

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: UM OLHAR A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA

ADMINISTRATIVE DISCRETION IN THE CONSTITUTIONAL STATE OF LAW: A LOOK FROM A DEMOCRATIC PERSPECTIVE

NATAL DOS REIS CARVALHO JUNIOR¹
FLÁVIA DE ALMEIDA MONTINGELLI ZANFERDINI²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o instituto da discricionariedade administrativa a partir da perspectiva do Estado Constitucional de Direito, confrontando sua aplicação com o sistema democrático. A discricionariedade é instituto relevante para o Direito Administrativo, até mesmo diante da impossibilidade da lei regular todas as situações fáticas. E deve ser compreendida a partir de uma perspectiva de legalidade e de um poder-dever do administrador de encontrar a melhor solução possível para o caso concreto. No Estado Constitucional de Direito a discricionariedade administrativa não pode extrapolar para a arbitrariedade ou desvio de poder e deve ser interpretada a partir do conjunto de princípios e direitos constitucionais.

Palavras-chave: discricionariedade administrativa; direito fundamental; Estado Constitucional de Direito.

ABSTRACT

This article aims to analyze the institute of administrative discretion from the perspective of the Constitutional State of Law, comparing its application with the democratic system. Discretion is a relevant institute for Administrative Law, even in the face of the impossibility of the law to regulate all factual situations. And it must be understood from the perspective of legality and the administrator's power-duty to find the best possible solution for the specific case. In the Constitutional State of Law, administrative discretion cannot extrapolate to arbitrariness or misuse of power and must be interpreted based on the set of constitutional principles and rights.

Keywords: administrative discretion; fundamental right; Constitutional Rule of Law.

- 1 Mestre e doutorando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP - SP). Professor e pesquisador e extensionista do Curso de Direito do Centro Universitário da Fundação Educacional Guaxupé (UNIFEG - MG). Professor colaborador na Faculdade de Direito de Franca (FDF - SP). Bolsista CAPES, código de financiamento 001. Advogado. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-8965-7284>.
- 2 Mestre e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC - Brasil). Professora da graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto. Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Cível de São Carlos-SP e Presidente do Colégio Recursal da 12ª Circunscrição Judiciária - São Carlos/SP. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-0444-5416>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

CARVALHO JUNIOR, Natal dos Reis; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito: um olhar a partir de uma perspectiva democrática. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 77-95, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8984>.

1. INTRODUÇÃO

A discricionariedade administrativa³ é um dos mais importantes temas que circundam o Direito Administrativo. A sua validade em um Estado de Direito, entretanto, nem sempre foi livre de controvérsias. De instrumento arbitrário a mecanismo legítimo, o instituto passa pelo estudo e debate de muitos doutrinadores. O seu estudo é fundamental para o desenvolvimento deste trabalho e para que se compreenda a função do administrador diante das políticas públicas.

O objetivo deste estudo é compreender os conceitos e evolução do tema da discricionariedade quando utilizada pelo administrador público e a sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito, para que ao final se possa concluir se a atuação amparada pela escolha discricionária do administrador é compatível com o modelo de democracia adotado pela Constituição brasileira.

Para isso, utiliza-se um conceito de discricionariedade administrativa que tenha como pressuposto a ideia de legalidade do Estado Constitucional de Direito. Também é necessário delimitar o espaço da atuação discricionária, separando-o do campo da interpretação, dado que são elementos distintos. Faz-se relevante que se confronte a discricionariedade com a arbitrariedade, já que uma das características dos Estados Absolutistas é justamente a ampla discricionariedade do governante. Da mesma forma, contemporaneamente a finalidade voltada ao atendimento do interesse público marca os atos administrativos fazendo com que seja imprescindível reflexão sobre o desvio de finalidade em atos discricionários. Nesse trabalho será feita a análise do espaço de decisão dado ao administrador e do dever que possui diante de decisões discricionárias.

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SUA PRÉVIA NOÇÃO DE LEGALIDADE

O entendimento da discricionariedade na administração pública contemporânea pressupõe a compreensão da legalidade. Isso porque a legalidade é uma das marcas definitivas dos Estados Constitucionais. Nos antigos “Estados de Polícia” da Europa dos Séculos XVI a XVIII a ampla discricionariedade era uma das características que destacavam o poder absoluto dos monarcas, já que um governo absolutista não se subordina à lei (KRELL, 2013, p. 13).

Com a Revolução Francesa e a derrocada dos Estados absolutistas⁴ a ideia de governo das leis ganha espaço em detrimento da ideia de governo dos homens. Será a lei, sinônimo da vontade geral do povo, o novo paradigma que norteará os Estados a partir do século XIX contra

3 A expressão discricionariedade administrativa aqui é utilizada para delimitar o objeto de estudo, contudo, Luís Henrique Madalena alerta para a impropriedade da expressão “administrativa”, vez que não se distingue de qualquer outra discricionariedade ligada ao relativismo e a indeterminação dos sentidos (MADALENA, 2016, p. 20).

4 Nada obstante a Revolução Francesa se constitua como marco efetivo na queda do absolutismo e construção de um novo modelo de Estado é preciso que se reconheça que no Estado Medieval já se percebiam direitos reconhecidos a categorias privilegiadas, especialmente aos senhores feudais. Também dentro dos feudos as regras eram claras. Não, como hoje, direitos descritos em uma norma geral e abstrata, mas principalmente direitos reconhecidos pelos costumes e pela natureza das coisas cotidianas. Os direitos e liberdades nos Estados Medievais guardavam características corporativas ligadas a administração e vivência dos feudos (FIORAVANTI, 1998, p. 28-33).

o arbítrio dos governantes. No Estado de Direito, o mérito do governo não é mais medido a partir do poder dos governantes, mas pela quantidade de direitos que usufruem os indivíduos em uma relação diametralmente oposta ao modelo anterior (CADEMARTORI, 2007, p. 47- 61).

Em 1789 a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão prevê em seu artigo 5º que: “A Lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena” (FRANÇA, 1789), tradução nossa. Em seu artigo 6º contempla a lei como expressão da vontade geral, devendo ser para todos e abrangente de todas as dignidades.

