá dizer exatamente como a autoridade administrativa deverá agir” (MORAES 1999:106)

3.3 Do controle efetivo controle de juridicidade da atividade discricionária: o paradigma do resultado

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 busca uma afirmação democrática político-institucional do Supremo Tribunal Federal. Segundo seus argumentos, apesar de não ser legitimada eleitoralmente, o Judiciário possui legitimidade constitucional normativa. Por representar o povo argumentativamente, o Supremo Tribunal Federal se tornaria uma verdadeira casa do Povo, oportunizando um espaço plural de discussão de valores políticos, éticos e religiosos. Na sequência, o Ministro argumentou 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 da representação democrática argumentativa, introduziu um argumento que reposiciona o Supremo Tribunal Federal no desenho institucional da República Federativa do Brasil: o princípio da proporcionalidade, não como proibição do excesso, mas sim como proibição da proteção deficiente⁷⁴.

⁷⁴ E sob o fundamento de vertente do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção insuficiente, foi a ADI foi parcialmente procedente, declarando a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, para realizar uma interpretação conforme aditiva, estabelecendo condicionantes à implementação normativa. Transcreve-se aqui trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes que, pontualmente, leciona sobre a proporcionalidade como vedação da proteção insuficiente: “Como é sabido os direitos fundamentais se caracterizam não apenas por seus aspectos subjetivo, mas também por uma feição objetiva que os tornam verdadeiros mandatos normativos direcionados aos Estados. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*). A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de confirmação. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização. A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar o entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros. Essa interpretação da Corte Constitucional empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de “*adversário*” para uma função de guardião desses direitos. É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica. Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever desde de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta; b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que

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 insuficiente⁷⁵. Como reação, o Supremo Tribunal Federal volta-se para sanar essa omissão para trazer verdadeiras diretrizes normativas vinculativas “erga omnes”, legislando por um processo hermenêutico⁷⁶.

E é justamente na teoria dos princípios que o Supremo Tribunal Federal se apega para conceber que, nestes casos, o direito somente apresentaria uma resposta correta. Disseminando esse posicionamento, no caso da sindicância da conveniência e oportunidade

impe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico. Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Uberschussverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (*Canaris*) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. (ADI 3.510/DF, pp. 607-610)

⁷⁵ Igualmente, Luiz Henrique Cademartori ensina que a proporcionalidade possui uma vertente de proibição da proteção insuficiente e argumenta que: “tanto a razoabilidade como a proporcionalidade são padrões não somente limitadores, como também de modulação das liberdades individuais e direitos coletivos ou ainda difusos, enfim, os direitos fundamentais em toda a sua diversidade” (CADEMARTORI, 2007:126).

⁷⁶ “O Supremo Tribunal Federal, quase sempre é imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de ‘self-restraint’ ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva de lei. Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador. No recente julgamento conjunto das ADIn 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/94), acabou adicionando-lhe novo conteúdo normativo, convalidando a decisão em verdadeira interpretação corretiva de lei. Em vários outros casos mais antigos, também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos (...) Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF n.º 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso do feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto. Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vestuto dogma de legislador negativo e se alie a mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. Assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional”. (ADI 3.510/DF, Min. Gilmar Mendes, pp. 626-629)

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 a desequilibrar estas 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. Se a conveniência e oportunidade estavam imunes ao controle judicial, com o mandamento de otimização de vedação da proibição 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.

Com essa mesma ideia, e baseando-se no fundamento principiológico, Juarez Freitas conclama a um novo posicionamento do Judiciário no controle dos atos discricionários. Este autor argumenta não mais existir discricção pura ou não-controlável pelo judiciário em face da vinculação à totalidade dos princípios constitucionais. Entretanto, ressalta que não se trata de sindicatar o mérito para substituir as escolhas do administrador, mas sim de aferir a “conformidade jurídica de tudo que for julgado oportuno pela Administração”, para constatar se o exercício deste poder alcançou o interesse geral.

Assim, para que a atividade administrativa discricionária resista ao controle judicial, ela terá que alcançar a concreção do interesse público. Ela terá que se estruturar sobre a “base do sistema de princípios, normas e valores” da ordem democrática constitucional. Portanto, “o Direito Administrativo há de ser concebido como o sistema de normas, princípios e valores que regem as relações internas e externas da Administração Pública”, sendo esta a compreensão da atividade discricionária legítima e juridicizada (FREITAS, 1997:83;96-97). Então, a atividade discricionária, pelo panorama da juridicidade, submete-se à ampla sindicabilidade, tendo o administrado um direito público subjetivo de perseguir o esgotamento de todas as potencialidades de controle judicial da atividade discricionária da Administração (OLIVEIRA, 2006:357-358).

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo aponta para uma virada no controle judicial da discricionariedade administrativa, a partir do paradigma da juridicidade do resultado. A concepção de juridicidade do resultado administrativo 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, o que legitimará a atividade como

democrática será a eficiência dos resultados práticos produzidos por esta atuação. Se o poder discricionário possui um caráter funcional, ela 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 tem como primado a “eficiência na condução dos interesses públicos (...) mandamento constitucionalmente inafastável, de modo que o devido processo legal, por meio do qual se realiza a gestão pública”, exige a produção de resultados efetivos. Ela 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 e que assim serão legitimados pela eficiência (MOREIRA NETO, 2008:126-136).

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 dos 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 a de juridicidade do resultado.

E, assim, esta autora sustenta que o que merece atenção especial é o “desvalor do objeto da conduta”, que é o resultado imediato produzido pelo comportamento do agente, ou seja, o “dano injusto”. 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 (PINTO, 2008:53;117-120).

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.

Desse modo, 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 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.

Desse modo, a aferição concreta dos motivos que determinaram a atividade administrativa, assume um papel determinante neste novo posicionamento do controle de juridicidade atividade administrativa pela vinculação direta aos princípios. Resta agora encontrar quais os mecanismos constitucionalmente previstos que viabilizam a sociedade avaliar a juridicidade da atividade administrativa discricionária.

4. DO CONTROLE SOCIAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA

4.1 Da “accountability”

Ao inaugurar o estudo da “accountability” no Brasil em 1990, Anna Maria Campos, buscando um significado para esta expressão, relacionou-a a um direito dos cidadãos de obterem uma conduta proba, eficiente e responsiva da Administração Pública. Seria uma obrigação de prestar contas aos cidadãos pelo exercício da função pública. E que impõe à Administração o dever prestar ampla informação e pronta resposta aos questionamentos feitos pelos cidadãos, esclarecendo o que, o como e o porquê de sua atuação.

Segundo a autora, essa obrigação de dá satisfação aos cidadãos decorre diretamente dos valores democráticos de igualdade, dignidade humana, participação e representatividade, sendo mais responsivo o governo quanto maior o estágio democrático do Estado de Direito. Portanto, torna-se premente a necessidade do aparelhamento do Estado para a proteção dos cidadãos contra os abusos no exercício da função pública. Isto porque, a existência de controle efetivo e de sanções em caso de falhas reforçam o ideal democrático do governo pelo povo, ao passo que minimiza os riscos potenciais da máquina burocrática (CAMPOS, 1990:33-34).

Segundo, Adrian Lavallo e Graziela Castello, a “accountability” supõe a obrigação de prestar contas, implica a possibilidade de sanção e compõe um subconjunto do repertório de práticas de controle interinstitucional e social” (LAVALLE e CASTELLO, 2008:68). A “accountability” pressupõe que uma ordem política democrática é consolidada e legitimada conforme o nível de responsabilização dos governantes (FILGUEIRAS, 2011:03). Ela expressa ideias de mecanismos de controle democrático dos representantes pelos cidadãos, obrigando os agentes públicos a responderem por suas atuações em instâncias internas ou externas (CUBAS, 2010:76).

O exercício da “accountability”, então, apresentaria sua completude na conversão de duas fases distintas. A primeira ocorreria no momento em que a Administração informaria aos

cidadãos suas decisões, apresentando as razões e as circunstâncias, e prestando os esclarecimentos requeridos. Já a segunda fase ocorreria no momento da punição efetiva do comportamento desviante, ou seja, operando-se uma sanção sobre a desaprovação.

Nesse sentido José Antônio Gomes de Pinho e Ana Rita Sacramento explicam que a “accountability” se divide cronologicamente em dois momentos distintos e complementares, denominados de “answerability” (informação e justificação) e de “enforcement” (punição). Estes autores reforçam a necessidade da junção desses dois momentos distintos para que o processo de “accountability” se concretize. Eles afirmam que ela “nasce com a assunção por uma pessoa da responsabilidade delegada por outra, da qual se exige a prestação de contas, sendo que a análise dessas contas pode levar à responsabilização” (PINHO e SACRAMENTO, 2009:1349-1350). Com essa ideia, Jorge Vieira confirma esse caráter bidimensional da “accountability”, dispondo que “o mecanismo ostenta uma bidimensionalidade por representar, de uma parte, uma capacidade de resposta e, de outra, uma possibilidade de punição”, além de assumir o caráter de avaliação retrospectiva (VIEIRA, 2005:621).

Guillermo O’Donnell sistematiza a “accountability” duas modalidades: vertical e horizontal. A “accountability” vertical estaria subdividido em duas modalidades - o eleitoral e o social, afirmando que “são ações realizadas, individualmente ou por algum tipo de ação organizada ou coletiva, com referência àqueles que ocupam posições em instituições do Estado, eleitos ou não” (O’DONNELL, 1998:28). A “accountability” vertical eleitoral seria aquela operada diretamente dos cidadãos para o Estado, definindo no processo eleitoral a possibilidade efetiva de permitir a recondução ou a renovação do governo. Ela se realizaria pelo exame popular retrospectivo sobre as condutas dos representantes dos anos antecedentes.

No Brasil, essa modalidade encontra fundamento nos dos pressupostos pétreos da democracia constitucional brasileira. Segundo dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil, o poder soberano é exercido por representantes eleitos (parágrafo único, art. 1º), diretamente pelo povo (art. 14), e de forma periódica (art. 60, II). É sacramentada de forma inalterável a periodicidade e a possibilidade de alternância no poder, estando no povo a possibilidade de punir os representantes não responsivos pelo poder do voto. As eleições funcionariam, assim, como um “accountability” retrospectivo, por responsabilizar os maus governantes com a não recondução ao mandato. Também teriam um caráter pedagógico,

prospectando uma gestão mais séria ao representante eleito pela lição dada ao governo deposto nas urnas.

