

O MISTÉRIO DO MAL DA DISCRICIONARIEDADE (ADMINISTRATIVA)

THE MYSTERY OF EVIL OF THE (ADMINISTRATIVE)

DISCRETIONARITY

Luis Henrique Braga Madalena¹

Óliver Vedana²

RESUMO

Em muitas oportunidades a discricionariiedade administrativa é utilizada de forma equivocada no Brasil. No Estado Democrático de Direito, a discricionariiedade é o poder-dever da Administração Pública concretizar a Constituição e a lei. De outro lado, observa-se o desconhecimento dos pressupostos da teoria da discricionariiedade administrativa, utilizando a Administração Pública de uma vulgata como mecanismo que acaba por franquear a atuação não republicana de agentes estatais. Assim, os autores deste artigo acreditam que a

¹ Doutorando em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Direito Constitucional e em Teoria Geral do Direito pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Vice-Diretor Financeiro e Coordenador Geral da ABDConst. Coordenador do Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* (Especialização) em Direito Constitucional da ABDConst.

² Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Advogado.

BRAGA MADALENA, Luis Henrique; VEDANA, Óliver. O mistério do mal da discricionariedade (administrativa). Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

compreensão dos modelos estatais, a partir do advento do Estado Moderno, aponta as alterações que sofreram a legalidade e atuação da Administração Pública, as quais são fundamentais na correta aplicação da teoria da discricionariedade administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade Administrativa, Estado Democrático de Direito, Erosão da Legalidade.

ABSTRACT

Administrative discretion is often misapplied by Brazilian public administration. Within a democratic state based on the rule of law, a margin of discretion is conceded to the public administration to allow the embodiment of legal and constitutional precepts. The reality observed in practical application, however, shows an unfamiliarity with the theoretical postulate by many public agents and, because of that, a tendency towards its misuse. As a conclusion, we believe that the full comprehension of concepts such as legality and the expected actuation of public administration, especially considering the conceptual shift brought by the Modern State, are fundamental for the accurate application of public discretion.

Keywords: Administrative Discretion, Democratic State based on the Rule of Law, Legality erosion.

INTRODUÇÃO

A Constituição possui lugar de destaque no Estado Democrático de Direito, já que estabelece as principais regras do jogo democrático, além de fixar importantes normas de conduta, competências e garantias contra a arbitrariedade dos poderes estatais e econômico. Uma das garantias centrais do constitucionalismo é o princípio da legalidade, o qual estabelece a lei como instrumento jurídico principal, na ordem infraconstitucional, para atribuição de direitos e deveres. Portanto, evidentemente, a desvalorização das normas constitucionais e do princípio da legalidade causa fortes impactos negativos sobre as instituições democráticas e seculares que foram forjadas para afastar os governos autoritários, pois os comandos legais e constitucionais atacam o exercício arbitrário, pessoal e subjetivo do exercício do poder. Outra garantia central, constitucionalmente posta, é a igualdade, tida como pressuposto a ser buscado na atuação dos poderes servindo, também, como filtro de compatibilidade e efetivação do Estado Democrático de Direito.

A grande preocupação exposta nas considerações que advirão é a possibilidade, especificamente com vistas ao caso brasileiro, de que a ideia de legalidade enquanto mecanismo democrático e limitador do poder sofra erosão em face de prática adotada pela administração

pública, que atribui excessiva margem aos agentes estatais. Observa-se um desvirtuamento da teoria da discricionariedade³, permitindo que agentes estatais não comprometidos com o Estado Democrático de Direito persigam interesses não autênticos. Uma das/ consequências da erosão da legalidade é a promoção da desigualdade. Neste sentido, um meio para aumentar o grau de legalidade e elevar o nível de legitimidade das decisões tomadas pelos agentes públicos passa pelo cumprimento do preceito constitucional da igualdade.

No primeiro capítulo deste artigo, com o intuito de demonstrar pontualmente alguns dos fundamentos e a evolução da legalidade e da discricionariedade administrativa, discutiremos o advento do Estado Moderno e a construção do Estado Contemporâneo, focando nos modelos de Estados Liberal e Social. Na seção seguinte, o tema é o papel do direito e da Constituição na conformação do Estado e da atuação da Administração Pública, demonstrada a relevância da normatividade da Constituição e como as fronteiras entre o público e o privado se tornaram tênues, impactando diretamente a atuação da administração, voltada à efetivação dos direitos e garantias individuais e coletivas constitucionalmente postas, tal qual o tipo/forma de controle a ser exercido para garantir essa concretização.