No mesmo diapasão, o artigo 3º da Constituição Francesa de 1791, em tradução livre, prevê que “não há na França autoridade superior à da lei. O Rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência” (FRANÇA, 1791). É dessa concepção que decorre também a criação de um poder independente para decidir litígios de maneira imparcial, garantindo igualdade aos cidadãos diante do direito pleiteado. A Constituição francesa, deste modo, passou a limitar pela lei o poder do monarca, constituindo-se em uma relevante marca do triunfo da legalidade.

As ideias principais que embasam o princípio da legalidade surgiram, por um lado, sob a inspiração de Rousseau, de que o único poder legítimo resulta da vontade geral do povo estampada na lei e acima dessa vontade, nenhuma outra se coloca, nem mesmo a do monarca (ROUSSEAU, 1973). De outro lado, nas ideias de Montesquieu, o princípio da separação dos poderes dá primazia ao Poder Legislativo, colocando os outros dois poderes (Executivo e Judiciário), sob a égide da Lei, executando as normas emanadas do Legislativo. Para Montesquieu, o que difere um governo republicano ou monárquico de um governo despótico é justamente a observância das leis (MONTESQUIEU, 1973).

Cediço que após a segunda guerra mundial se consolidou o Estado Social ou Estado de Bem Estar. A preocupação do Estado, então, desloca-se da liberdade para a igualdade. Para cumprir essa missão admite-se a intervenção do Estado na ordem social e econômica de modo a beneficiar os menos favorecidos. O individualismo marcante no Estado Liberal começa a ceder espaço para a necessidade da observação de interesses públicos, o que gera uma expansão da publicização do direito. Nesse cenário o Poder Executivo que havia ficado muito subjugado ao Poder Legislativo no período anterior volta a se robustecer para promover igualdade.

No Brasil, hodiernamente, a legalidade está estampada no artigo 37 da Constituição Federal, que abriga a Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A máxima da legalidade vem esculpida no inciso II, do artigo 5º, da Constituição: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

É preciso, contudo, saber que a legalidade terá aplicações diversas no âmbito público e na esfera privada. Enquanto a máxima “tudo o que a lei não proíbe é permitido” se aplica no âmbito das relações sociais e privadas, para o Direito Administrativo entende-se que o Estado somente terá permissão de fazer aquilo que foi previamente estabelecido em lei. Contemporaneamente também ganha nova leitura o poder político, incluindo-se aí o poder de elaborar leis, que passa a estar subordinado ao Direito considerado numa perspectiva mais ampla. Nesse sentido, Peña Freire:

[...] según esta nueva formulación del principio, sólo serán Estados de Derecho aquellos modelos político-institucionales que incorporen normativamente una serie de límites o vínculos materiales, como condiciones de validez normativa, a las posibilidades de expresión del poder político. Es decir, todos los actos del producción y ejecución jurídica llevados a cabo por cualesquiera poderes del Estado están, de diversos modos sometidos a derecho em todos sus aspectos, esto es, tanto em aspectos formales o procedimentales como materiales y de sentido (PEÑA FREIRE, 1997, p. 131)^{<?>} .

Juvêncio Borges da Silva e Ricardo dos Reis Silveira destacam a partir da inteligência do art. 5º, que a Constituição Federal resguarda uma “esfera de individualidade” em que vigora apenas o querer do sujeito, marcando de maneira inequívoca a delimitação entre o que é particular e o que é público, entre o que pode ser disciplinável ou não pelo Estado, formando, assim, uma barreira contra eventuais pretensões totalitárias do Poder Político. Para os autores, a expressão “invioláveis” que surge no “caput” do art. 5º, marca essa fronteira da individualidade, pertencente a cada pessoa e inatingível ao Poder Público (SILVA; SILVEIRA, 2020). Gilmar Ferreira Mendes, por seu turno, destaca que os Direitos Fundamentais, enquanto detentores de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por disposição expressa da própria Constituição ou por lei ordinária que encontre seu fundamento imediato a Constituição (MENDES; BRANCO, 2021).

Deste modo a legalidade que para o cidadão é um escudo de proteção contra o arbítrio, para o Estado será um comando de submissão à lei, mas não outra lei senão aquela que formal e materialmente se revista de sentido diante do ordenamento jurídico.

2.1 AS LIMITAÇÕES DO LEGISLADOR DIANTE DE TODAS AS POSSIBILIDADES DA REALIDADE

O instituto da discricionariedade também tem como missão a solução de um problema concreto: a impossibilidade do Estado de regulamentar toda a realidade. O universo de acontecimentos possíveis é infinito em face da limitada possibilidade legislativa. Assim, deixar margem para que a solução ideal seja aferida diante do caso concreto consiste em técnica legislativa em busca da melhor solução diante do cenário concreto.

A Administração terá a tarefa de atender às inúmeras necessidades coletivas que a cada dia se tornam mais complexas e mutáveis diante da velocidade do tempo da tecnologia. Novas posturas e demandas surgem, modificam-se e extinguem-se com a rapidez da *internet*, e se mostram incompatíveis com o ritmo do processo legislativo. Atender ao interesse público diante de uma realidade como essa exige da administração pública certa margem de flexibilidade. Nesse contexto, a discricionariedade vai se justificando como indispensável a essa demanda administrativa.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta que a discricionariedade evita o automatismo a que a administração estaria submetida caso tivesse que rigorosamente buscar uma solução legislativa a cada caso concreto. Para a autora, a discricionariedade se desenvolve como uma atividade formalmente necessária a fim de que a administração pública atinja as suas finalidades de maneira eficaz atingindo o bem estar coletivo (DI PIETRO, 2012, p. 62-63).

Celso Antônio Bandeira de Mello explica que a discricionariedade pode decorrer de três situações: I) da hipótese da norma: quando a discricionariedade surge pela maneira imprecisa da descrição da lei ou então pela omissão da descrição; II) do comando da norma: quando houver aberto para o agente público alternativas de conduta, a) seja quanto a possibilidade de realizar ou não o ato, b) seja pela alternativa quanto a forma de realização, c) seja pela oportunidade adequada de realização ou d) por lhe haver sido delegada a competência para resolver qual será a medida satisfatória diante da circunstância; e III) da finalidade da norma: quando a finalidade e palavras a valores ou conceitos plurissignificativos ou vagos e imprecisos, também chamados de fluidos e indeterminados (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 19).