É importante destacar que muitas são as críticas acerca da efetividade da “accountability” vertical eleitoral. Isto devido a dependência do nível de politização dos cidadãos, ao acesso às informações sobre a última gestão, à necessidade uma renda mínima aos cidadãos para evitar dependência política pelo medo de corte dos programas assistencialistas do governo, além da qualidade e da independência dos veículos de imprensa. Paulo Bonavides nos idos de 1950 já chamava atenção para os riscos déficit de politização da massa eleitoral e argumentava que o principal problema em um Estado Social Democrático seria o desvirtuamento do poder e a perversão da massa eleitoral. Segundo este autor, a insuficiente educação política e a carência econômica tornam os eleitores manipuláveis, fazendo-os instrumentos de legitimação política de grupos financeiros. Isto gera o risco de que “na miséria social seja forjada uma democracia governada em piores condições da que prevalecia no liberalismo, onde os privilégios políticos corrompem o Estado Social da democracia das massas⁷⁷” (BONAVIDES, 2004:203-204).

Já “acoutability” vertical denominada de social, dar-se-ia não pelo processo eleitoral. Esta sub-modalidade ocorreria pela manifestação da sociedade civil organizada, coletivamente ou não. Ela ocorreria por outros meios que não as eleições. Na “accountability” vertical social a sociedade faz pressão e exige a conformação da atuação governamental aos padrões e valores sociais de moralidade, eficiência, qualidade, probidade, dentre outros. São ações que objetivam apontar as irregularidades dos governos e propor novas questões, influenciando nas decisões políticas a serem tomadas pela Administração.

⁷⁷ Acerca dos problemas que envolvem a “accountability” vertical eleitoral, Jorge Vieira arremata que “a conclusão é inequívoca, ou seja, a eleição é um processo controlado pelos políticos e ratificado pelos eleitores. Além disso, esses autores destacam a presença de limitações constitucionais impeditivas às reeleições, resultando na impossibilidade de recondução ao cargo do governante com bom desempenho econômico, no presidencialismo, ou, ainda, no parlamentarismo, na atuação de um primeiro-ministro que não foi eleito, mas, sim, escolhido entre companheiros de facção” (VIEIRA, 2005:615). Ainda sobre a separação entre representantes e representados, Andrew Arato afirma que “quanto maior for o número de indivíduos econômica e socialmente frágeis incluídos nas eleições, maior será a diferença de poder entre os eleitores e o corpo dos representantes, entre os “dois corpos do povo” como se diz. A questão não é simplesmente que a eleição enquanto tal é um princípio de distinção, mas sim que um eleitorado sem educação formal, relativamente pobre e trabalhador tem muito mais dificuldades de observar, criticar e controlar os representantes eleitos do que os estratos sociais mais privilegiados de regimes representativos pré-democráticos” (ARATO, 2002:87) .

A “accountability” social advém de uma insatisfação imediata, onde a sociedade não está disposta a aguardar o processo eleitoral para manifestar sua vontade⁷⁸. Segundo Andrew Arato, o papel da sociedade civil organizada, enquanto substrato organizacional dos grupos, associações e movimentos sociais, é extremamente importante para a generalização da comunicação e para a influência política. Dessa maneira, “a esfera pública e a sociedade civil devem completar e complementar, ao invés de substituir, os processos de ‘accountability’ dirigidos à representação” (ARATO, 2002: 95-96).

Conduto, Jorge Vieira chama a atenção para o fato de que os mecanismos de responsabilização só poderiam ser formulados, na perspectiva da busca dos direitos e da legalidade, atrelados ao surgimento de canais institucionalizados de interlocução entre Estado e sociedade. E, por estas questões o sucesso da “accountability” social dependeria da sensibilidade política dos governantes em viabilizarem na estrutura burocrática esse espaço de debate. Desse modo, o autor sintetiza essas dificuldades pontuando que, acerca da “accountability” societal, tem-se que esse subtipo é dependente de uma permeabilidade do Estado, de uma parte, bem como de uma dificuldade de operacionalidade nas instâncias de interação Estado e sociedade, de outra” (VIEIRA, 2005:619). No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo sustenta que “sem instituições que admitam a participação, o interesse pela política não alcançará o Estado, terá pouca ou nenhuma eficiência”, visto que “a mera atitude participativa sem a institucionalização de formas de participação é motivo de frustrações e indignações” (MOREIRA NETO, 1991:73).

A segunda modalidade de “accountability”, segundo Guillermo O’Donnel, seria o “accountability, o horizontal. Ela ocorreria por uma estrutura burocrática de agências estatais, com competência para controlar, corrigir e co-reger a máquina administrativa, bem como para punir os desvios. A “accountability” horizontal também se daria por controle dos tribunais ou de instâncias institucionalizadas paralelas que exerceriam a função contrapesar a atividade administrativa. Ou seja, o controle do governo ocorreria por mecanismos internos, como controladorias internas, ouvidorias, comissões sindicantes e procuradorias, todas exercendo uma permanente auto-tutela do Governo. E, também se daria pelo controle externo por órgãos

⁷⁸ Sobre a imediatidade da reação da “accountability” pela sociedade civil organizada, Andrew Arato argumenta que ela é capaz de “responder rapidamente à opinião pública, testar as conseqüências do abandono de certos programas e promessas, reverter o curso da ação quando necessário, e tentar persuadir o público através de palavras e atos. Nesta interação, os setores do eleitorado que se preocupam com determinados temas conseguem influenciar de modo antecipado e prospectivo o curso político. Através da sociedade civil e da esfera pública a democracia recupera parte do seu caráter participativo que havia se perdido” (ARATO, 2002:97).

e instâncias integrantes do aparelho burocrático Estatal ou por órgãos paralelos, como pelos tribunais de contas, pela atividade fiscalizatória e persecutória parlamentar, pelo ministério público, e pelo controle judicial da atividade administrativa.

Igualmente, à modalidade vertical, a “accountability” horizontal encontra inúmeras dificuldades de efetivação. Isto porque, os interesses políticos “interna corporis” poderiam capturar os órgãos internos de controle, manipulando e conduzindo a fiscalização segundo a conveniência da situação. O Estado, então, poderia filtrar as informações e assim exercer um controle seletivo sobre sua atividade. O Estado teria influência suficiente para capturar a independência dos agentes internos que estão submetidos a uma hierarquia administrativa, havendo uma parcialidade no controle. Interessante observar que Kelsen, ao tratar do controle de constitucionalidade, observou como princípio lógico-jurídico do controle, que o poder de controlar não pode estar nas mãos de quem deve ser controlado. Ou seja, para que haja um verdadeiro controle é necessário que haja instâncias distintas em poderes distintos. Além do mais, mesmo o controle externo encontra problemas, a depender do desenho instituição do Estado permitir ou não uma efetiva ingerência de um órgão independente em outro, para fiscalizá-lo e recolocá-lo dentro dos parâmetros constitucionais previstos para o exercício de sua respectiva competência.

Tendo essas observações em vista, Guillermo O’Donnell salienta que, malgrado a existência de uma “accountability” vertical identificar o traço democrático no Estado, “a insatisfação popular não necessariamente desencadeia processos públicos apropriados, mesmo se a legislação existente os requer”. Isto porque, por exemplo, os mecanismos de veiculação de notícias podem ser cooptados a direcionar as matérias, de modo a não externar a realidade dos fatos, ou o baixo nível de politização pode permitir a recondução de corruptos ao governo (O’DONNELL, 1998:30-33).

E, embora a extrema importância para a democracia, O’Donnell sustenta que a “accountability” vertical necessita desenvolver outras modalidades de controle, sendo certo que se complementa pelo fortalecimento e aparelhamento das instituições que realizam a “accountability” horizontal (O’DONNELL, 1998:29-30). Assim, Adiran Lavalle e Graziela Castelo sustentam que a “accountability” social seria de grande relevância para o desenvolvimento da teoria democrática e para o futuro das inovações da democracia participativa (LAVALLE e CASTELLO, 2008:68). Ainda em sintonia, Vieira destaca que os

mecanismos de “accountability” são de suma importância para o aprofundamento do processo democrático (VIEIRA, 2005:610).

Neste sentido, a Anna Maria Campos observa que, apesar da importância de mecanismos internos de controle da atividade estatal, eles por si só não são suficientes na garantia de uma Administração com padrões normativos de um governo democrático. Uma *accountability*, por meio apenas de estruturas internas à Administração, seria muito limitado, visto que estaria mais propenso a atender os interesses de um grupo minoritário que detém o poder. Além do que não haveria garantias de que os responsáveis por este controle fariam uma nítida leitura da visão que os cidadãos têm da Administração⁷⁹. Assim, ela sustenta o verdadeiro controle do governo só ocorreria de forma efetiva se suas ações fossem fiscalizadas pelos cidadãos, porque a própria Administração não seria capaz de se autofiscalizar com isenção (CAMPOS, 1990:33-35).

Após, identificar que o verdadeiro “accountability” deve ser exercido pelos cidadãos em face do Governo, esta autora argumenta que o grau de eficiência da prestação de contas dos representantes por seus atos dependerá no nível de organização da sociedade civil. O ideal é 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, fortalecer sua malha institucional, organizando-se no desenvolvimento do exercício do controle sobre o governo⁸⁰.

Partindo dessas premissas, a autora apresenta como pressupostos da “accountability” o desenvolvimento de uma consciência popular acerca da democracia participativa e a estruturação de instituições na sociedade que favoreçam o exercício da cidadania. Assim, Anna Maria Campos afirma incisivamente que “a cidadania organizada pode influenciar não

⁷⁹ Com este foco a autora observa que “a economia de recursos públicos, a eficiência e a honestidade requerem atenção especial, mas há outros padrões de desempenho que merecem consideração: qualidade dos serviços; maneira como tais serviços são prestados; justiça na distribuição de benefícios, como também na distribuição dos custos econômicos, sociais e políticos dos serviços e bens produzidos; grau de adequação dos resultados dos programas às necessidades das clientelas. Esses padrões da *accountability* governamental não são garantidos pelos controles burocráticos” (CAMPOS, 1990:35).

⁸⁰ E, acerca na necessidade dessa fiscalização permanente, Luis Ortiz Sandoval argumenta que “la rendición de cuentas a la ciudadanía como un proceso permanente que promueva de manera fácil y transparente la interlocución y evaluación de la gestión pública de acuerdo con los múltiples intereses sociales, es un derecho en el que se sustenta el adecuado funcionamiento de la democracia, que garantiza el principio de transparencia del proceso y, al mismo tiempo, verifica la efectividad, eficiencia y ecuanimidad de la acción pública (SANDOVAL, 2012:03)

apenas o processo de identificação de necessidades e canalização de demandas, como também cobrar melhor desempenho do serviço público. Este parece ser o caminho para a ‘accountability’⁸¹” (CAMPOS, 1990:36).