³ MADALENA, Luis Henrique. **Uma Teoria da Discricionariedade Administrativa**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

Na seção 3, de outro lado, promovemos reflexão sobre a discricionariiedade administrativa no Estado Democrático de Direito e sua eventual inadequada utilização pelos agentes estatais brasileiros, a necessidade de apurar mecanismos de controle sobre a administração pública, bem como a sugestão da importação dos preceitos dworkinianos de coerência e integridade como filtros pré-estabelecidos de controle das decisões administrativas, e forma de efetivar a igualdade e o jogo limpo (*fairness*) ao cidadão. Ainda neste capítulo, demonstramos, ao traçar um paralelo com as reflexões de Agamben, que através dos filtros constitucionalmente propostos, e da possibilidade de controle judicial, estar-se-á aumentando o grau de legalidade e de legitimidade das decisões afetas aos agentes públicos.

Por fim, nas considerações finais, são apresentadas algumas palavras a título de conclusão, ao propormos o fortalecimento de mecanismos de controle (popular, administrativo e judicial) para compelir o mau uso da discricionariiedade administrativa para fins incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Esse breve artigo tem como pano de fundo a intenção de reafirmar a importância de respeitar a lei em seu sentido mais aberto, evidentemente pressuposta sua conformidade com a Constituição. A lei, como decisão política e jurídica democraticamente produzida pelos representantes do povo em diálogo com a sociedade civil, necessita ser

BRAGA MADALENA, Luis Henrique; VEDANA, Óliver. O mistério do mal da discricionariedade (administrativa). Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

observada pela administração pública, não podendo a teoria da discricionariedade ser utilizada de forma a permitir atuação não republicana da Administração Pública. Não se deve olvidar que o Estado é instrumento essencial para alavancar e realizar os direitos fundamentais, sendo esta sua razão de existir.⁴

1. NOTAS SOBRE O ESTADO MODERNO E CONTEMPORÂNEO

Para que comecemos a falar algo sobre as origens e fundamentos da legalidade e da discricionariedade administrativa, faz-se importante tratar do Estado na Teoria Política Moderna⁵ e sua perspectiva contratualista.

O moderno contratualismo surge no período compreendido pelos séculos XVI a XVIII⁶, possuindo a estrutura básica assentada na

⁴ Paulo Bonavides destaca que, na proposta de um Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais, “o teor social das instituições se tornava a nota mais predominante de sua caracterização (...) seu ponto de apoio e traço de identidade são o tecido social dos direitos fundamentais. Sua legitimidade se faz e cresce na exata medida em que tais direitos se concretizam”, assevera, ainda que “os direitos humanos, à medida que se convertem em direitos fundamentais, segundo a terminologia jurídica, em virtude de inserção no ordenamento positivo das Constituições, se tornaram o norte do Constitucionalismo, de sua legitimidade, de sua ética, de sua axiologia, de sua positividade”. (BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 55-56; 59).

⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 28-67.

⁶ Hobbes, **Leviatã** – 1651; Locke, **Dois Tratados sobre o Governo Civil** – 1690; Rousseau, **Contrato Social** – 1762.

contraposição entre o Estado de Natureza⁷ e o Estado Civil, relação esta mediada pelo Contrato Social. Na tradição contratualista, a visão instrumental de Estado faz com que tal instituição seja vista como uma criação artificial dos homens⁸, constituindo-se em “instrumento” da vontade racional de seus “inventores”, verdadeiramente utilizado como ferramenta para atingir determinados fins que acabam por condicionar sua criação.⁹

Desta forma, a ideia contratualista de Estado pretende estabelecer concomitantemente a fundação do mesmo e projetar-se como fundamento do poder político, partindo de um acordo de vontades, tácito ou expresso, que acabe pondo fim ao estado de natureza, dando início à sociedade política, ou seja, ao estado civil.¹⁰

Portanto, evidente a inovação trazida pelo conceito de Estado Moderno, muito influenciado pelos fundamentos contratualista e sendo:

⁷ Abstração que serve para justificar a superação do momento não contratualista e para legitimar a existência da sociedade política organizada, retratando estado de pretensa desordem, um ambiente dominado pelas paixões, em que se configuraria situação de total insegurança e incerteza, predomínio da violência (guerra de todos contra todos) e conseqüente domínio dos mais fortes.

⁸ Diversamente do que entendido pela concepção orgânica, que vê a sociedade como “natural” ao homem.

⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. p. 28-29.

¹⁰ Id.

importante registrar que, naquilo que se passou a denominar de Estado Moderno, o Poder se torna instituição (uma empresa a serviço de uma ideia, com potência superior à dos indivíduos). É a ideia de uma dissociação da autoridade e do indivíduo que a exerce. O Poder despersonalizado precisa de um titular: o Estado. Assim, o Estado precede da institucionalização do Poder, potência e autoridade. Esses elementos dão origem à ideia de Estado. Ou seja, o Estado Moderno deixa de ser patrimonial. Ao contrário da forma estatal medieval, em que os monarcas, marqueses, condes e barões eram os donos do território e de tudo que nele se encontrava (homens e bens), no Estado Moderno passa a haver identificação absoluta entre Estado e monarca em termos de soberania estatal.¹¹

Fundamental ao Estado Moderno a ideia de justificação do poder, passando as instituições estatais a terem finalidades determinadas. Estas necessitam beneficiar diretamente os indivíduos que alienaram seus poderes. Desse modo, de uma forma muito direta, caso os

¹¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. p. 28-29, p. 42

deveres previstos no acordo de criação do Estado sejam descumpridos pelos governantes, não mais haverá justificativa sustentável para a manutenção do Estado.