É certo que embora exista uma dificuldade prática ou possa se constituir uma missão inútil à tentativa de esgotar na lei todas as possibilidades de interação entre o cidadão e a administração pública, Fiorini aduz que a discricionariedade não pode ser compreendida como uma falha do legislador ou negligência administrativa. É, ao contrário, instituto necessário para o desenvolvimento de uma gestão em que deve prevalecer o bem estar coletivo. Revela-se será necessária para o eficaz desenvolvimento da administração pública, de maneira que sem a discricionariedade seria inviável a plena realização dos interesses sociais. Assim, não se tratará de um esquecimento do legislador, mas de uma faculdade consciente criada em benefício da administração pública e da sua gestão de interesses públicos. É uma ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao administrador para que na gestão dos interesses sociais atenda as necessidades de cada momento (FIORINI, 1952, p. 31-41). Ademais, o instituto também deve ser interpretado à luz da independência que a Constituição brasileira garante aos poderes⁵, não sendo razoável a tutela absoluta da lei a todos os atos do Poder Executivo.

Consuelo Sarria afirma que o exercício das funções estatais não pode limitar-se ao automatismo. Como o fim da administração pública será a consecução do interesse geral, também será necessário que se leve em consideração nas decisões administrativas às circunstâncias de cada momento. Sendo o interesse geral mutável e adaptável a realidade do momento, atividades absolutamente regradas fariam com que a administração não conseguisse atingir a sua finalidade (SARRIA, 1982, p. 106).

Conclui-se, portanto, que sendo inviável ao legislador lançar mão da tentativa de legislar a respeito de todas as possibilidades de interação da administração com a comunidade não deve ser a causa decisiva da discricionariedade. A discricionariedade existirá não como uma consequência inevitável das circunstâncias, mas como uma opção desejável pelo legislador e pelo ordenamento jurídico para que o interesse público possa ser melhor atingido. O administrador não deve ser visto como a figura que se aproveita da falha do legislador para decidir ao seu bel prazer, mas ao contrário, será aquele se vale do instrumento jurídico delegado pelo ordenamento para diante da realidade buscar a melhor solução.

2.2 PROPOSTAS DE CONCEITO PARA A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Postas estas primeiras considerações para a compreensão do instituto da discricionariedade administrativa, cumpre, agora, buscar um conceito para o prosseguimento da reflexão.

5 CF: "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

Celso Antônio Bandeira de Melo afirma que há discricionariedade quando pela maneira do Direito regular o campo de atuação administrativa restar para o administrador uma área de liberdade em cujo interior caberá uma interferência subjetiva quanto ao modo de se proceder no caso concreto. Diante desse campo aberto, o administrador não terá meios de agir com objetividade (já que a lei não possibilita essa solução) e deverá atuar com base em critérios de conveniência e oportunidade administrativa (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 9).

Da reflexão de Bandeira de Mello é possível extrair-se a conclusão de que a discricionariedade independe da opção do administrador, mas de sua impossibilidade de atuar objetivamente diante da postura adotada pelo Direito. Houvesse na lei clareza quanto à solução pela qual deveria se guiar o agente administrativo não haveria que se falar em discricionariedade, ficando o agente sobre a imperiosa regra da submissão da administração a legalidade.

Os atos administrativos, pode-se afirmar, nunca se apresentam como absolutamente discricionários já que em alguma medida estarão sempre sujeitos lei. A discricionariedade observará, pois, alguma gradação como regra. Dir-se-á que serão vinculados aqueles atos administrativos cuja conformação está estritamente regulada pela lei. Nestes atos não serão relevantes os aspectos volitivos do agente que se limita a aplicar a solução legal (CADEMARTORI, 2007, p. 21). De outra banda, os atos discricionários envolverão uma maior liberdade de agir. O agente aqui agirá com um juízo de conveniência e oportunidade para praticar ou não um ato ou para escolher uma ou outra medida a ser implementada, ou mesmo o grau dessa implementação (FAGUNDES, 1984, p. 127).

Nesse contexto, Juarez Freitas ressalta que a escolha discricionária somente se legitima na medida em que se coaduna de maneira lógica e coerente com o ordenamento jurídico. Falar, pois, de discricionariedade em um estado de direito não significa a tolerância a qualquer ato que envolva elementos de vontade do agente (FREITAS, 2009, p. 24). Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que na discricionariedade administrativa, diante do caso concreto, o agente terá mais de uma opção de escolha dentro da legalidade. Discricionariedade administrativa será “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito” (DI PIETRO, 2012, p. 62).

Enfim, estaremos diante da Discricionariedade Administrativa quando por opção do ordenamento jurídico a administração recebe certa margem de liberdade se posicionar politicamente, escolhendo o modo mais conveniente e o momento mais oportuno para a prática de determinado ato administrativo, optando por uma entre opções legalmente válidas, de modo a posicionar-se com coerência diante do ordenamento jurídico apresentando a melhor solução para o interesse público no caso concreto.

3. OS CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS

Uma discussão relevante quando se debate a discricionariedade é a dos conceitos legais indeterminados, uma vez que para além da dificuldade prática de aplicação, é necessária a compreensão se consistem ou não em uma forma de discricionariedade.

A expressão “conceito legal indeterminado” ou “conceito jurídico indeterminado”, embora muito criticada, se estendeu por vários países como Alemanha, Portugal, Espanha, Itália, e mais recentemente no Brasil para tratar de expressões utilizadas pela lei sem um sentido preciso ou determinado (DI PIETRO, 2012, p. 90). Expressões como “boa-fé”, “bem comum”, “conduta irrepreensível”, “pena adequada”, “ordem pública”, “notório saber”, “moralidade”, “razoabilidade”, entre tantas outras aparecem com frequência na legislação. No direito administrativo esse tema fica mais destacado por conta da relação que carrega com a discricionariedade administrativa. Antônio Francisco de Souza assevera que esse fenômeno se deve justamente por conta da função da Administração Pública de busca dos interesses sociais. Diante disso, os conceitos abertos são um instrumento privilegiado para que o legislador permita uma ação administrativa que reaja a tempo e modo adequado diante dos imponderáveis da vida (SOUSA, 1987, p. 73).