Por essas ideias o Poder Judiciário seria fundamental para a concreção do controle social da Administração Pública, pois seria um instrumento efetivo de conformação e punição da atividade administrativa discricionária desviante dos valores democráticos republicanos. Todavia, para isso é imprescindível, conforme sustenta Eli Diniz, o aparelhamento e o desenvolvimento de mecanismos que favoreçam a transparência e a prestação de contas. Estes são fundamentais para a aproximação da sociedade civil e os instrumentos de controle social, sendo certo que o fortalecimento dos mecanismos de controle externo, são fundamentais para a aproximação entre a sociedade civil e a cultura fiscalizatória por uma Administração mais responsiva (DINIZ: 1998:40-46).

4.2 Do Controle Social da atividade administrativa discricionária

Segundo Diogo de Figueiredo, o poder social mostra-se pela superação do sentimento individual egoísta, e impõe-se como instrumento social de vocação meta-individual. O poder social estaria apto a recuperar o verdadeiro significado de democracia, que se dá pela efetiva participação social no permanente controle do poder, superando-se a concepção de democracia como um mero “cumprimento de um ritualismo eleitoral”. Para este autor, democracia significa a participação efetiva em todas as fases do ciclo do poder⁸², não podendo sua compreensão está contida somente no processo eleitoral. A democracia coloca o

⁸¹ Mais à frente a Anna Maria Campos sustenta que “as possibilidades de tornar a administração pública amena a controle políticos, como se viu, vão depender de reversão do padrão de tutela que tem caracterizado o relacionamento entre governo e sociedade. Tais possibilidades estão relacionadas: às chances de que os cidadãos brasileiros - até aqui politicamente adormecidos - despertem e se organizem para exercer o controle político do governo; às chances de que o aparato governamental, conformado ao passado de autoritarismo e centralismo, seja remodelado, tomando-se descentralizado e transparente para os cidadãos; às chances de que valores tradicionais, que têm apoiado o "formalismo democrático", sejam substituídos por valores sociais emergentes” (CAMPOS, 1990:48).

⁸² Segundo o autor o ciclo do poder “começa pela ‘destinação do poder’, passa por sua ‘atribuição’, pelo seu ‘exercício’, pela sua ‘distribuição’ e por sua ‘contenção’, até chegar ao seu último aspecto, a ‘detenção’”. Desse modo conclui que “situar a democracia apenas nesse momento – detenção – tornou-se, no mínimo, uma mutilação de um conceito integral de democracia, e em muitos casos, sua contrafação” (MOREIRA NETO, 1991:69).

homem como fonte e finalidade do poder, razão pela qual se faz necessário o aumento da participação dos cidadãos na formação, no exercício, na fiscalização e no controle da vontade política (MOREIRA NETO, 1991:67-73).

O ideal do Controle Social tem fundamento no Estado Democrático de Direito em que todo poder provem do povo e é exercido para o povo. Refere-se tanto ao dever da Administração Pública prestar contas à sociedade, quanto ao direito dos cidadãos de controlá-la, pois, os poderes constituídos funcionam como meros mandatários e, como tais, devem prestar contas ao titular pelas funções que exercem. Nesse sentido, Phillip França expõe que o controle da Administração Pública tem por objetivo verificar a legitimidade da atuação pública. Esse controle implica num “poder-dever estruturado sobre a ideia de tutela, cuidado e salvaguarda da ordem jurídica”. Pelo controle a Administração tem o dever jurídico de prestar contas de sua atividade, bem como de responder por seus atos. O controle social “significa, então, pedir conta (controlar) por uma parte e responder (ser controlado) por outra” (FRANÇA, 2007:167-168).

Apesar do art. 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, prever expressamente o princípio democrático em sua constituição, o ideal de titularidade do poder foi melhor exposto no art. 20 da Lei Fundamental de Bonn. Isto porque, lá claramente ficou expresso que os poderes legislativo, executivo e Judiciário são instrumentos de expressão da soberania popular, pois “todo poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário”.

Nessa esteira, para que o exercício do poder seja legítimo é necessária existência de pressupostos mínimos que garantam a fiscalização desta atividade pelo titular. E, se assim não for, o povo estará sendo usurpado de seu poder. O constitucionalismo democrático, como técnica de limitação do poder - não do titular, mas de quem o exerce - previu limites normativos e institutos para que o povo possa fiscalizar e resguardar o exercício do poder soberano. Então, o poder de fiscalização e de correção tem o objetivo de garantir a conformidade da atuação Estatal com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico (DI PIETRO, 2012:79).

As origens do controle do poder estatal possuem contornos liberais e encontram assento na tripartição dos poderes proposta por Montesquieu que, como dito acima, ao

arquitetar a desconcentração do poder político delineou uma técnica de limitação do poder que foi seguida pelo constitucionalismo moderno. O controle está ligado à ideia de limitação, ou melhor, de conformação do desenho constitucional dos poderes constituídos. Segundo Bonavides, o pensamento seminal da preocupação de Montesquieu estava em impedir que o Legislativo e Executivo fossem cooptado um pelo outro, pois a decisão política genuinamente estava relacionada a estes dois poderes. Então, o que Montesquieu queria era evitar a absorção de um poder pelo outro, e não as interferências recíprocas necessárias à harmonização e limitação do poder⁸³.

Percebe-se, então, que desde o nascedouro dos pressupostos do constitucionalismo moderno, a compreensão de interferências e de mecanismos de controle são imprescindíveis à manutenção da estabilidade das instituições políticas. Todavia, os olhares ainda estavam voltados apenas para estas instituições, não sendo focado como fator de limitação do poder os efetivos detentores. Com uma visão democrática do constitucionalismo, Loewenstein dá nova feição à relação de tripartição dos poderes sustentando que ao lado da decisão política fundamental e da execução da decisão política fundamental existe uma terceira função que denominou de controle político.

Este autor, analisando a perspectiva histórica do constitucionalismo, aponta que seu principal objetivo foi a busca da limitação do poder político do governo e dos demais detentores do poder, estando da racionalidade humana toda desconfiança da concentração do poder. Assim, Karl Loewenstein argumenta que para se alcançar a principal finalidade da sociedade, que é o máximo desenvolvimento da personalidade de cada cidadão, pode-se afirmar que “el grado de acercamiento a dicho fin se corresponde con los progresos que cada sociedad estatal há realizado en relación con aquellas instituciones destinadas a controlar y limitar el poder político” (LOWENTEN, 1986:69).

Ao analisar a gama de interesses contrapostos que influenciam e constroem a decisão política fundamental, Loewenstein afirmou que a grande característica na sociedade moderna

⁸³ Assim, acerca dos poderes políticos, Paulo Bonavides fundamenta que “por excelência, vivem o executivo e o legislativo no sistema representativo um drama de equilíbrio, solicitando nas suas relações mútuas um conjunto de mecanismos constitucionais que impeçam a absorção de um pelo outro, em ordem a torná-los efetivamente separados e harmônicos entre si. Não só reconheceu Montesquieu a inevitabilidade de legítimas interferências recíprocas, como se capacitou da imperiosa necessidade de andarem os poderes em concerto, visto que seu repouso ou imobilidade, qual seria de desejar, é contrariado pelo movimento necessário das coisas” (BONAVIDES, 1995:161).

é o fundamento e o dinamismo pluralista⁸⁴. Para ele, o pluralismo seria a multiplicidade de grupos sociais que representam os interesses de seus membros em face do Estado, a fim de influir na tomada das decisões políticas. Este autor identificava o associativismo como uma necessidade para limitar o poder dos governos. Sustentava que a essência de uma democracia constitucional seria participação dos grupos pluralistas no processo de formação do poder, para fazer frente ao poder e, conseqüentemente, limitá-lo. Assim, a principal marca da democracia constitucional seria a participação dos grupos pluralista no processo de formação do poder, em que a decisão política corresponderia a soma dos interesses dos grupos pluralistas da sociedade, constituindo no que chamou de princípio da distribuição do poder (LOEWENSTIEN, 1986:422-425).

Loewenstien observou, então, 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. 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).

Com esse intuito o autor desenvolve dois sistemas de controle do poder. O primeiro onde o controle operaria horizontalmente, compreendendo a dinâmica da relação entre os poderes e entre os poderes e os cidadãos. E o segundo que possuiria uma incidência vertical que operaria de baixo para cima ou de cima para baixo entre todos os poderes constituídos e o povo. Porém, no presente trabalho será focado o controle horizontal com a participação dos cidadãos no controle do exercício do poder político, notadamente, da atividade discricionária da Administração.

Em ensaio sobre a temática, Carlos Ayres Britto, ao diferenciar participação popular de controle social do poder, afirmou que este último configura-se num poder fiscalizatório

⁸⁴ Nessa perspectiva de um pluralismo democrático Marcel Manríquez ressalva que “el desafío fundamental de este enfoque de la ciudadanía pone el acento en políticas que reconocen las diferentes formas de participación, de expresión y de organización de las personas. Así, se acepta la noción de diversidad como um elemento consustancial de sociedades complejas, donde sólo el derecho a la diferencia fomenta las acciones que permiten el equilibrio de igualdad y diversidad como un nuevo compromiso esencial de la ciudadanía” (MANRÍQUEZ, 2011:03).

externo ao Estado. Ele evidencia “o fato de que a população tem satisfações a tomar daqueles que formalmente se obrigam a velar por tudo que é de todos”. Este autor sustenta que o controle social do poder é um direito público subjetivo, tanto que a Constituição habilita e aparelha o cidadão brasileiro a “imiscuir-se nos negócios do Estado para dar satisfações a reclamos que repercutem no universo social por inteiro”. Assim, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal trata esse direito como “bens de personalidade social”, pois o controle social seria uma forma de exercício de cidadania⁸⁵, tendo por contraponto uma postura estatal diretamente cobrável.

Seguindo essa linha, o autor afirma que a finalidade do “controle social do poder”, enquanto direito público subjetivo, é obrigar o Estado a tomar determinada conduta que se quer respeitada pela Administração. O controle social não teria incidência pro futuro, impondo uma postura pré-determinada da Administração, mas, incidiria concomitantemente à atuação, no processo de formação do ato. Ele seria uma correção “ex-post” para recolocar a atividade administrativa nos trilhos da legitimidade do exercício do poder democrático⁸⁶. Isto porque, “o que se busca não é exatamente traçar uma conduta futura para o Estado, mas obrigar o Estado a submeter-se às consequências todas da conduta já assumida pelo particular perante ele”. Portanto, para Ayres Britto a ideia do controle social do poder não seria a de formar a vontade do Estado, mas sim a de impor ao Estado a vontade dos cidadãos de “penetrar na intimidade das repartições públicas para reconstituir fatos ou apurar responsabilidades”.

O Controle Social, da forma colocada pelo autor, demonstra a “posição de subalternidade” do Estado em relação aos titulares do poder. Ele explicita a concreção da

⁸⁵ Ao tratar da participação dos cidadãos na Administração Pública, Caio Tácito, valorizando o princípio participativo afirma que “a absorção da ação participativa dos administrados valoriza o princípio da cidadania e coloca o indivíduo e a empresa em presença da Administração Pública, como colaboradores privilegiados para a consecução do interesse público” (TÁCITO, 2005:138).