Ainda, o advento do Estado Moderno marca a gradativa busca pelo monopólio da tributação e da violência nas mãos de apenas uma instituição: o rei/Estado. O que indubitavelmente provia condições de segurança para o desenvolvimento das atividades econômicas. Originalmente, esse novo modelo estatal concede grande poder ao monarca, sendo, na prática, o monopólio da tributação e da força física um verdadeiro monopólio privado e pessoal do rei.¹²

A segurança provida pelo Estado Moderno, inicialmente na perspectiva conhecida como Absolutista, foi crucial para o desenvolvimento da burguesia e de seus interesses nos primórdios do capitalismo. Entretanto, na passagem do século XVIII para o XIX, a mesma parcela da sociedade já não mais se contentava em deter segurança para exercício de seu poder econômico, ao passo que buscava obter o poder político detido até então pela aristocracia.

A busca por legitimidade da burguesia pautou-se no fortalecimento do poder legal-racional, fundado em uma estrutura normativa e legal,

¹² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 14.

partindo de documento fundamental, chamado de “Constituição”, configurando-se como verdadeira expressão jurídica do Contrato Social. Este processo culminou, na Europa, com a Revolução Francesa de 1789, que iniciou o sepultamento da ideia de Estado Absoluto¹³.

Contribuindo para tal soterramento, o monopólio pessoal da violência e de tributação acabou por tornar-se público:

A capacidade do funcionário central de governar toda a rede humana, sobretudo em seu interesse pessoal, só foi seriamente restringida quando a balança sobre a qual se colocava se inclinou radicalmente em favor da burguesia em um novo equilíbrio social, como novos eixos de tensão, se estabeleceu. Só nessa ocasião, os monopólios pessoais passaram a tornar-se monopólios públicos no sentido institucional. Numa longa série de provas eliminatórias, na gradual centralização dos meios de violência física e tributação, em combinação com a divisão do trabalho em aumento crescente e a ascensão das classes burguesas profissionais, a

¹³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. p. 51-54.

sociedade foi organizada, passo a passo, sob a forma de Estado.¹⁴

A “transformação” dos monopólios pessoais em monopólios públicos apenas se opera em termos institucionais, ou seja, formais, pois o soberano acaba materialmente substituído pela burguesia que é quem efetivamente assume o controle do Estado, que passa a servir diretamente a interesses.¹⁵

Em suma, apesar de as revoluções burguesas, como a francesa, serem realizadas com apoio popular, este imenso contingente continuou relegado, beneficiando prioritária e diretamente, no nascente Estado Liberal, a “classe” proprietária.

O Estado Liberal restava profundamente calcado no individualismo, gerando forte impacto nas vidas econômica e política dos indivíduos. De outro lado, posteriormente, no século XIX e início do século XX, em razão da ampliação do sufrágio e do alargamento da participação política, observam-se reivindicações sociais que possuem como pano de fundo a exploração econômica e social das parcelas da sociedade menos favorecidas (e mais numerosas, obviamente) em decorrência

¹⁴ ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. v. II. Trad. De Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 171.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. p. 15.

BRAGA MADALENA, Luis Henrique; VEDANA, Óliver. O mistério do mal da discricionariedade (administrativa). Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

da política liberal. Como não poderia deixar de ser, exige-se intervenção estatal com o intuito de refrear tais “abusos” e assim diminuir em muito a própria liberalidade das relações econômicas.¹⁶

Este é o início do chamado *Welfare State*, que deverá atender de modo prestacional e interventivo (especialmente no domínio econômico) as necessidades dos indivíduos que o liberalismo deu voz, encerrando a pretensa separação entre economia e política presente no “pacote” ideológico liberal econômico.

2. O PAPEL DO FENÔMENO JURÍDICO E DA CONSTITUIÇÃO NA CONFORMAÇÃO DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O fenômeno jurídico teve papel fundamental em todas estas transformações nos Estados moderno e contemporâneo, especialmente por meio do advento do Estado de Direito¹⁷. Este originalmente constitui-se em limitador da intervenção estatal na vida

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. p. 63-69.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 92-94: “Este Estado que se juridiciza/legaliza é, todavia, mais e não apenas um Estado jurídico/legal. Não basta, para ele, assumir-se e apresentar-se sob uma roupagem institucional normativa. Para além de uma legalidade estatal, o Estado de Direito representa e referenda um algo mais que irá se explicitar em seu conteúdo. Ou seja: não é apenas a forma jurídica que caracteriza o Estado mas, e sobretudo, a ela agregam-se conteúdos. (...) Assim, o Estado de Direito não se apresenta apenas sob uma forma jurídica calcada na hierarquia das leis, ou seja, ele não está limitado apenas a uma concepção formal de ordem jurídica mas, também, a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição”.