Celso Antônio Bandeira de Mello anota que para a moderna doutrina Alemã, os conceitos indeterminados ou fluidos somente conservariam essa característica quando observados abstratamente, pois no momento da aplicação concreta ganhariam consistência. Assim, diante da situação prática sempre se poderia reconhecer se algo é ou não urgente, se o interesse é relevante, se o perigo é grave, e assim por diante. Todavia, embora seja verdadeira a ideia de o caso concreto auxilia no preenchimento de sentido dos conceitos vagos, seria forçoso afirmar que a realidade seria sempre suficiente para dissipar as dúvidas de aplicação desse conceito. Em inúmeras situações mais de uma interpretação é razoavelmente admissível, não se podendo afirmar que um entendimento divergente será incorreto. Noções como “pobreza”, “velhice”, “tranquilidade pública” e tantas outras, comportam gradações de aplicação diversa mesmo diante do caso concreto. É até possível, afirmar-se que alguém é indubitavelmente “pobre” ou “velho”, todavia, em outros casos não se poderia rechaçar opiniões divergentes sobre os mesmos conceitos (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 22-23).

Cumprido ponderar, destarte, se sempre que a Administração lidar com conceitos indeterminados estaremos diante do fenômeno da discricionariedade? No Brasil, Regina Helena da Costa discorda da doutrina alemã que entende não haver discricionariedade quando a lei usa conceitos indeterminados. Para a doutrina alemã esta será uma questão de interpretação da lei. Mas a autora leciona que a interpretação não será, em muitos casos, suficiente para afastar a indeterminação do conceito, sendo que nesta hipótese a administração estará autorizada a optar entre mais de uma significação possível, sempre que tiver como parâmetro, o princípio da razoabilidade. Quando terminada a interpretação e mesmo assim restar um campo nebuloso do conceito que não pode ser afastado, complementar o sentido por meio de uma apreciação subjetiva não será outra coisa senão a própria discricionariedade. A consequência dessa distinção tem importância porque em se tratando exclusivamente de interpretação, o controle judicial seria amplo, na medida em que é função típica do Poder Judiciário interpretar o alcance das normas jurídicas para sua justa aplicação. Em se tratando de análise por meio de interpretação subjetiva do órgão administrativo (discricionária), o controle judicial será apenas de contornos e limites sob pena de substituir-se a discricionariedade administrativa pela judicial (COSTA, 1988, p. 79-108). A partir desse pensamento, a grande zona de tormento estará em buscar-se em cada caso saber se a lei deixa margem a discricionariedade ou se estará tratando tão somente de interpretação.

Andreas Krell anota que não existirá discricionariedade diante de conceitos vagos, fluídos ou expressões indeterminadas na legislação. Esses conceitos deveriam, então, ser preenchidos a partir de uma inteligência cognitiva, intelectual, permitindo apenas uma única decisão justa ou correta (KRELL, 2013, p. 45).

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que operações mentais intelectivas (interpretação de conceitos legais) e volitivas (opções de conveniência e oportunidade) constituem realidades logicamente distintas, mas que terão os mesmos efeitos jurídicos que integram aquilo que se entende por discricionariedade e por esta razão teriam que ser tratadas de forma idêntica pelo direito.

Também não seria possível a existência de discricionariedade diante de conceitos técnicos, ou seja, quando a lei usa conceitos que dependem de análise de órgão técnico não cabendo à administração mais do que uma solução válida ao caso concreto. Assim, quando a Lei assegura o direito a aposentadoria por invalidez, a decisão da Administração fica vinculada ao laudo técnico fornecido pelo órgão que concluirá pela invalidez ou não para o trabalho (DI PIETRO, 2012, p. 119).

3.1 INTERPRETAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

Discernir a diferença entre os casos de simples interpretação e poder discricionário acaba se mostrando uma das maiores dificuldades para a aplicação da lei diante de conceitos indeterminados, conforme o debate do tópico anterior. Ambas as hipóteses envolverão um trabalho intelectual prévio ao momento de aplicação ao caso concreto.

Nos Estados Absolutistas o problema de interpretação das leis resumia-se à interpretação do direito privado, já que a Administração era essencialmente livre (QUEIRÓ, 1948, p. 41). Quando se instaura o Estado de Direito, com ele vem o império da lei e a lei demanda interpretação. Assim, é possível tanto ao Poder Judiciário, quanto à Administração promover a interpretação da lei antes de sua aplicação.

No Estado de Direito com a possibilidade de interpretação da Lei pela Administração é que surge o conflito entre o momento em que existe discricionariedade e o momento de simples interpretação. Antes de qualquer coisa, é prudente que se registre que não faz mais qualquer sentido o antigo brocardo que enunciava “quando a lei é clara, cessa a interpretação”. Toda lei não somente comporta interpretação como a exige por parte do órgão que a aplicará, seja o Estado Juiz ou o Estado Administrador.

A efetiva incidência de um determinado comando legal somente se efetiva através da sua relação com outros dispositivos e em conformidade com o método sistemático e contextual de interpretação, ou seja, toda lei comporta interpretação, mesmo quando seja aparentemente clara (LEITE, 2006, p. 111). É, por isso, razoável a afirmação de que não existe uma interpretação unívoca, mesmo quando o texto interpretado tenha conceitos precisos, porquanto, o objeto da interpretação não é somente a norma, mas o ordenamento jurídico. Leciona Norberto Bobbio que “o Direito não é norma, mas conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo” (BOBBIO, 1999, p. 21).