⁸⁶ No mesmo sentido Grau argumenta que, acerca do momento do momento do controle social, ele pode se dá tanto “ex-post”, após a ocorrência do ato, sendo uma atividade eminentemente fiscalizatória corretiva, quanto “ex-ante”, funcionando preventivamente como mecanismo de participação e de averiguação das políticas a serem implementadas pelo governo (GRAU, 2006:264). Trazendo a acepção do controle como um dever de conduta da administração, Phillip França argumenta que o controle social ocorre em três momentos, dois anteriores ao ato e um posterior. Anteriormente ao ato, o controle social incidiria num primeiro momento pelo dever de “promover amplo esclarecimento aos administrados e estabelecer meios que simplifiquem esses esclarecimentos para o maior alcance social possível”, de modo a viabilizar a consulta social. No segundo momento, ainda anterior ao ato, dar-se-ia pelo “dever indisponível da administração consultar a sociedade sobre o ato administrativo a ser emanado (consulta direta ou por meio de órgãos representativos) para que o mesmo possa vertir-se do manto de legitimação social”. Por fim, o terceiro momento do controle seria o posterior ao ato e implicaria no dever da administração pública de “manter o canal aberto para o permanente controle social de sua atuação e dos seus efeitos ao longo do tempo – sempre de forma dialógica” (FRANÇA: 2007:189-190).

soberania popular típica do Estado Democrático, conforme positivado no art. 20 da Lei Fundamental de Bonn, ao passo que coloca os Poderes - aqui, notadamente, a Administração Pública – como mandatários do povo e de devem prestar contas por sua atividade. Porém, o controle social não significaria, então, a retomada do poder governativo. O que o Controle Social quer é a “reconstitucionalização” da atividade estatal, reconduzindo-a para a obediência às regras e princípios postos pelo ordenamento jurídico, reafirmando o respeito à ordem constitucional que já previu esta modalidade de fiscalização e controle.

O controle social seria, assim, direito e não poder, porque não quer formar a vontade política estatal, mas tão somente quer que o exercício do poder político seja operado nos termos racionalizados na ordem jurídica constitucional (BITTO, 1992:115-118). Assim, o controle social se mostra como uma faculdade pública, que garante ao povo que os poderes sejam submetidos à ordem jurídica, por meio de uma fiscalização e controle por parte dos cidadãos (SIRAQUE, 2005:109).

Streck e Adms aproximam o controle social da participação nas esferas públicas, em que se busca um agir coletivo em prol do bem comum. Com isso, os atores sociais passam a constituir uma sociedade de movimentos, uma sociedade que se mobiliza e uma sociedade que busca atuar em diversos lugares para cobrar do Estado-Administração a responsabilidade democrática em sua condução. Eles apontam como lugares de participação para o controle o voto, as manifestações públicas, os movimentos sociais, as associações, as redes, os fóruns da sociedade civil, as câmaras setoriais, a gestão participativa, as conferências e os conselhos. Esses autores afirmam que esses lugares de participação fazem do controle social uma forma aproximação entre a Administração e os administrados e que, por isso, constituem-se em verdadeiros espaços de aprendizagem de cidadania (STRECK e Adams, 2006:105-115).

Na mesma perspectiva participativa democrática, Agustín Gordillo apresenta que o controle social importa numa administração conjunta, em uma co-gestão em que os administrados participam efetivamente da administração. Dessa maneira, o autor argumenta incisivamente que com “el control social permanente, su organización y difusión a nuevos ámbitos podrán asegurar una mayor democratización y una más efectiva satisfacción de las aspiraciones sociales”. E finaliza afirmando que por ser a Administração um instrumento para

satisfação dos fins públicos, do interesse comum, deve ela própria constituir num espaço institucionalizado de ações participativas⁸⁷ (GORDILLO, 2003:II-15).

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 na necessidade da presença dos cidadãos de 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, num Estado Democrático de Direito, torna-se imperativo uma gestão pública democratizada que é movida por técnicas democráticas que viabilizam a interlocução entre os cidadãos e a Administração. Tudo para efetivar uma condução nos negócios públicos de forma republicana (MOREIRA NETO, 2008:126).

De acordo com Antonia Salcedo, há um consenso de que o princípio participativo como meio de controle social “se refiere al proceso de incorporación activa de los ciudadanos al sistema político, y engloba el conjunto de acciones emprendidas con la pretensión de influir en la selección de gobernantes o en las decisiones políticas” (SALCEDO, 2011:02). A atuação responsável da administração importa uma submissão ao controle social que relacione a democracia participativa à democracia representativa. Desse modo, o controle da Administração, ou da gestão da coisa pública com a participação social, tem seu cerne no princípio constitucional democrático, que demanda uma responsabilidade finalística da atividade administrativa.

O princípio participativo no Controle Social da Administração é, portanto, uma realidade constitucional que não pode ser subestimada, pois, conforme argumentado por Clèmerson Merlin Clève, “essa unidade de democracia participativa foi favorecida pela emergência da nova ordem Constitucional. Cabe a nós torná-la efetiva”. E, sob essa cobertura, segue o autor afirmando que a administração não é mais algo intangível, em que suas decisões são tomadas ao arrepio do povo. É necessário “quebrar o monolitismo da administração, que,

⁸⁷ Um controle social, num estado democrático, pressupõe o direito à informação sobre questões de interesse público envolvidos no que diz respeito ao processo, a promoção de decisões públicas que priorizam o interesse público, a reivindicação e formulação de projetos e propostas nas áreas de interesse, a busca pelo atuação juridicizada da Administração, o exercício do direito de petição, da ação pública para proteção do patrimônio e da moralidade administrativa. “Todo esto, de manera autónoma, gratuita e igualitaria” (SANDOVAL, 2012:03)

como todos sabem, guarda como corolário mais precioso o monopólio da decisão” (CLÈVE, 1993:34-35).

O pressuposto participativo no Controle Social da Administração é positivamente valorado como um espaço de aprendizagem, de deliberação e de co-gestão, permitindo uma maior ingerência da sociedade no destino da coisa pública⁸⁸. Isto porque, se a coisa é pública, “é necessário que o próprio público a controle, não somente como beneficiário, mas como responsável e autor do Bem Comum, por meio de outro princípio constitucional Político-Ideológico: o do Estado Democrático de Direito” (CADEMARTORI e CRUZ, 2009:93). Esta necessidade de progressivo controle e co-gestão da Administração Pública reafirmam as virtudes democráticas do controle pelos cidadãos, significando “avanzar en la construcción y socialización de criterios normativos comunes para justificar y evaluar socialmente sus mutuas preferencias y decisiones, así como velar por lá necesaria ‘accountability’ de las acciones públicas emprendidas” (DELAMANZA e OCHSENIUS, 2010:10-11).

Juarez Freitas, ao tratar do controle social do orçamento público, descreve o controle social como um exercício do direito de fiscalização da atividade pública pelos cidadãos, para se garantir a eficiência e a observância dos ditames constitucionais. Para este autor o controle social teria a finalidade de impedir arbitrariedades e controlar as escolhas do administrador. Seria um claro exercício da cidadania ativa que, atuando paralelamente às demais modalidades de controle, reforçaria o desenho de uma democracia material⁸⁹. E numa democracia o controle social se opera de maneira inclusiva que, não sendo um controle por parte de uma minoria, é desenvolvido pela “maioridade social” que busca um controle efetivo

⁸⁸ Em ensaio sobre o pressuposto participativo na América Latina, Ergon Montecinos destaca os cidadão têm muito mais interesses em se envolver nas questões locais e nesse sentido argumenta: “en los tres países, el presupuesto participativo está configurando procesos de democracia participativa con niveles de participación muy intensos en barrios o territorios sobre proyectos menores, sin lograr que los ciudadanos incidan en la formulación de políticas públicas de mayor impacto y complejidad territorial. En estas experiencias se abren espacios, pero con limitaciones para provocar incidencia ciudadana mayor. Las razones básicamente tienen relación con el predominio de la voluntad política como condición predominante para el desarrollo del PP, con el escasso empoderamiento logrado por la sociedad civil, pero también con la delegación natural que hacen los propios ciudadanos a sus representantes, para que sean estos quienes resuelvan los problemas que los ciudadanos no sienten como “propios”. Lo “propio” para el ciudadano, y donde se activa su participación con mucha más intensidad, se da en el barrio o en el entorno más cercano; allí sí existe mayor preocupación de parte de los ciudadanos y no ceden esa responsabilidad de la decisión a un tercero” (MONTECINOS, 2012:15).

⁸⁹ Tangenciando as ideias de Loewenstien, que sustentou a necessidade de controle sobre os grupos de interesses na democracia pluralista (LOEWENSTIEN, 1986:422-424), Juarez Freitas também reafirma que o controle social precisa passar uma calibragem, argumentando que “o controle social deve ser controlado pelos outros controladores e operar inclusivamente (...) o controle social exige inserção dinâmica e sinérgica com os demais controles. Ele próprio deve ser controlado para não se converter em usurpador, pois, de certo modo, será sempre uma atuação particularista em tensão com o ideal regulador da vontade geral e, vez por todas, não deve ser visto como evento isolado ou descontínuo: a participação popular é processo dialético de avaliação e inovação, não funcionando como algo abstrato, formal e congelável no tempo ou no espaço” (JUAREZ, 2001).

e eficiente⁹⁰. Este autor aponta para uma feição vinculativa do controle social que como direito constitucionalmente assegurado, não pode ser desconsiderado pelos agentes públicos. Isto porque “trata-se de mecanismo de democracia direta ou, ao menos, semidireta, sendo que supõe, no mais das vezes, mediação estatal para ser eficiente e agregar valor ao sistema de controle”.

Adentrando nessa ideal de democracia direta, Juarez Freitas afirma que o controle social vai além. Ele viabiliza a limitação do exercício da discricionariedade administrativa, visto que serve como instrumento de controle dos resultados e de verificação dos meios utilizados para sua obtenção. Tudo para combater as arbitrariedades que não comungam com o dever constitucional de boa administração⁹¹. Por fim, este autor afirma que o controle social viabiliza e fortalece a democracia representativa, “ciente de que representa, sobretudo, preciosa maneira adicional de participação popular, cuja ampliação permite sonhar com uma gestão pública menos irresponsável e assimétrica, mais madura, justa e legítima” (FREITAS, 2001:13-26).