BRAGA MADALENA, Luis Henrique; VEDANA, Óliver. O mistério do mal da discricionariedade (administrativa). Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

dos indivíduos no Estado Liberal, as quais partiam principalmente dos comandos políticos cada vez mais fortes do monarca. De outro lado, no Estado Social, o Direito acaba por ser o meio pelo qual todas as reivindicações econômicas e sociais são efetivamente levadas a cabo e transformadas em realidade.

Na perspectiva constitucional, a Constituição do Estado Liberal era bastante desprovida de normatividade¹⁸, sendo geralmente compreendida como documento de teor exclusivamente político, o que conduz à definição das Constituições do Estado (Liberal) de Direito como constituições semânticas¹⁹.

A transição do Estado (Liberal) de Direito para o Estado (Social) de Direito, já em sua "versão" de Estado Constitucional²⁰, dá-se

¹⁸ Para Hesse, "a Constituição não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassale", que a entendia como desprovida de força normativa, à luz dos valores predominantes no liberalismo" (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 09 e 25).

¹⁹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. De Alfredo Gallego Anabiarte. Barcelona: Ariel, 1975. p. 218.

²⁰ Momento em que a Constituição deixa de ser formada e compreendida a partir do Estado e que este passa a ser conformado a partir da Constituição: "Como se explica então que, a partir do início do século XIX, a constituição passa a ter como referente o Estado e não na sociedade? Como é que a constituição é transmutada de constituição da República em constituição do Estado? Poderemos avançar três razões fundamentais, embora se deva ter em conta que não se trata de um processo linear nem de uma história conjugada no singular. A primeira razão – de cariz histórico-genético – reporta-se à evolução semântica do conceito. Quando, nos processos constituintes americano e francês, se criou a constituição como lei conformadora do corpo político passou a entender-se que ela 'constituía' os 'Estados Unidos' dos americanos ou o "Estado-Nação" dos franceses. A segunda razão – de natureza político-sociológica – relaciona-se com a progressiva estruturação do Estado Liberal cada vez mais assente na separação Estado-Sociedade. Os códigos políticos – as constituições e os códigos administrativos – diziam respeito à organização dos poderes do Estado; os códigos civis e comercial respondiam às necessidades jurídicas da sociedade civil. Em terceiro lugar, pode apontar-se uma justificação filosófico-política. Sob a influência da filosofia hegeliana e da juspublicística germânica, a constituição designa uma ordem – a ordem do Estado. Ergue-se,

exatamente na paulatina busca por liberdade e igualdade substanciais como “valores” fundantes dos ordenamentos jurídico e social²¹. Assim, o Estado não mais deve apenas abster-se de invadir a esfera privada, mas também deve promover prestações positivas para efetivar direitos²².

Diante desta conformação, a Constituição não mais poderia ser desprovida de força normativa, ou seja, a concepção de Constituição semântica sucumbe. Também, na vigência do Estado Social de Direito²³, exatamente em razão da necessária intervenção estatal na esfera exclusivamente privada de antanho, as fronteiras entre o público e o privado tornaram-se muito tênues.

Nesse contexto, a atuação da Administração assume contornos fundamentais, já que os órgãos e agentes estatais necessitam ser

assim, o Estado a conceito ordenador da comunidade política, reduzindo-se a constituição a simples lei do Estado e do seu poder. A constituição só se compreende através do Estado. o conceito de Estado Constitucional servirá para resolver este impasse: a constituição é uma lei proeminente que conforma o Estado” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 88-89).

²¹ Nesse passo é que se afirma que “(...) em meados do século XIX, atribui-se ao Estado a missão de buscar a igualdade entre os cidadãos; para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos, a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A defesa do cidadão e da res publica. **Revista do Serviço Público**, Fundação Escola Nacional da Administração Pública, Brasília, ano 49, n. 2, abr./jun. 1998, 1998. p. 127).

²² “A transformação do Estado Liberal de Direito não se dá, assim, apenas no seu conteúdo finalístico, mas, também na reconceitualização de seu mecanismo básico de atuação, a lei.” In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. p. 97.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 92-99.

promotores dos direitos e garantias individuais e coletivas previstas na Constituição e espraiadas por todo sistema jurídico. Por seu turno, há necessidade de efetivo controle da atividade administrativa para o poder estatal não se revestir de arbítrio no Estado Social.