Tem-se interpretação diante de uma atividade cognoscitiva-volitiva do aplicador que busca o significado das normas legais bem como seus propósitos. De outro modo, fala-se em discricionariedade como uma decorrência de atuação optativa, que implica procedimento caracterizado por um juízo subjetivo a cargo das autoridades administrativas. A discricionariedade, desse modo, terá lugar somente diante da específica hipótese de inexistir prefixação de modo e fins imediatos da norma legal, indicadores do “iter” a ser adotado. E nesse sentido, sendo a discricionariedade caracterizada pela escolha que deve preceder a expedição do ato administrativo por parte do órgão aplicador, fundada em uma atribuição implícita outorgada pela moldura legal a agentes e órgãos, esta faculdade é delimitada quanto ao seu exercício a essa singular e restrita hipótese e, mais que isso, direcionada ao cumprimento da finalidade traçada pelo ordenamento jurídico (LEITE, 2006, p. 82-86).

Nas lições de Laun, discricionariedade há somente quando o agente não encontra pré-fixados nem a vontade, tampouco a intenção ou os fins do legislador ou, mais concretamente, os seus fins imediatos, e é por isso autorizado a determinar, ele próprio, quais devem ser os fins próximos de seu agir. E mais: “o legislador deixa então ao órgão a determinação do que, em cada um desses casos, deve considerar-se o interesse público a atingir” (LAUN apud QUEIRÓ, 1948, p. 45). Marçal Justen Filho discorre sobre o tema:

Mas, ainda, que a interpretação-aplicação envolva algum tipo de contribuição pessoal do aplicador, isso não equivale a identificar a atividade de aplicação do direito com a discricionariedade administrativa.

A distinção não se funda no resultado ou na influência da vontade do intérprete: muitas vezes, o resultado da interpretação reflete inovações em face do texto legislativo que são extremamente relevantes, refletindo concepções pessoais do sujeito encarregado da atividade de aplicação do direito.

A diferença entre interpretação e discricionariedade reside na opção adotada pelo legislador. A discricionariedade é um modo de construção da norma jurídica, caracterizada pela atribuição ao aplicador do encargo de produzir a solução por meio da ponderação quanto às circunstâncias. Ou seja, a discricionariedade significa que a lei atribui ao aplicado o dever-poder de realizar a escolha.

Já a interpretação corresponde a uma tarefa de (re)construção de vontade normativa estranha e alheia ao aplicador. O intérprete não atribui a sua conclusão a um juízo de conveniência próprio, mas ao sistema jurídico. Na interpretação, o aplicador não revela a vontade do legislador, mas a vontade legislativa, que é determinada pelo sistema jurídico em si mesmo. Na discricionariedade, a vontade do aplicador é legitimada pelo direito, que não impôs uma solução pré-determinada ao caso concreto (JUSTEN FILHO, 2017, p. 278).

Outra consideração pertinente ao tema é a de que uma vez esgotado o exercício de interpretação, tendo remanescido apenas uma opção, estaríamos efetivamente diante de caso de interpretação somente. Não seria razoável, por exemplo, que o Poder Judiciário, em sua atividade típica de interpretação, impusesse obrigação a alguém diante da opção igualmente válida de não se valer de tal ato de coerção. Todavia, se superada a interpretação restarem mais de uma opção igualmente válidas, estaríamos diante da discricionariedade, devendo a escolha ser feita com base em critérios administrativos (e não jurídicos). Daí a conclusão de que o Poder Discricionário começa onde termina a interpretação (DI PIETRO, 2012, p.127).

4. DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE

Tema relevante e que não deve ser olvidado é a relação entre a discricionariedade e a arbitrariedade, já que aqui analisamos a percepção dos limites de exercício do poder discricionário dentro de padrões democráticos, de acordo com as regras da Constituição da República⁶.

Conforme destacado em tópicos anteriores no Estado de Polícia, sob a égide das monarquias absolutistas, o poder discricionário do rei era quase ilimitado ou absoluto. Mesmo devido ao fato da inexistência de separação de poderes autônomos, ficando todas as funções estatais, e própria ideia de Estado concentradas na pessoa do monarca. A isso se acresciam vários princípios consuetudinários que legitimavam a autoridade real: “regis voluntas suprema” (a vontade do rei é a lei); “quod principi placuit legis habet vigorem” (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei); ou “the king can do no wrong” (o rei não erra). O modelo estatal confundia as esferas do público e do privado devido à personificação que a figura real detinha sobre os organismos políticos (CADEMARTORI, 2007, p. 36-37).

Por este motivo traçaram-se tentativas de separar as instâncias públicas e privadas promovendo uma certa institucionalização mais racionalizada do poder. Os juristas do reino elaboraram o conceito de “Coroa”, concebida como um tipo de entidade da qual o rei era somente a cabeça e os membros eram formados pelos diversos estamentos. A Coroa podia ser representada como uma corporação da qual o rei era o “curator”, mas não o “dominus”. A Coroa era como um centro de produção de atos político-jurídicos diferenciados e superiores ao próprio Rei, expressando, destarte, a unidade do Reino. A partir deste modelo, a Coroa passava a ser uma pessoa jurídica diferente da pessoa física do Rei, que era somente um representante seu, permitindo inclusive a separação do patrimônio do príncipe, impedindo que o rei pudesse dividir o reino entre os seus sucessores⁷.

As marcas do iluminismo acrescentaram novas reflexões à concepção de um Estado que permitia ao Rei poder de vida e de morte sobre os súditos. Alguns monarcas, influenciados pelo movimento iluminista, tornaram-se “esclarecidos”, gerando daí a expressão “despotismo esclarecido” que marcou reinados absolutistas em meados do século XVIII. Apesar das “novas luzes”, é pertinente destacar que Administração Pública não estava submetida, de maneira geral, a nenhum tipo de norma que não emanasse do próprio Rei, os novos direitos e os novos institutos estatais, como o fisco, não passavam de concessões do próprio soberano esclarecido. Por esta razão é que o período é marcado como “império do arbítrio”, não no sentido de injusto, mas no sentido de que os poderes do Rei não eram limitados (CADEMARTORI, 2007, p. 40). Para Fiorini (1952, p. 47-48) um ato discricionário emanado nesta época tanto poderia significar um ato arbitrário em sentido pejorativo quanto um ato oportuno e justo. Para Fernando Garrido Falla (1962, p. 223) o Direito pode ser negado em suas exigências de fundo ou em sua forma. O momento típico da arbitrariedade é o segundo, ou seja, a negação do Direito quanto à sua forma. Daí torna-se possível a dedução de que a arbitrariedade, em princípio, não

6 Georges Abboud separa a discricionariedade do próprio direito. Para o autor “onde a discricionariedade começa, o direito termina”, destaca “No fim, podemos concluir que o direito e a discricionariedade são elementos excludentes. Na realidade, a discricionariedade pode ser traduzida como o nome jurídico que o direito criou para tratar das hipóteses em que era exce-tuada sua aplicação ou incidência” (ABBLOUD, 2016).