Sintonizando esses valores, Egon Montencinos expõe “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 social do controle e fiscalização da Administração Pública. 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

⁹⁰ Acerca da necessidade de um controle social real e não “para inglês ver”, Juarez Freitas tece as seguintes críticas: “ora, bem de ver que o controle social, para merecer o nome e o conceito esposado como ideal regulador, não pode ser de fachada ou simples ornamentação de estruturas avessas à cidadania protagonista, sendo incompatível com meras discussões ou audiências públicas planejadas, de antemão, para a esterilidade. Essencial, pois, a conquista de uma inclusiva verticalização, isto é, de uma crescentemente expansiva vinculação, ao menos ética, entre a atuação do controlador social - em permanente processo de legitimação - e os que exercem o poder público no bojo do aparato estatal” (JUAREZ, 2001).

⁹¹ Neste ponto Juarez Freitas faz interessante observação quanto ao controle social ser uma modalidade pluralista de controle de constitucionalidade, afirmando ser “certo que se trata de uma maneira indescartável do pluralista controle de constitucionalidade, impondo-se, notadamente em nossa atmosfera instável e de fragilidade do discurso constitucional, acolher os vários meios disponíveis para garantir a sobrevivência e a evolução dos princípios, inclusive o da participação popular, decisivos e intangíveis para a consolidação de um cooperativo jogo democrático”. Tangencia assim, tanto a acepção do pluralismo democrático constitucional de Loewenstien, conforme pontuado acima, quanto os ensinamento de Pontes de Miranda acerca do controle de constitucionalidade quando este autor afirma haver uma “transcendência da função de guarda da constituição”, pela qual a todos os poderes, inclusive aos cidadãos, devem velar pela defesa da constituição (PONTES DE MIRANDA, 1946:01-08).

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 esse controle pelos cidadãos, 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 na fiscalização da Administração mostra-se um direito fundamental que solidifica e concretiza o princípio democrático no Estado Constitucional Brasileiro (FREITAS, 1997:87). A democracia propicia a participação da sociedade no controle do poder de uma forma concreta e efetiva, havendo de fato e de direito meios para fiscalização e controle do poder⁹². 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).

⁹² Jocelyne Bourgon ressalva que, acerca do princípio participativo, “la participación de los ciudadanos y de la comunidad no es un sustituto de la democracia representativa y de la voluntad política. Sólo puede darse en el contexto de las leyes y la constitución vigente en cada país, de manera que se respete la legitimidad de las instituciones públicas y de la autoridad del gobierno” (BOURGON, 2010:04-05);

E, em se tratando de controle da Administração Pública, a Constituição da República Federativa do Brasil forneceu um sem número de princípios que tem de ser observados em sua atuação e que servem de parâmetro para filtragem do exercício do poder legítimo. Sendo expressamente previstos como princípios específicos a Legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Desse modo, em razão dos princípios constitucionais que sevem de fundamento, limite e orientação da atividade administrativa discricionária, há uma tendência da ampliação do seu controle ser exercido pelos cidadãos (ROCHA, 1994:140).

De maneira breve, a legalidade limita o exercício do poder pela Administração, visto que a atividade legítima terá que seguir os mandamentos pré-estabelecidos pelo ordenamento. Ela racionaliza a atividade administrativa, dando uma maior previsibilidade de sua atuação, de maneira a reforçar a segurança jurídica dos administrados. A legalidade, ampliada pela concepção da juridicidade, estreitou ainda mais o espaço de apreciação discricionária, inibindo consideravelmente espaço para arbitrariedades. Isto porque, ao vincular a vontade da Administração ao ordenamento jurídico, impede apreciação subjetiva dos agentes, inibindo as influências políticas indevidas na atividade administrativa discricionária⁹³.

A Impessoalidade reafirma o pressuposto democrático da igualdade, proibindo que a Administração dispense tratamento privilegiado a determinados administrados. Impende ressaltar que não configura ofensa ao princípio da impessoalidade o tratamento diferenciado a determinada categoria de administrados que, em razão de circunstâncias específicas, obtiveram do legislador um tratamento especial, com o intuito de reduzir diferenças e equiparar as oportunidades. Esta é a acepção isonômica que advém do pressuposto democrático igualitário, que reafirma a impessoalidade pela vinculação umbilical ao princípio da legalidade (ATALIBA, 1998:159).

⁹³ Neste ponto, importa destacar que a influência política não deixará de existir na atuação da Administração, notadamente, no exercício do poder discricionário. Como dito, anteriormente, a discricionariedade é o espaço em que reside a possibilidade de escolha, dentre diversas opções, para que a Administração decida se atuar e como atuar de acordo critério administrativo de oportunidade e conveniência. Persiste assim, um campo para decisões políticas na atuação administrativa. Entretanto, o que o alargamento da legalidade pela juridicidade vez foi estreitar essa margem decisória política, vinculando ainda mais a atuação administrativa, redefinindo os limites da atividade discricionária. Não que se trate da exclusão da influência política da atuação administrativa, conforme sustentado por Kelsen (KELSEN, DEMOCRACIA :84), todavia, trata de um estreitamento dessa margem política, reforçando os pressupostos democráticos da igualdade e da liberdade dos administrados, reforçando assim, o tratamento impessoal da Administração.

A moralidade trouxe o conteúdo valorativo ético para a atividade administrativa, sendo mais um importante filtro de controle social da atividade discricionária legítima. Isto porque, por sua elevação à categoria constitucional de um bem autônomo juridicamente tutelável, permite aos administrados fiscalizar a atividade administrativa não somente pelo resultado. Agora é dado aos administrados perseguir se os motivos que moveram a atividade administrativa foram pautados por critérios ético-administrativos. Sem que haja a camuflagem de interesses espúrios. Sem que haja a distorção da permissão normativa para falsear a realidade fática com o intuito de atingir finalidade diversa do interesse comum, por meio de uma aparente legalidade (FRANCO SOBRINHO, 1993:20-22). Neste particular, Luiz Henrique Cademartori ensina que a moralidade, enquanto princípio, “consiste numa adequação da atividade estatal aos valores basilares da sociedade, cuja moldura jurídica são, como já se salientou, os direitos fundamentais” (CADEMARTORI, 2007:127).

O princípio da publicidade constitui um dos mais importantes pressupostos de legitimidade da atividade administrativa. É através dela os administrados tomam ciência dos motivos que moveram a ação da Administração. Segundo Gordillo, dar publicidade aos cidadãos é uma maneira de compartilhar o poder, colocando-se aberto às críticas, à fiscalização e, assim, ao controle (GORDILLO, 1973:207). É com a publicação dos atos que se torna viável o controle social da Administração, visto que fica transparente não só a decisão tomada, mas, principalmente os motivos sopesados para o objeto escolhido. Desse modo, Juarez Freitas afirma que no concernente ao princípio da publicidade “que a Administração Pública aja de modo a nada ocultar, suscitando a participação fiscalizatória da cidadania, na certeza de que nada há, com raras exceções constitucionais, que não deva vir a público” (FREITAS, 1997:54).

Por fim, como último princípio específico expresso da Administração, a eficiência veio para trazer o caráter de economicidade à atividade administrativa, para buscar os menores custos da atividade. Ele reforçou a necessidade do administrador racionalizar a aplicação dos recursos públicos. Isto para que haja uma maior abrangência dos serviços públicos de ações afirmativas pelo Estado-Administração. Ou seja, com um aproveitamento maximizado e racionalizado dos recursos disponíveis (humano, técnico e financeiro), é possível que a Administração alcance um “melhor resultado quantitativo e qualitativo possível, em face das necessidades públicas existentes” (CARDOZO, 1999:167). Além do

mais, a eficiência serve para critério para aferição do resultado da atividade discricionário, de modo a permitir avaliar “a qualidade do exercício do poder” (MOREIRA NETO, 2008:61).

Desse modo, o gestor público tem o dever de atender prontamente as demandas sociais e informativas dos administrados, principalmente, a uma expectativa legítima sobre os resultados da atividade discricionária. Pela exigência democrática de uma Administração de resultados os administrados, tem-se assim meios concretos para constatar se o exercício do poder discricionário foi legítimo, a partir da avaliação de seu desempenho finalístico. A atividade administrativa discricionária, pelo filtro da legitimidade democrática substancial⁹⁴, torna os resultados práticos plenamente sindicáveis e questionáveis por toda sociedade. Ela tem a liberdade para questionar e legitimidade para avaliar se, pelo resultado prático, a atividade discricionária cumpriu sua funcionalidade finalística.

“Nesse sentido, o Estado-Administração da discricionariedade legítima requer (ao mesmo tempo, suscita) o protagonismo da sociedade amadurecida e do agente público que promove o ‘bem de todos’”. E, continuando os argumentos, Juarez Freitas argumenta: “é o Estado da racionalidade aberta (...) que consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração pública”. Pelo resultado, aliado ao processo de escolha pelo cumprimento da eficiência, da motivação, da proporcionalidade, imparcialidade, da participação social, da moralidade, da juridicidade, da responsabilidade e da transparência, tem-se a legítima e plena sindicabilidade da discricionariedade pela sociedade (FREITAS, 2009:20-29).

Na obrigatoriedade de uma Administração de resultado se pode, então, sintonizar a legitimidade da atividade discricionária que, pelo princípio democrático substancial-participativo, mostra-se a chave para o controle social. Portanto, sendo os valores constitucionais abertos à interpretação da sociedade, há uma socialização da legitimidade para ponderar a atividade administrativa discricionária no estado democrático de direito, que opera “não apenas com a lógica racional, mas com a lógica razoável”. Tudo para garantir e ampliar um “controle jurídico substantivamente societal”. (MOREIRA NETO, 2006:7806-7808).

⁹⁴ Nesse sentido Luiz Henrique Cademartori leciona que “a legitimidade do direito constitucional positivo reporta-se aos valores fundamentais de ordem constitucional. O Direito formal necessita, então, legitimar-se num outro plano do Direito, de cunho axiológico. Esta visão representa, então, a condição prévia de uma democracia substancial” (CADEMARTORI, 2007:182).

4.3 Da transparência como instrumento para o Controle Social: publicidade e motivação.

Se o controle social é uma premissa do Estado Democrático de Direito, para que seja possível um efetivo acompanhamento da coisa pública, notadamente da atividade discricionária, se faz necessário o instrumento 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 político, 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. Como instrumento do “accountability” social, 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). Por ela, os cidadãos, como legítimos titulares do poder, têm o direito de conhecer as verdadeiras razões da escolha administrativa, para poderem ponderar se o resultado alcançado satisfaz o interesse público específico pretendido. Assim, a transparência torna-se um instrumento eficaz em favor dos cidadãos na fiscalização e no controle da Administração Pública, pois, “sin transparencia, más ‘accountability’ no es posibles” (CORRÊA e SPINELLI, 2011:02).

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 do controle social, pois permite um critério objetivo para verificação de adequação legal da atividade administrativa discricionária, bem como da moralidade e da sua probidade. Então, 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 social. 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. 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).