Por sua vez, contemporaneamente, observa-se a vigência do Estado Democrático de Direito como modelo constitucional adotado, configurando-se como um projeto de transformação social que busca ampliar e fortalecer a participação pública no processo de (re)construção de uma nova sociedade mais justa²⁴, informada por uma sólida prática constitucional.²⁵

No âmbito do constitucionalismo, surge no Estado Democrático de Direito, o fenômeno da Constituição Dirigente²⁶, que determina importantes caminhos (objetivos) que o Estado deve seguir. No constitucionalismo dirigente, a democracia melhor se expressa, pois é esta que determina como os rumos e as eventuais mudanças constitucionais devem ocorrer.

²⁴ Cumpre frisar que não se trata de filiação a qualquer das teorias de justiça desenvolvidas. A referência é feita a uma noção ampla de justiça, especialmente no âmbito social.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.**, p. 97-98

²⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado.** p. 106-107.

Pressupostos que fortaleçam a igualdade – e conseqüentemente a liberdade²⁷ – são ferramentas indispensáveis não só para o controle e efetivação deste modelo Constitucional de Estado, mas também para elevar o nível de legitimidade das decisões afetas aos entes públicos.

Além de necessariamente vinculado à Constituição, este controle será legítimo e atingirá o seu objetivo desde que os critérios para tanto sejam técnico-objetivos, além de previstos antecipadamente, a fim de evitarmos a “tentação” dos mesmos subjetivismos que o senso comum teórico²⁸ atribui à discricionariedade administrativa.

²⁷ Nesse sentido: “A melhor interpretação do valor de igualdade deverá levar em conta a convivência com um valor igualmente relevante e que deve ser expresso em sua melhor interpretação: a liberdade. Por isso, o lobo não pode ter “liberdade” de matar o cordeiro. Eu não tenho “liberdade” para matar alguém. A liberdade também funciona como um conceito interpretativo. Na construção a meu direito à liberdade, a igualdade já está envolvida, e vice-versa. A correta concepção de um conceito informa o significado da outra de forma coerente e interajustada”. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 44-45).

²⁸ Difundida por Luiz Alberto Warat, a expressão “senso comum teórico” dos juristas reflete, em suma, que os argumentos somente são persuasivos entre os juristas quando não vão contra a ideologia dominante e suas condições políticas sustentantes. Muitas vezes baseados pela própria teoria da argumentação, dão azo à utilização de argumentos jurídicos como estratégias de normatização. Em seus aspectos legitimadores, a argumentação jurídica torna-se, simultaneamente, alçada reprodutora de valores que tutelam o politicamente produto-desejante. (WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao Direito. Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p.88-89).

3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DILEMAS NO ESTADO BRASILEIRO E CRITÉRIOS TÉCNICO-OBJETIVOS PRÉVIOS DE CONTROLE

No Estado Democrático de Direito, o fenômeno jurídico é instrumento por excelência de regulação social e mecanismo de transformações sociais pela busca de liberdade e igualdade substanciais. Assim, a legalidade decorrente do Estado Liberal necessita de alteração, adequando-se às “pretensões” do Estado Democrático de Direito, da mesma forma que a Administração Pública, que passa a ordenar a concretização de diversos direitos que são diretamente dependentes de uma manifestação comissiva e interventiva da organização estatal.

Diante da impossibilidade de a lei prever todas as hipóteses de abstenção ou intervenção da Administração Pública, é que surge a discricionariedade como forma de “moldar” a legalidade, mas sempre a respeitando, em face das características do caso concreto enfrentado pelo aparelho estatal. Dessa forma, a teoria da discricionariedade é um reconhecimento da insuficiência do positivismo exegético e do Estado liberal clássico, sendo especialmente útil para um Estado interventor e regulador.

BRAGA MADALENA, Luis Henrique; VEDANA, Óliver. O mistério do mal da discricionariedade (administrativa). Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Um dos componentes jurídicos da discricionariedade é o poder normativo concedido à Administração Pública, que possui como função “complementar” a legislação produzida pelo parlamento, vinculando sua própria atuação²⁹ e dos cidadãos.

Ademais, especificamente no direito brasileiro, a discricionariedade, desde seus clássicos teóricos³⁰, é definida como a margem que o direito

²⁹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 183-186.