7 Essa ideia também é parcialmente desenvolvida na obra de Ernest Kantorowicz que apresenta a teoria dos dois corpos do rei. De um lado, o corpo natural, lastrado pelas efemeridades humanas. De outro, o corpo místico e político do rei, relacionado à ideia de verdade, legitimidade e perenidade (KANTOROWICZ, 1998).

necessariamente será igualada a injustiça. São conceitos distintos. Arbitrariedade pode ser justa ou injusta.

Bobbio aduz que o iluminismo foi um movimento de ideias cujas origens remontam ao século XV, embora tenha vivenciado o seu auge no século XVIII, o “século das luzes”. Este movimento justamente visava estimular a luta da razão contra a autoridade (autoritarismo) em um confronto da luz contra as trevas. Deve-se destacar que esse movimento não se constituiu em uma escola sistematizada ou homogênea. Foi, antes de mais nada, uma mentalidade ou atividade cultural e espiritual que não se restringia aos filósofos, mas espalhou-se por toda a sociedade burguesa, indo de intelectuais até alguns soberanos.

No Estado Moderno o poder se torna despersonalizado e a dominação estatal passa por um fundamento lógico-racional, que decorre do próprio Contrato Social, do qual surge a dominação burocrática weberiana, na qual pode ocorrer a criação e modificação de direitos mediante um estatuto sancionado pela forma/procedimento correto (WEBER, 1986, p. 40-41). Com o Estado de Direito, após as revoluções burguesas, os poderes do Rei e mesmo do Estado ganham nova dimensão e a discricionariedade passa a cada novo passo evolutório a ser encarada com maior desconfiança. No Estado de Direito a discricionariedade quase ilimitada do monarca cede diante da legalidade. Quem impera é a lei e não mais “a vontade livre de um governante”.

O motivo de aqui tratar-se em linhas gerais da história não deve ser outro que não o de reconhecer suas consequências no presente, e a partir daí, projetar-se as perspectivas de futuro, para que a discricionariedade possa ser colocada com naturalidade pelo Direito Administrativo como um fenômeno perfeitamente compatível com a realidade de uma Constituição Democrática, é preciso que não se perca de vista a sua origem despótica, arbitrária e autoritária.

O resgate do instituto da discricionariedade pode perfeitamente, conforme se permita a sua manipulação, servir de uso aos detentores do poder, para a justificação de atos não compatíveis com um interesse público legítimo. Conforme vimos, a criação de institutos como a “Coroa” ou mesmo o “Fisco” podiam fazer com que o rei não fosse mais o proprietário de tudo, mas isso pouco significava diante de uma realidade em que ele era o legítimo representante de Deus na Terra. Logo, não era o proprietário de tudo, mas os proprietários eram seus súditos pela força do Poder de Deus. Assim, algumas reflexões devem ser realizadas já que o discurso do próprio Estado Democrático de Direito pode, agora, transmitir a impressão de que o administrador tudo pode em sua discricionariedade, já que é o legítimo representante do povo (de quem emana o poder); como outrora, o rei era o legítimo de Deus (de quem emanava todo poder). Como foi abordado, os argumentos modernos em defesa da discricionariedade da administração estão centrados na ideia de legalidade. No Estado Democrático de Direito a legalidade é tomada como o fio condutor contra o arbítrio capaz de justificar toda legitimidade do Direito e cumprir as promessas da modernidade (GRAU, 2011, p. 167).

A legalidade fundada em um paradigma (neo)liberal⁸ serve mais como limite para a atividade administrativa em face dos indivíduos do que um comando para favorecer a coletividade.

8 A legalidade sob o prisma do Estado Social dava a lei um sentido de comando autorizativo para que as promessas de cunho social (tão presentes na Constituição Brasileira) pudessem ser implementadas reduzindo as desigualdades. A leitura sob a ótica neoliberal retoma a legalidade com um sentido de limite para a atuação do Estado, acabando por favorecer, dentro desse contexto, as classes que já gozavam de posição privilegiadas.

Isso leva a uma situação em que a Administração se aparelha em favor dos seus próprios interesses e de maneira contrária a grande massa de excluídos, em desacordo aos desígnios constitucionais. Uma vez que não consegue superar este pensamento (neo)liberal, a legalidade torna-se “oca” e sem qualquer preenchimento substancial, servindo como uma capa de sentido para a atividade discricionária da Administração Pública (MADALENA, 2016, p. 41-42)⁹.

Sérgio Buarque de Holanda na clássica obra *Raízes do Brasil* narra a relação de cordialidade e até de familiaridade que o brasileiro estende ao Estado, o que certamente dificulta os contornos entre o público e o privado aos indivíduos ocupantes de posição na organização estatal (HOLANDA, 1995, p. 141-146). Em um Estado carregado de tantas marcas de pessoalidade e que minimiza um natural caráter burocrático (weberiano) em benefício de um olhar particular sobre os assuntos do Estado, falar-se em discricionariedade administrativa exige, no mínimo, uma reflexão aprofundada de acordo com os ideais constitucionais. Uma discricionariedade que brota dessa realidade é temerária. Relativizar o instituto, sem maiores considerações democráticas pode colocar o Estado a serviço dos detentores do poder.