Assim, 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. O problema é que a ausência de informação limita a possibilidade dos cidadãos de tomarem uma decisão acertada, notadamente, quanto à controlar a 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 (FILGUEIRAS, 2011:05-08). 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 da participação popular, como forma de controle externo social⁹⁵ (CALDAS, 2011:125).

A publicidade serve instrumentalmente para a efetividade do controle democrático da atividade discricionária, pois permitem os cidadãos conhecerem a atuação estatal e reconhecerem quando o exercício da discricionariedade é legítimo. A democracia “não tolera a existência do segredo e estabelece a liberdade de informação como um direito fundamental que organiza a esfera pública”. A liberdade de informação requerida pela democracia, tem como instrumento a transparência que “reduz os segredos do Estado, permite o livre conhecimento da sociedade e potencializa, supostamente, o exercício da cidadania”. 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).

Nesta toada, o que for omitido, obscuro, nebuloso, carece de reconhecimento social, pois não inspira confiança, impessoalidade, moralidade e juridicidade. Assim, por não conferir segurança jurídica aos cidadãos, a decisão administrativa não-publicizada não pode ser enquadrado dentro do constitucionalismo democrático republicano. E, 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

⁹⁵ Assim o autor ensina que “mais recentemente, cabe citar, o controle e fiscalização orçamentários externos de caráter social tiveram grande ênfase e impulso com o advento da Lei Complementar nº 131/2009, a qual, alterando a redação do art. 48, da Lei Complementar nº 101/2000, deu-lhes maior transparência para, a par da preexistente previsão de incentivo à participação popular – cuja definição interpretativa merece amadurecimento – e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos (inciso I do parágrafo único), também implementar as obrigações de liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público (sic; inciso II do parágrafo único), e de adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A (sic; inciso III do parágrafo único), observados os prazos estabelecidos pelo novo art. 73-B, sob pena de vedação de recebimento de repasses voluntários (art. 73-C, c/c inciso I do § 3º do art. 23, da Lei Complementar nº 101/2000)” (CALDAS, 2011:125).

ou a tem como usurpadora. Assim, de acordo 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).

Germana Moraes, claramente informa que o princípio da publicidade viabiliza o exercício do controle da atividade administrativa, ao expor as razões da decisão. Não se admite a omissão da decisão tomada e nem das razões que levaram o gestor a agir (MORAES, 1999:101-102), devendo ele fundamentar de maneira clara suficiente suas escolhas. E, para que seja propiciado aos cidadãos o controle da atividade discricionária, além da publicidade se faz necessária uma motivação suficientemente clara e precisa. Desse modo, a concreta publicidade é imanente ao dever de motivação, notadamente, das escolhas discricionárias.

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).

Se o legítimo exercício do poder é aquele que poder 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 o que a Administração pretendia alcançar com suas escolhas. Dessa maneira, 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 discricionariiedade 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. Portanto, a motivação, ao

lado da publicidade, passa a ser premissa para o controle social da atividade discricionária da Administração.

Como delineado anteriormente, o motivo, juntamente com o objeto, pode veicular o exercício do poder discricionário. Motivo é a correspondência entre a hipótese normativa e a realidade fática que autoriza a atividade administrativa⁹⁶. Nesse sentido, Antônio Carlos de Araújo Cintra compreende por motivos do ato “o conjunto de elementos de fato e de direito que lhe constitui o fundamento”, cuja função é indicar as situações em que a Administração “pode agir ou fica adstrita a agir, no exercício da potestade pública” (CINTRA, 1979:97-103). Nos atos vinculados não há qualquer dificuldade para essa verificação, visto que o agir administrativo está predeterminado pela norma, inexistindo possibilidade de escolha sobre a atuação. Já no exercício do poder discricionário ocorre o contrário. Pela discricionariedade esta deliberação sobre o agir foi outorgada ao administrador para optar se atuará ou não, segundo critérios valorativos de conveniência e oportunidade. E é aí que a necessidade da motivação se torna mais urgente.

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 razoavelmente 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.

Assim, a motivação não pode ser confundida com a finalidade. Esta última sempre é extraída do sentido juridicizado da norma e entendida como o resultado que o ato deve atingir: o interesse público. Porém existe uma relação de interdependência entre motivação e

⁹⁶ Celso Antônio compreende o “motivo” como pressuposto fático para o exercício legítimo da competência administrativa, pois: “Se o fato presumido pela lei não existe, sequer irrompe a competência para expedir o ato, pois as competências não são conferidas para serem exercidas a esmo. Os poderes administrativos são irrogados para que, em face de determinadas situações, o agente atue com vistas ao escopo legal. Donde, o ‘motivo’ é a demarcação dos ‘pressupostos fáticos’ cuja ocorrência faz deflagrar ‘in concreto’ a competência que o agente dispõe em abstrato. Se incorrem os motivos supostos na lei, falta à autoridade um requisito insuprimível para mobilizar poderes cuja disponibilidade está, de antemão, condicionada à presença do evento que lhes justifica o uso (...) Se os exercitou fora deste quadro, haverá manejado forças que a lei não lhe deu, vale dizer, terá extravasado a regra de competência”. (MELLO, 2012:86-87)

finalidade nos atos administrativos discricionários. Pois, é pela externalização concreta das razões que moveram a escolha administrativa que se pode constatar se os interesses que imbuíram a atividade administrativa discricionária foram de fatos legitimamente públicos (NOHARA, 2004:49-58). E, como nos atos vinculados a causa de agir já foi externada pelo Legislador, é nos atos administrativos discricionários que a motivação ganha maior relevância.

Pois bem, compreendendo-se o poder discricionário como o exercício de uma competência voltada à satisfação do bem comum, exsurge que a motivação é um imperativo para conformação do exercício do poder discricionário ao Estado Democrático de Direito. Na atual quadra do constitucionalismo brasileiro, não se pode conceber o exercício de um Poder sem critérios racionalmente aferíveis. O constitucionalismo moderno é marcado pela limitação do poder em prol da proteção dos direitos e garantias fundamentais. Então, seria ilógico aceitar que os fatores que impulsionaram a escolha Administrativa permaneçam obscuros. A justificação expressa dos motivos dá maior segurança jurídica aos administrados, visto que terão como investigar de maneira factível a procedência das razões para, assim, perquirir a compatibilidade com a efetivação dos direitos fundamentais.

Neste ponto, é que a compreensão a juridicidade da atividade administrativa entra em cena para se exigir a motivação os atos administrativos discricionários. 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, faltarão 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

inexiste 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 inferir 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”.

Nesse sentido, 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. A motivação tem o objetivo de evitar o desvio da finalidade pública, a partir do controle dos pressupostos de fato e de direito da escolha discricionária. Isto porque “afigura-se sempre controlável a adequação entre motivo e conteúdo de qualquer ato administrativo”, estando todos os agentes públicos vinculados ao “mandamento razionalizante de motivar, indistintamente, os atos administrativos vinculados e discricionários” (FREITAS, 2009:419-423). 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 motivar⁹⁷.

⁹⁷ 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, cujo agente administrativo, enquanto exercente da função, deve a mais completa prestação de contas, não apenas aos interessados, direta ou indiretamente afetados pelos provimentos, mas ao público ‘uti cives’ como influxo do dever de transparência administrativa” (OLIVEIRA, 2006:277).

Neste compasso, a motivação passa ser um instrumento de aferição da satisfação do interesse público, vez que, por ela, os administrados terão ciência das circunstâncias que moveram determinada atividade, para averiguar sua conformação com a finalidade. “A plena cognição dos fatos é indispensável para que o juiz retire o que é sindicável do que não é sindicável”. Só assim é que se poderá constatar se houve um excesso na apreciação da oportunidade ou da conveniência (MOREIRA NETO, 2001:81-82). Ela constitui um verdadeiro requisito de validade do ato, que legitimará o exercício do poder discricionário pela possibilidade de seu controle. Igualmente, argumenta Rafael Entrena ao afirmar que, além de tornar clara e exata as razões da decisão, a motivação faz “posible el control o fiscalización jurisdiccional de los actos de la Administración, estableciendo la necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el Derecho aplicable y la decisión adoptada” (CUESTA, 1999:195).

Acerca da necessidade de motivação dos atos administrativos discricionários, Celso Antônio, sustenta que a motivação deverá estar presente em toda atividade administrativa discricionária, seja em razão da oportunidade do motivo, sejam em razão da conveniência do objeto, ela será sempre obrigatória (MELLO, 2012:105). A obrigatoriedade permite ao povo conhecer as razões da atividade e sindicá-las se os pressupostos fáticos arguidos são verídicos. Com isso, ela serve de mecanismo para o controle social da Administração de resultado, pois permite, a partir das razões de fato e de direito arguidas pela Administração, verificar se o grau de eficiência do resultado é suficiente para satisfação da finalidade pública.

Com a exigência da motivação para o exercício legítimo do Poder Discricionário, fica factível a sindicância dos argumentos que sustentam a atividade administrativa, para constatar eles encontram respaldo fático. Se a atividade é sustentada por um motivo justificado, a comprovação da ausência deste motivo torna o ato injustificável e, portanto, inválido. Segundo Carlos Roberto Pellegrino, “o menoscabo do requisito essencial da motivação do ato administrativo constitui-se em pecha insuperável que acarreta, inexoravelmente, a nulidade do respectivo ato” (PELLEGRINO, 1997:192). Com ela, a atividade discricionária se torna vinculada aos fundamentos externados, permitindo-se investigar se as razões expostas são suficientes para satisfação dos princípios e valores objetivos que determinam a condução da coisa pública. A exposição dos motivos passa, assim, a determinar o parâmetro de validade do ato, sendo um critério objetivo de transparência administrativa.

Irene Patrícia Nohara apresenta que a motivação determina o ato, impedindo que haja uma variação entre o antecedente – motivação – e o conseqüente – escolha administrativa discricionária. Ela permite analisar se os pressupostos fáticos são suficientes à satisfação da finalidade de sua atuação. Assim, o nexo de causalidade da atividade torna condição de validade, por permitir sindicarse a intenção pessoal do agente público está em consonância com a intenção do povo, expressa pelo legislador (NOHARA, 2004:76-81). Com a motivação o parâmetro de controle social da juridicidade atos administrativos discricionários se torna mais abrangente⁹⁸. Conforme ensina Juarez Freitas, a compreensão “holística” da juridicidade da atividade administrativa faz com que a motivação expressa seja um “escudo do cidadão contra arbitrariedades e desvios invertebrados” (FREITAS, 2009:50). Nestes termos, a motivação que determina o ato, aliada à concepção de juridicidade, fortalece controle da juridicidade do exercício do Poder Discricionário, visto que a motivação ter que, além possuir amparo fático, guardar compatibilidade com o direito⁹⁹.