³⁰ Sem desconsiderar clássicos pretéritos como o de Augusto Olympio Viveiros de Castro (CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratado da ciência da administração e direito administrativo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Jachinto Ribeiro dos Santos, 1914), e de Oliveira Santos (SANTOS, Oliveira. **Direito administrativo e ciência da administração**. Rio de Janeiro: Jachinto Ribeiro dos Santos, 1919), o marco teórico do qual derivaram as demais linhas de pensamento, entre os autores de maior repercussão, é representado por Themístocles Cavalcanti (CAVALCANTI, Themístocles. **Instituições de direito administrativo brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938), no qual ao distinguir direito administrativo de ciência da administração, e dividir a administração pública em dois compartimentos separados, mas comunicantes, associou a discricionariedade administrativa com arbitrariedade, liberdade (do administrador) e individualismo, tornando-a insusceptível de qualquer tipo de controle externo, justificadas principalmente pela indeterminação das próprias prescrições normativas. Posteriormente, Francisco Campos (CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1958), firmado no positivismo normativista, fundamenta a discricionariedade administrativa na margem de escolha do agente estatal frente à imprecisão das prescrições normativas, as quais permitem, propositalmente ou pela impossibilidade de previsão das possibilidades de aplicação, uma área de atuação movida exclusivamente pela convicção do intérprete, sem a repressão de qualquer tipo de controle (científico). Evidencia, portanto, a arbitrariedade do agente. Com Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013), houve uma cisão entre o poder discricionário da administração e o ato discricionário, sendo que aquele antecederia este. Para Meirelles, o direito (positivo) – inserido na perspectiva do direito normativista – é quem concede o poder discricionário para a administração, implícita ou explicitamente, a fim de que esta possa efetivar, com liberdade, as melhores escolhas administrativas. Dentro dessa “autorização da lei” há a distinção entre atos administrativos vinculados à lei, com pouca ou quase nenhuma limitação, e os atos discricionários, em que a “lei” confere maior liberdade ao administrador público. Uma grande diferença para com seus antecessores é que em Meirelles propõe a possibilidade de controle tanto do poder discricionário, quanto da discricionariedade do intérprete, através dos princípios da finalidade e da razoabilidade. Sua tentativa sofisticada de separar discricionariedade e arbitrariedade não se sustenta fora dos paradigmas da filosofia da consciência e do positivismo normativista. Bem semelhante à Meirelles, na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros. 2013) a discricionariedade administrativa é utilizada, em cada caso, da melhor maneira pelo intérprete, para buscar o melhor ao interesse público, devendo esse ser o norteador da atividade administrativa. É, portanto, a liberdade conferida ao administrador, dentro da lei, exercida nos

BRAGA MADALENA, Luis Henrique; VEDANA, Óliver. O mistério do mal da discricionariedade (administrativa). Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

acaba por deixar ao administrador, principalmente em razão da indeterminação de diversos conceitos jurídicos ou de pontuais determinações/permissões normativas que acabam por fazer com que o direito ceda espaço para a manifestação de outros campos afetos à gestão pública, como a política e a economia, visando à implementação do que preleciona o ordenamento jurídico no caso concreto.³¹

Por sua vez, Eros Grau, ao refletir sobre a discricionariedade, formula relevante distinção entre interpretação jurídica, a qual é responsável por construir a norma jurídica a partir do texto legal, e a oportunidade administrativa, campo afeto à política e a outras searas do conhecimento, necessariamente atuantes na gestão da coisa pública. A partir desta distinção, Eros Grau estabelece compreensão de que as decisões que respeitam o critério de legalidade não poderão ser constrangidas pelo direito.³² Com isso define a discricionariedade administrativa como a esfera da gestão pública que comporta soluções diversas e respeitantes do ordenamento jurídico.

limites da norma legal, e toda atuação fora dessa "moldura" é considerado arbitrário, um "desvio da discricionariedade". (In. MADALENA, Luis Henrique. **Uma Teoria da Discricionariedade Administrativa**. p. 80-101).

³¹ CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1958; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 18-32; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 430-443.

³² GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 202-210.

A questão central na discricionarietà administrativa é definir os critérios de legalidade prévios à “janela administrativa”, em decorrência dos quais os atos da administração deverão sofrer uma análise jurídica para que possam ser colocados na condição atos administrativos discricionários, válidos e legais.

Dentro deste contexto, é nos pressupostos dworkinianos de coerência e integridade que entendemos ser possível encontrar uma resposta constitucional e democraticamente adequada, para ao menos termos um ponto de partida com o intuito de estabelecer os critérios legais prévios de controle dos atos discricionários da administração pública.

Nesta linha, uma decisão tende a ser coerente quando, para casos idênticos, houver a aplicação dos mesmos preceitos e princípios, assegurando a igualdade, ao passo que todos os casos, de igual monta, terão igual consideração.³³

A integridade exige dos agentes que seus argumentos e decisões sejam integrados ao conjunto de regras e princípios que guiam o ordenamento. É justamente neste conjunto integrado que o agente da administração pública encontrará os meios para decidir, livre da

³³ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil? In: ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 157.

tendência de cair voluntarismos contrários aos princípios da administração e ao Estado Democrático de Direito.

O argumento de que a discricionariedade administrativa se justifica frente a indeterminação dos conceitos, fica enfraquecido quando, ao exigir uma decisão íntegra, as respostas supostamente “vagas” encontram arcabouço teórico na integridade do ordenamento, servindo, desde sua aplicação, como controle prévio da decisão administrativa³⁴. Portanto, a integridade dimensiona-se num campo valorativo/moral, e a coerência configura o *modus operandi* para alcançá-la.³⁵

A conjunção de coerência e integridade aplicadas às decisões afetas à “janela administrativa”, além de garantir efetiva igualdade, faz dos atos praticados um jogo limpo (*fairness*), assegurando-os a partir da força normativa da Constituição.