Luís Henrique Madalena (2016, p. 24-25) explica que as concepções sociológicas brasileiras evidenciam os severos prejuízos que uma discricionariedade administrativa trabalhada de maneira inconsequente pode trazer ao Estado Democrático de Direito. Nossa análise histórica remonta a um país tripulado pelas elites, dominantes da massa ignara. Um tratamento relativista do Direito se limita a reproduzir um retrato social que aí está posto a mais de quinhentos anos, traíndo a missão transformadora que também foi repassada ao Direito pela Constituição de 1988.

Falar na possibilidade de controlar-se a atividade discricionária, traduz-se em alguma medida na possibilidade de controlar o próprio estado que devido ao caráter dirigente de nossa Constituição deve atender a todas as mudanças propostas no texto de 1988 (MADALENA, 2016, p. 46-47).

4.1 DISCRICIONARIEDADE E O RISCO DO DESVIO DE PODER

Um dos graves riscos da discricionariedade é a possibilidade de desvio de poder. Pretende-se do Estado uma atuação impessoal delineada pelo esquadro da legalidade. Nesse diapasão é a lição de Ruy Cirne Lima (1962, p. 20-22) já na década de 60:

O fim – e não a vontade – domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação que deve enunciar e determinar a regra de direito. (...). Administração, segundo nosso modo de ver é a atividade do que não é proprietário – do que não tem a disposição da coisa ou do negócio do administrado. (...). Opõe-se a noção de administração à de propriedade nisto que, sob administração, o bem não se entende vinculado à vontade ou a personalidade do administrador, porém, à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir.

9 “A política de legalidade, desta sorte, conduz à neutralidade axiológica do direito e à anulação do direito de resistência contra o direito ilegítimo. O que importa, desde a perspectiva instalada na consagração do princípio, tal como ainda atualmente concebido, é que as normas jurídicas sejam rigorosamente cumpridas. Importam os meios, as custas dos fins. Por consequência, a legalidade assume caráter de dogma” (GRAU, 2011, p. 173).

Assim, a administração pública não é o lugar do “dominus” ou do mando, diferente da propriedade em que impera a autonomia da vontade. Na administração impera a finalidade como obrigatória.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 56) pondera que o desvio de poder é a “utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição”. Dessa maneira, o desvio de poder acaba por mostrar-se uma das modalidades de abuso de direito aplicadas à esfera pública. O desvio de poder nem sempre será evidente e nisso residirá a maior necessidade de atenção do administrado para o abuso. Bandeira de Mello (2012, p. 57-59) em assevera que o administrador pode burlar a lei “violando-a a força aberta, pisoteando a boca cheia e sem recato as disposições normativas, como pode fazê-lo a capucha, à sorrelfa, de modo soez, embuçado sob capuz de disfarce a pretexto de atender o interesse público.” O desvio de poder poderá apresentar-se em duas modalidades. Uma quando o agente administrativo se vale de sua competência para buscar uma finalidade alheia ao interesse público. Nesse caso atua para atingir interesse pessoal favorecendo ou prejudicando alguém, ou mesmo buscando interesse individual do próprio agente. Outra quando o agente público se vale de suas competências para atender um interesse público que, todavia, é diverso daquele da competência utilizada. Ou seja, vale-se de uma competência inadequada para atingimento de uma finalidade diversa que almeja.

A lei, enfim, jamais dará poderes ao administrador senão subentendendo que serão utilizados em atendimento ao interesse público. O Estado de Direito é uma garantia para os cidadãos de que o Poder Público não só irá buscar as finalidades previstas na lei, mas que também ao buscá-las se valerá dos meios que o direito concebeu como adequados. Se mesmo a busca por uma finalidade lícita é capaz de configurar desvio de poder quando realizada pelos meios impróprios, o vício será mais grave quando realizado para busca de interesses próprios de perseguição ou favoritismo. Não raramente nestas situações o agente administrativo estará impulsionado pelo propósito de “captar vantagem indevida, angariar prosélitos ou cegada por objetivos torpes de saciar sua ira contra inimigos ou adversários políticos, buscando molestá-los, ou, pior ainda, vergá-los as suas conveniências” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 60-62).

5. A DISCRICIONARIEDADE NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Importante, neste ponto, destacar algumas características da discricionariedade a partir da perspectiva do Estado Constitucional de Direito. Peña Freire (1997, p. 53) destaca que o absolutismo monárquico dos séculos XVII e XVIII deu lugar a um sistema de poder, no século seguinte, em que a supremacia jurídica e política se concentrou nas mãos do Poder Legislativo. Nesse novo modelo, a lei passou a ser considerada instância máxima contra o arbítrio dos governantes, abrindo portas para ampliar a discricionariedade do poder estatal, isso porque a

lei, como instância soberana não obedecia, ela própria, nenhuma limitação de conteúdo quanto ao que pudesse ser legislado.

Como consequência, a legalidade ganha um caráter acentuado e profundamente formalista, de modo que qualquer poder deveria ser conferido pela lei e o seu exercício e procedimentos seriam exclusivamente por ela outorgados, sem a observância de quaisquer parâmetros axiológicos. Essa formalização da lei decorre de uma nova maneira de legitimar o poder político sobre uma base de impessoalidade que era amparada por um respeito incondicional das disposições legais. Tudo isso gera a imagem de um Estado que passou a proclamar-se integrador, igualitário e protetor da vida, liberdade e propriedade dos cidadãos em nome da lei (CADEMARTORI, 2017, p. 60-61).

A divergência entre o mundo do “dever ser” e a realidade social acarreta uma formalização absoluta da legislação como tentativa de separar essas duas esferas da realidade, evitando qualquer conexão material entre o social e o Direito. Isso faz com que o direito se esvazie de qualquer referência substancial, tornando-se um receptáculo de quaisquer decisões adotadas via processo legislativo. Diante desse quadro, os modelos jurídico e político ficam reduzidos a uma convenção formal e vazia de orientação pragmática ou qualquer pretensão de adequação à realidade social (CADEMARTORI, 2017, p. 62).