Dessa forma, parece não ser possível 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. A efetiva participação popular no controle da atividade administrativa discricionária

⁹⁸ Cintra expõe que com a motivação “define-se, com mais precisão, o campo da discricionariedade administrativa e amplia-se a segurança do cidadão em face da Administração, além de se permitir maior participação de todos no encaminhamento das soluções, mediante o conhecimento e a crítica dos critérios adotados pelo administrador. Trata-se, pois, de elementos indispensáveis a uma sociedade democrática e pluralista em que a responsabilidade pela realização do bem comum não incumbe apenas a alguns, mas cabe a todos e a cada um (CINTRA, 1979:191)

⁹⁹ Nesse sentido, Juarez Freitas argumenta que o direito administrativo é compreendido “como rede de princípios, de regras e de valores jurídicos, cuja função é a de dar cumprimento aos objetivos superiores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição, tendo como meta máxima tutelar o direito fundamental à boa administração pública” (FREITAS, 2009:50).

“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 viabiliza a “accountability” social. 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 comuns¹⁰⁰.

Nesse sentido, Thomás-Ramón Fernandez apresenta que é a justificação que diferenciara 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. “Si, por el contrario, la elección realizada carece de justificación o la que ofrece es indefinible o inauténtica, ‘sit pro ratione voluntat’ pura y simplemente tendrá que ser calificada necesariamente de arbitraria y, como tal, rechazada”.

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. Desse modo, ao possibilitar, de maneira concreta, a apreciação da plausibilidade efetiva da justificativa de fato e de direito apresentada, a motivação racionaliza a atividade discricionária da Administração¹⁰¹ (FERNÁNDEZ, 2006:182-185).

Juarez Freitas, aprofundando sobre o direito fundamental à boa Administração, informa que a motivação, como requisito de legitimidade da atividade discricionária, deve estar vinculada aos princípios constitucionais. Não que esta vinculação extermine a discricionariedade, mas sim que ela seja o aio condutor das ponderações administrativas, pois o direito fundamental à boa Administração Pública atua como critério constitucional de

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ Forisvaldo Dutra de Araújo destaca que “clarificar o conteúdo do ato e possibilitar aos afetados por ele o mais amplo conhecimento das razões que levaram à sua emissão podem ser tidos como objetivos instrumentais imediatos, que servem aos objetivos maiores, consistentes no aperfeiçoamento do exercício da função administrativa, na interpretação do ato e seu controle, seja por parte da própria Administração, seja pelo Judiciário ou pela opinião pública (ARAÚJO, 2005:106).

limitação dos juízos de conveniência e oportunidade¹⁰². Para este autor, a motivação é também critério racionalizador da atividade Administrativa. Ela permite a aferição do cumprimento da finalidade e viabiliza o processo dialógico da condução da “res” pública¹⁰³.

Com esse foco, Juarez Freitas sistematiza o que entende ser os principais argumentos do dever de da motivação. Primeiramente, a motivação cumpre a “racionalidade intersubjetiva complexa”, pois ela coíbe decisões tirânicas e “oferece razões imparciais universalizáveis e aceitáveis”. Em segundo lugar, a motivação reveste a impessoalidade administrativa de eficácia, visto que os agentes públicos terão que externar a verdadeira finalidade da atividade. Ela também teria o objetivo de evitar danos indenizáveis, ao passo que “tende a impedir que prejuízos e danos juridicamente injustos afetem direitos de terceiro¹⁰⁴”. Como quarto e último objetivo apresentado por este autor, a motivação cumpriria o papel de “amparar as expectativas legítimas” e otimizar a construção de uma Administração com um nível de confiabilidade maior. Isto porque, a cultura da motivação assegurará um maior zelo na condução da gestão pública, estabelecendo uma postura “pluralista, dialética, e não-adversarial, em lugar da imposição odiosa e arbitrária, indiferente ao cidadão” (FREITAS, 2009:50-61).

Em sintonia com esta última ideia, Izabela Moreira e Mário Spinelli, argumentam que “las medidas y las políticas de transparência, cuando se diseñan para alcanzar objetivos bien definidos, pueden crear condiciones para formular políticas más efectivas y gobiernos menos corruptos (CORRÊA e SPINELLI, 2011:11). Portanto, a obrigatoriedade de uma motivação de qualidade se torna um atributo da Administração transparente, pois dá oportunidade conhecimento das verdadeiras razões que determinaram a conveniência e a oportunidade da escolha administrativa discricionária.

¹⁰² Isto porque, nas palavras do autor: “compreende-se o direito administrativo como rede de princípios, de regras e de valores jurídicos, cuja função é a de dar cumprimento aos objetivos superiores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição, tendo como meta máxima tutelar o direito fundamental à boa administração pública (FREITAS, 2009:50)

¹⁰³ Na busca da tutela do interesse público, a motivação viciada pode “também funcionar como sintomas de vícios do próprio conteúdo do ato administrativo ou de sua finalidade, quando então serão denunciadores do desvio de poder” (CINTRA, 1979:153).

¹⁰⁴ Isto porque, ao expor as razões que levaram a determinada conduta, omissiva ou comissiva, a Administração dá aos administrados a possibilidade de visualizar a pertinência da juridicidade da decisão administrativa e as implicações que ela terá em sua esfera jurídica, patrimonial ou imaterial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certo é que a concepção de uma democracia material alterou a postura da atividade administrativa, exigindo dela mais que o simples cumprimento da legalidade formal. Dentro do Estado Democrático de Direito, o agir administrativo ganhou uma carga mais pesada pela responsabilidade de efetivação dos valores sociais consubstanciados nos direitos fundamentais do constitucionalismo democrático material. Interesse este que agora passa a ser avaliado pelo critério da materialidade, que será parâmetro do grau de legitimidade do exercício do poder, através da concretude das ações do Estado administrador voltadas para a concretização e para tutela dos direitos fundamentais.

A legitimação pelo exercício deste poder não pode ser vista simplesmente pelo prisma da delegação eleitoral e da representatividade normativa constitucional. A soberania popular constitucionalmente empregada vai além do exercício do voto direto, do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular. Isto porque todos os poderes estatais desempenham funções específicas como mandatários dos titulares do poder soberano. Então, a legitimação pelo paradigma do princípio democrático implica uma legitimação funcional finalística. Ou seja, somente podem ser considerados legítimos o exercício do poder que de fato atenda o interesse público específico no desempenho de seu desiderato. E, caso não o atenda, esse exercício tem de ser considerado ilegítimo, por usurpar o poder de seus titulares, por não respeitar a outorga para cumprimento estrito da realização dos direitos fundamentais.

Assim, concepção da legalidade da atividade administrativa se amplia. Requer-se, ou melhor, impõe-se que toda atividade administrativa esteja conformada por todo ordenamento jurídico, desde o procedimento decisório até o resultado efetivo de sua atividade. Desse modo, o agir administrativo não será aferido pela estrita legalidade, mas pela ampla juridicidade. E, portanto, todo processo decisório e resultado prático deverão estar conformando aos princípios constitucionais expressos e implícitos para que possa ser considerada legitimada. Isto é, 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.

Igualmente, a compreensão do exercício da competência discricionária também sofre uma remodelagem quanto aos critérios de sua legitimação. Como visto, os fundamentos da discricionariedade administrativa estão fincados na necessidade de instrumentalizar a Administração para cumprimento de sua função específica, qual seja, a de implementar políticas públicas para a satisfação dos anseios sociais juridicamente normatizados. A discricionariedade administrativa surgiu por uma necessidade jurídica e política, sendo uma outorga de competência vinculada a uma finalidade pública, para estruturar as funções estatais e viabilizar a concretização do ordenamento jurídico através da liberdade de escolha sobre determinadas questões juridicamente autorizadas.

Em regra, a atividade administrativa seria totalmente vinculada, de modo que seus atos estariam predeterminados pela subsunção das circunstâncias fáticas à hipótese normativa. Porém, na atividade discricionária há uma menor vinculação, já que ela se consubstancia pela possibilidade de escolhas. Por ela há margem legalmente definida para que a Administração possa eleger sobre se atuar, quando atuar e como atuar. Escolhas estas feitas, não segundo critérios previamente determinados, mas segundo critérios administrativos de conveniência e oportunidade. O que pressupõe o exercício da competência discricionária é, portanto, a liberdade autorizada de ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas para que a administração decida acerca das possibilidades juridicamente dispostas.

Redimensionando o exercício da competência discricionária pela concepção da juridicidade no Estado Democrático de Direito, exsurge que os parâmetros da ponderação acerca da oportunidade e conveniência sofrem uma maior vinculação à juridicidade. Para que a escolha administrativa discricionária seja legitimada, há a imposição de que a ponderação efetivamente obedeça aos limites jurídicos da realidade e razoabilidade, quanto à avaliação do motivo e a escolha o objeto. Isto porque o vetor do exercício da competência discricionária é a efetiva satisfação dos direitos fundamentais. E por assim ser, exige-se nesta atuação que os limites sejam criteriosamente observados para que as escolhas administrativas sejam legitimadas não apenas pelo procedimento, como também por seus resultados.

E é dessa maneira que a atividade discricionária passa a ter um maior controle em seu exercício. Se, inicialmente, o mérito administrativo era visto como impeditivo para o controle judicial, agora torna imperativo sua sindicância para que averigue se o exercício desta competência se deu dentro dos parâmetros exigidos no Estado Democrático de Direito. Devido a ampliação da concepção de legalidade pela juridicidade, com a vinculação da

atividade discricionária aos princípios constitucionais, especialmente, pela compreensão da proporcionalidade como vedação da proteção insuficiente, a escolha administrativa passa a ter uma total sindicância. E isto não significa uma alteração no desenho institucional da separação dos poderes, tampouco uma ingerência indevida do poder judiciário numa função típica do Executivo, pois, a sindicância operará sobre resultados concretos constitucionalmente exigidos.

Pelo paradigma do resultado, que decorre da concretização do princípio da eficiência administrativa, o controle de judicial do mérito administrativo se faz por critérios jurídicos e não políticos, de modo a não haver uma sobreposição dos Poderes. O que há é efetivamente a possibilidade de sindicância, pelos resultados práticos obtidos, se os parâmetros de escolha foram devidamente ponderados para o cumprimento da finalidade pública pretendida. Ou seja, a grande contribuição do paradigma do resultado foi real de ampliação do controle da atividade discricionária pelo judiciário. Agora se faz possível julgar se o motivo foi oportuno e se o objeto foi conveniente aos interesses públicos a partir do grau de eficiência do resultado prático obtido. Porém, esse enfoque da juridicidade pelo resultado não significa que o Judiciário poderá substituir as escolhas administrativas. Não é essa a ideia. Seu objetivo é permitir a contenção dos excessos e os desvios no exercício do poder discricionário, como a permanência das escolhas com nenhum ou pouco grau de eficiência, que por assim serem não atendem ao interesse público, sendo, portanto, antijurídicas e ilegítimas por não cumprirem sua funcionalidade finalística de efetivação e de proteção dos direitos fundamentais.