Se torna ainda mais importante essa conjunção quando ainda se observa no Brasil, muitas vezes, que as decisões da Administração Pública não são tomadas com objetivo de concretizar a Constituição e

³⁴ Considera-se um controle prévio porque, antes mesmo de ser avaliada a coerência e integridade ou até mesmo o acerto, na seara judicial, o agente estatal é obrigado a refletir e adequar a sua resposta ao cidadão nestes parâmetros, restando a via judicial como um controle subsidiário.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito.** p. 44.

BRAGA MADALENA, Luis Henrique; VEDANA, Óliver. O mistério do mal da discricionarietà (administrativa). Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

as leis democraticamente construídas, e sim representam manifestações dos interesses privados e pessoais dos agentes estatais. Nesse sentido, ainda são atuais as palavras de Sérgio Buarque de Holanda:

No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal.³⁶

Desse modo, em grande medida e de forma equivocada, a discricionarietà no Brasil é utilizada não para concretizar a lei e a Constituição nos casos concretos e nas decisões tomadas pela Administração Pública, mas com o fito de “legitimar” a concretização de interesses egoísticos de administradores públicos não republicanos.

³⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146.

A “sabotagem” da legalidade pela discricionarietà é muito bem anotada por Antonio Manuel Peña:

Sin embargo, pese a admitir que la actuación administrativa es un factor de garantía de numerosos derechos, algunos de ellos incluso fundamentales, existen otros datos a partir de los que entendemos que el objeto de atención y el interés del análisis, en este caso, deben ir dirigidos en sentido inverso, es decir, a la garantía frente a la administración. Entre otros motivos, enumeraremos el carácter vinculado de la administración al sentido político del poder legislativo, su subordinación institucional y su organización jerárquica, a causa de la que la administración asumirá cualquier margen de ilegitimidad que se hubiera desarrollado con anterioridad. Como datos de hecho, señalamos su mayor permeabilidad a la incidencia de intereses particulares o sectoriales no generalizables, su tendencia a la actuación libre o autónoma y su mayor propensión a la desviación respecto de las determinaciones jurídicas a través de la actividad

administrativa, para la que resulta válido lo afirmado respecto de la ley, sino en la garantía frente a la administración pública.³⁷

Por isso é tão importante estabelecermos, da mesma forma como o foi no CPC/15 em seu art. 926, a coerência e a integridade – consequentemente a estabilidade – como critérios técnico-objetivos prévios para filtrar as decisões administrativas. Em suma, é preciso defini-las como vetores principiológicos de leitura das ações estatais, vez que ter uma decisão íntegra e coerente reflete o respeito ao direito fundamental do cidadão – de resposta adequada à Constituição – em face do Poder Público, evitando a surpresa de uma resposta calcada em entendimentos pessoais do agente estatal³⁸. Com a exigência de coerência e integridade eleva-se a ideia de *accountability*³⁹ do agente público.

Assim, há necessidade de apurar os mecanismos de controle sobre a Administração Pública brasileira, não permitindo que a teoria da discricionariedade seja equivocadamente empregada como uma

³⁷ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997. p. 268-269.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil? In: ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade**. p. 170-171.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. p. 46.

liberdade exacerbada dos agentes estatais em confronto com a própria lei e a Constituição. As mudanças exigidas para efetivação de uma Administração Pública mais republicana exigem diversas alterações sociais e nos órgãos e poderes estatais.

Aqui calha lembrarmos-nos das colocações de Agamben, quando fala da relação contemporânea entre legalidade e legitimidade, especialmente ao apontar que, atualmente, os poderes das instituições não são deslegitimados porque caíram na ilegalidade, mas em razão do contrário. A difusão da ilegalidade ocorre porque os poderes acabaram por perder toda a consciência de sua legitimidade.⁴⁰

Tal relação, cada vez mais presente, leva a uma banalização de ambos os princípios da tradição ético-política, culminando em uma completa desvalorização de ambos, dado que se a legitimidade deveria funcionar como fundamento, sustentáculo da legalidade, tendo em vista que o primeiro nunca foi muito presente por estas terras, complica-se de forma decisiva o respeito ao segundo.

Como um caminho para solucionar este problema entendemos que, em primeiro lugar, os mecanismos de fiscalização popular necessitam ser aprofundados. Não é viável uma Administração Pública que se funda na personalidade e na cooptação do público pelo privado. Dessa forma,

⁴⁰ AGAMBEN, Giorgio. **O mistério do mal**. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 10-11.

os cidadãos precisam utilizar-se dos mecanismos legais, previstos, por exemplo, na Lei nº. 12.527/2011 sobre acesso à informação, e constitucionais, como o princípio da publicidade estabelecido no art. 37, *caput*, Constituição Federal, para fiscalizar os agentes estatais e suas decisões.

Ademais, a Administração Pública necessita refinar seus mecanismos de formação de agentes estatais, os quais devem estar plenamente imantados nos princípios republicanos e democráticos determinados pelo Estado Democrático de Direito. Também se impõe aos órgãos estatais depurar os mecanismos internos de monitoramento dos atos administrativos.

Ainda, o controle judicial dos atos administrativos é ponto central para mitigar o uso indevido da discricionariedade administrativa, vedando a elaboração de atos que afrontam a lei e a Constituição. Não se defende a substituição do administrador pelo juiz. Entendemos que o combate aos atos administrativos não republicanos passa, necessariamente, pelo aprofundamento de todos os mecanismos de fiscalização e, por consequência, do controle judicial.

Se assim não for, a partir de Agamben, mais uma vez, especificamente na alegoria bíblica lembrada pelo filósofo italiano, em que presentes o *katechon* como elemento retardador dos acontecimentos, equiparado

às instituições estatais ou eclesiásticas, e o messias na condição de elemento decisivo. Quando se interpõe entre estes dois a figura do homem da anomia, ou o anticristo, ocorre a saída de cena do *katechon*, prevalecendo a anomia que deixa a lei completamente inoperante, levando consigo o Estado, suas instituições e todas as conquistas da modernidade.⁴¹

Quando o anticristo já tomou o *katechon*, ou seja, quando a anomia já corroeu as próprias instituições, estas apenas existem de forma simbólica ou como forma de revestir de pretensa legitimidade a prevalência da ausência de lei e provê-la de legitimidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado Moderno, a centralização do poder originalmente ocorre, de forma concomitante, com o exercício pessoal do poder por meio do monarca. De outro lado, o princípio da legalidade, no Estado Liberal, representa importante marco na busca pela atuação republicana e impessoal dos órgãos e agentes estatais.

Com o advento do Estado Social, observa-se a alteração nos objetivos e nas funções exigidas e esperadas da Administração Pública, a qual

⁴¹ AGAMBEN, Giorgio. **O mistério do mal**. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 41-42

passa a ser determinante na efetivação dos direitos fundamentais para os cidadãos. Nesse novo contexto, em que a Administração não deve apenas respeitar os direitos individuais dos administrados, mas deve intervir na e regular a sociedade, ampliam-se os poderes dos órgãos estatais.

Os agentes estatais são constantemente demandados e necessitam de instrumentos jurídicos adequados para responder às reivindicações sociais. Desse modo, a teoria da discricionariedade constitui-se no poder-dever atribuído à Administração Pública, a qual possui certa margem de liberdade para atuar em casos concretos. De outro lado, a solução administrativa adotada pelos órgãos e agentes está adstrita aos limites firmados pelas leis e pela Constituição.

De forma ilegal, inconstitucional e em desconformidade com o Estado Democrático de Direito, a Administração Pública utiliza-se da discricionariedade administrativa, muitas vezes, para tomar decisões não republicanas. Além da necessária denúncia acerca da utilização incorreta da teoria da discricionariedade administrativa, é fundamental aprimorarmos os mecanismos de fiscalização popular, administrativa e judicial.

Dentro desses mecanismos, a importação para a seara administrativa dos pressupostos dworkinianos de coerência e integridade, presentes

BRAGA MADALENA, Luis Henrique; VEDANA, Óliver. O mistério do mal da discricionariedade (administrativa). Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

no CPC/15, como filtros pré-definidos da atuação dos agentes estatais, dão azo à efetivação da igualdade e do jogo limpo (*fairness*), servindo como antíteses ao voluntarismo. Através desses filtros, aumenta-se o grau de legalidade das decisões afetas a outros campos da gestão pública, e, por consequência, eleva-se também o nível de legitimidade das decisões tomadas dentro da “janela administrativa”, eivadas de *accountability*, asseguradas pela força normativa da Constituição em compatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGAMBEN, Giorgio. **O mistério do mal**. São Paulo: Boitempo, 2015.

ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRAGA MADALENA, Luis Henrique; VEDANA, Óliver. O mistério do mal da discricionariedade (administrativa). Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A defesa do cidadão e da res publica. **Revista do Serviço Público**, Fundação Escola Nacional da Administração Pública, Brasília, ano 49, n. 2, abr./jun. 1998, 1998.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. v. II. Trad. De Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. De Alfredo Gallego Anabiarte. Barcelona: Ariel, 1975.

MADALENA, Luis Henrique. **Uma Teoria da Discricionariedade Administrativa**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

BRAGA MADALENA, Luis Henrique; VEDANA, Óliver. O mistério do mal da discricionarietà (administrativa). Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao Direito. Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994