Ocorre que o princípio democrático exige mais que a ampliação da juridicidade pelo paradigma do resultado. Ele impõe também que os verdadeiros titulares do poder em exercício tenham condições de avaliar a legitimidade da atividade. Se é em razão da necessidade de satisfação dos direitos fundamentais que a Administração Pública dispõe das prerrogativas que lhe são inerentes em sua atividade discricionária, torna-se necessária a existência de mecanismos que limitem o exercício deste poder e viabilizem a aferição da legitimidade da atividade. A administração pública, enquanto aparelho instituído para a satisfação dos valores sociais fundamentais, tem de estar amplamente sujeita à verificação de sua conduta pelos cidadãos, para prestar contas de sua atividade e ser corrigida em eventual desvio.

Desse modo, o princípio democrático impõe uma conduta responsável da administração, não somente na concretização das expectativas constitucionalmente

legítimas, mas também na viabilização da fiscalização e do controle de sua atividade. E por ser o constitucionalismo uma técnica de limitação de poder, quanto maior a outorga de exercício do poder, mais amplas tem que ser a possibilidade de controle. Dentro dessa compreensão, para que se possa conceber um exercício legítimo da discricionariedade, deve a administração pública atuar de forma a permitir a fiscalização irrestrita. Os cidadãos tem que ter meio de avaliarem, pelo paradigma do resultado, se os limites à conveniência e oportunidade - instrumentais para a satisfação do interesse público - foram ponderados de forma legítima.

E é assim que a transparência, em suas vertentes publicidade e motivação, mostra-se como um mecanismo eficaz para a viabilização do controle social da juridicidade da atividade discricionária. Transparência, conforme exposto neste trabalho, significa uma ampla, irrestrita e suficiente publicização das razões valoradas pela Administração na ponderação conveniência e oportunidade de sua atividade. Ela significa, assim, mais que a divulgação do ato, importando no dever de uma motivação clara, precisa e abrangente. Isto porque somente conhecendo as verdadeiras razões que imbuíram a atividade administrativa no exercício da competência discricionária, é que a sociedade poderá movimentar os mecanismos jurídicos procedimentais dispostos para seu controle.

Será o conhecimento real do núcleo do mérito administrativo o meio mais eficiente para estruturação de uma conduta administrativa mais responsiva, e para um posicionamento social acerca das decisões adotadas. Sem o conhecimento as decisões sociais se tornam confusas, imprecisas, potencialmente ineficientes e, portanto, passíveis de invalidações. Desse modo, a ausência de transparência na atividade administrativa discricionária significa a insubmissão à ordem democrática constitucional, o desrespeito ao republicanismo, a usurpação da titularidade do poder soberano e a ilegitimidade do exercício da competência discricionária.

Somente com a ampla exposição dos critérios ponderados pela Administração é que torna possível o controle social da competência administrativa discricionária. Portanto, a transparência serve como mecanismo concreto de controle social pela via judicial, sem que haja uma instabilidade do desenho institucional brasileiro, pois não se trata de questionar as escolhas em abstrato do administrador, mas sim em avaliar a eficiência dos resultados práticos dessas escolhas e o atingimento concreto da satisfação e da tutela dos direitos fundamentais.

RFEERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **“We, the People”**. **Foundations**. Harvard University Press, 1993.

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

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAÚJO, Florisvaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2.ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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

ARATO, ANDREW. **“Accountability”, representação popular e democracia**. In Lua Nova, São Paulo, n.55-56:85-103, 2002.

ARISTOTELES, **A Política**. Trad. CHAVES, Nestor Silveira. 15. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Oswald Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004;

_____. **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.

_____. **Teoria do estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BOURGON, Jocelyne. “**Propósito público, autoridad gubernamental y poder colectivo**”. In Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo – CLAD Reforma y Democracia, Caracas, n.46, fev. 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial “versus” Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRITTO, Carlos Ayres. **Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 189:114-22, jul./set. 1992.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 1ª ed. 4ª tir. Cuiabá: Juruá, 2004.

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.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. 9 reimp. São Paulo: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.

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

_____. **Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98)**. In MORAES, Alexandre de. Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico**. In Discricionariedade Administrativa. Org. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. **“El acto Administrativo”**. Buenos Aires: Abeledo Perroy, 1974.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e Motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993

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

_____. **O controle jurisdicional do ato administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Interesse público: direito administrativo**. In França, Limongi (Coord.) Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 45, p. 339.

CUBAS, Viviane de Oliveira. **“Accountability” e seus diferentes aspectos no controle da atividade policial no Brasil**. In Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, São Paulo, v.3, n.8:75-99, abr./jun. 2010.

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

DA CUNHA JR., Dirley. **A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação dos poderes**. In Estado Constitucional e organização do poder. Org. André Ramos Tavares, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1989.

DELAMAZA, Gonzalo. OCHSENIUS, Carlos. “**Redes de participación institucional y gobernanza democrática local. El caso de los presupuestos participativos em Chile**”. In Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo – CLAD Reforma y Democracia, Caracas, n.46, fev. 2010.

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

DINIZ, Eli. **Uma perspectiva analítica para a reforma do Estado**. In Lua Nova, São Paulo, n. 45:29-48, 1998.

DROMI, José Roberto. “**Decrecho Administrativo**”. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.

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

FAORO, Raymundo. **Assembleia Constituinte: a legitimidade recuperada**. 1.ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981;

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.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **As origens do Estado de Direito**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 168:11-7, abr./jun. 1987.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Estado de Direito e Devido Processo Legal**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 209:7-18, jul./set. 1997.

FILGUEIRA, Fernando. **Transparência, publicidade e “accountability”**. Centro de Referência do Interesse Público, Belo Horizonte, 2011 (Texto para discussão n.º 1). Fonte: http://democraciaejustica.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.

_____. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. 2.^a ed. Curitiba: Gênese, 1993.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública. Discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. 3.^aed. 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, Vladmir 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.

FRANÇA FILHO, Marcílio Toscano. **A Alemanha e o Estado de Direito: Apontamentos da teoria comparada**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 207:203-217, jan./mar. 1997.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

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

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

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O controle social do orçamento público**. In Revista Interesse Público, Porto Alegre, v. 11, p. 13-26, 2001.

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.

_____. “**Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio**”. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1973.

GRAU, Nuria Cunill. **Responsabilização pelo controle social**. In. *Responsabilização na administração pública*. São Paulo: CLAD/FUNDAP, 2006.

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

HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Direito administrativo e judiciário**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito – LEUD, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais**. In *Revista Negócios Públicos*, Ano II, n.º 6: 39-41.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAVALLE, Adrian Gurza. CASTELLO, Graziela. **Sociedade civil, representação e a dupla face da “accountability”**: Cidade do México e São Paulo. In *Caderno CRH*, Salvador, v.21, n. 55:67-86, jan./abr. 2008.

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

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Trad. Maria Luiza X. A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.

MANRÍQUEZ, Marcel André Thezá. “**Los claro-oscuros de la ciudadanía en los estudios sobre participación: algunas aproximaciones teóricas**”. In Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo – CLAD Reforma y Democracia, Caracas, n.51, oct. 2011.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDAUAR, Odete. **Parâmetros de controle da discricionariedade**. In Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A democracia e suas dificuldades contemporâneas**. Revista de Direito administrativo, Rio de Janeiro, 212:57-60, abr./jun. 1998.

_____. **Controle da discricionariedade administrativa**, 2006.

_____. **Pareceres de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Procedimento administrativo**. In Direito administrativo na Constituição de 1988. São Paulo: RT, 1991, p. 09-44.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002;

MODESTO, Paulo. **Autovinculação da Administração Pública**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Nº 24 – outubro/novembro/dezembro de 2010. Fonte: http://www.academia.edu/1035236/AUTOVINCULACAO_DA_ADMINISTRACAO_PUBLICA. Acesso em 28 de outubro de 2012.

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.

MONTESQUIEU, Charles de Secondt, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristiana Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

MOREIRA, Gerfran Carneiro. **Os princípios constitucionais da Administração e sua interpretação: reflexões sobre a função administrativa no estado democrático de direito**. In Devido processo legal na Administração Pública. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Democracia e contrapoderes**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 258:47-80, set./dez. 2011.

_____. **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**. 4^a.ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **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.

NEGRI, Antônio. **O poder constituinte: ensaio sobre alternativas à modernidade**. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002;

NINO, Carlos Santiago. “**La filosofía del control judicial de constitucionalidad**”. In: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, num. 4, septiembre-diciembre de 1989.

NOHARA, Irene Patrícia. **O motivo no ato administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

O'DONNELL, Guilherme. **Accountability horizontal e novas poliarquias**. Lua Nova, São Paulo, n. 44:27-52, 1998.

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, 2007.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. **Acerca da motivação do ato administrativo**. In Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. I, 13ª ed. São Paulo: Forense, 1992.

PINHO, José Antônio Gomes de. SACRAMENTO, Ana Rita Silva. **“Accountability”: já podemos traduzi-la para o português?**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, 43(6):1343-1368, nov./dez. 2009.

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

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PONDÉ, Lafayette. **Controle dos atos da administração pública**. In: Revista de Direito, Rio de Janeiro, 212:41-47, abr./jun. 1998.

PONTES DE MIRADA, Francisco Cavalcanti. **Defesa, guarda e rigidez das Constituições**. In Revista de Direito, Rio de Janeiro, vols. IV:01-12, abr./jul. 1946.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo**. Coimbra: Coimbra, 1940.

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

SALCEDO, Antonia González. **“Los desafíos de la participación ciudadana local. Un estudio comparado entre las ciudades de Madrid y Helsinki”**. Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo – CLAD Reforma y Democracia, Caracas, n.49, fev. 2011.

SANDOVAL, Luis Ortiz. **“La instancia pública de la gestión. Algunas consideraciones sobre la participación ciudadana en el Estado”**. Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo – CLAD Reforma y Democracia, Caracas, n.54, oct. 2012.

SANTOS NETO, João Antunes dos. **Legalidade e Decisões Políticas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 234:147-175, out./dez. 2003.

SANSEVERINO, Milton. **Interesse público: atuação do ministério público no processo civil**. In: FRANÇA, Limonge (Coord). Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 45, p. 338.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

SCHMITT, Carl, **“Teoría de la Constitución”**. 2ª reimp. Tra. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996.

SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos jurídicos indeterminados em direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

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

STRECK, Danilo Romeu e ADAMS, Telmo. **Lugares da participação e formação da cidadania**. Civitas, Porto Alegre, v.6 n.1, p. 95-117, 2006.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo participativo**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 242:133-138, out/dez, 2005.

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

VITTA, Heraldo Garcia. **Atos Administrativos. Invalidações. Classificação.** *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 221:257-272, jul./set. 2000.