Dois fatores levaram a superação desse modelo legislativo de Estado. Primeiramente deve-se destacar que nas primeiras décadas do século XX, o excessivo relativismo axiológico da lei, associado ao profundo formalismo, fizeram com que a lei ficasse isolada da realidade social e econômica. Isto deixa patente que um Estado de Direito não poderia somente ser concebido como um instrumental técnico-jurídico ou um princípio formal de organização institucional. Um Estado de Direito autêntico deveria ser imbuído de uma forte dimensão axiológica que o fundamentasse e o definisse com primazia do pessoal e do social nas relações do poder. A esfera do jurídico, nesse contexto, não se mostrava como mero marco de organização social, mas como avanço civilizatório. Era o ressurgimento da ideia iluminista de que o poder não tem sentido se não estiver subordinado a centralidade da pessoa e da sociedade, tendo como desiderato fundamental a garantia dos direitos e interesses dos indivíduos (PEÑA FREIRE, 1997, p. 54).

O segundo fator da crise da legalidade no Estado Legislativo foi a constatação do conflito entre a realidade social e a ideia de um direito neutro frente a essa realidade. Verificou-se que a lei também faz parte desse conflito social e que longe da ideia de ser um produto da vontade geral, a lei era produzida por uma maioria contingente com interesses específicos e dispersa no espectro social (PEÑA FREIRE, 1997, p. 54-55).

A partir dessa constatação, a lei deixa de ser um tipo de salvaguarda frente ao Estado e se transforma em um mecanismo de legitimação do poder político e expressão da vontade estatal. A lei não mais se compreenderia como um elemento unificador que representava a vontade geral, mas um produto personalizado imbuído de interesses sociais e políticos ligados a contextos parciais. Esses elementos abrem espaço para um novo modelo de Estado, capaz de restaurar a eficácia do Direito como limite ao poder da lei: o Estado Constitucional de Direito. Esse modelo afirma o caráter normativo das Constituições que passaram a integrar um plano de juridicidade superior, acentuando linhas de princípio vinculantes e indisponíveis para todos os poderes do Estado (CADEMARTORI, 2017, p. 64).

Ao Descrever o fenômeno do Estado de Direito, Norberto Bobbio (1990, p. 51) destaca que ao processo de emancipação da sociedade frente ao Estado, seguiu-se um processo inverso de reapropriação da sociedade por parte deste. Isso representou que o Estado de Direito se transformou em Estado Social, ou seja, não somente um Estado que perpassou pela sociedade (com variadas formas de regulação na ordem econômica), mas também um Estado que foi perpassado por ela (CADEMARTORI, 2017, p. 65).

É possível, afirmar, portanto, que a Administração Pública submete-se ao núcleo de valores insculpidos na Constituição, e conforme Gustavo Binbenbajm (2008, p. 12) a consequência mais relevante deste fato é o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo:

Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do Direito Administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como **núcleos de condensação de valores**. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa a ocupar também posição central na constituição de um Direito Administrativo Democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. (grifo do autor).

Neste sentido a Constituição Brasileira é clara em seu artigo 37 ao estabelecer que a administração pública “direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)” (BRASIL, 1988).

Da Constituição se extrai, ainda, que outros princípios gerais terão incidência também sobre a Administração Pública, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III, como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e pertencendo ao núcleo fundamental do ordenamento jurídico. Assim, todas as normas que integram o ordenamento jurídico necessitam ser interpretadas sob o prisma da dignidade da pessoa humana, já que há um comprometimento da Constituição com a realização desse princípio¹⁰. É de se destacar que a Administração estará, ainda, vinculada a um conjunto de direitos fundamentais, especialmente os destacados no artigo 5º da CF.

O processo de constitucionalização do Direito Administrativo rompeu com muitos paradigmas tradicionais da Administração Pública dentre os quais destacamos três pontos: i) a reformulação da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado; ii) vinculação do administrador público à Constituição e não apenas à lei ordinária; iii) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo (VARESCHINI, 2014, p. 106).

Já para Pérez Luño (2001, p. 93-95) a diferença entre Estado de Direito (Estado Liberal Clássico) e Estado Constitucional reside em um tríplice deslocamento do papel que desempenham em termos institucionais, as normas constitucionais: i) deslocamento da primazia da lei para a primazia da Constituição; ii) Deslocamento da reserva legal para a reserva constitucional; e iii) deslocamento do controle jurisdicional de legalidade para o controle jurisdicional de constitucionalidade.

10 Para Ingo Wolfgang Sarlet a CF em seu art. 1º, III: “erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado Democrático de Direito. Assim, na esteira do que já se afirmou em relação à Lei Fundamental da Alemanha, também a nossa Constituição – pelo menos de acordo com o seu texto – pode ser considerada como uma Constituição comprometida com a plena realização da pessoa humana, ainda que não raras vezes este dado venha a ser desconsiderado e não corresponda muitas vezes à realidade (SARLET, 2008, p. 177-210).

Os parâmetros aqui destacados do fenômeno de constitucionalização devem ser aplicados mesmo (e principalmente) quando a administração atua com discricionariedade. É certo, pois, que a discricionariedade deve estar vinculada ao sistema constitucional e aos direitos fundamentais. Juarez Freitas (2009, p. 17-18) destaca que qualquer exercício de discricionariedade legítima exige um controle das motivações que se constituirão na vigilância de compatibilidade entre o ato administrativo e os comandos constitucionais. No Estado Democrático de Direito não basta que a Administração Pública haja com legalidade. Ela deverá apresentar uma atuação focada na eficiência e na consecução das necessidades da sociedade. O seu dever último será o da boa administração, entendida esta como atuação pautada nos princípios e deveres constitucionais primando pela concretização dos direitos fundamentais, atendendo assim ao interesse público (VARESCHINI, 2014, p. 108-109). Princípios constitucionais como a motivação, razoabilidade e proporcionalidade, servem como limitadores e ao mesmo tempo legitimadores da discricionariedade administrativa.

6. DEVER DISCRICIONÁRIO: A BUSCA DA SOLUÇÃO IDEAL

Terminada a era napoleônica na França, a monarquia é reestabelecida em 1815, mas a Administração Pública perde grande parte de sua força. O mesmo acontece com o Conselho de Estado Francês que para evitar confrontos com o Poder Executivo limita suas próprias competências. Assim, o Conselho de Estado decide que as questões de Governo ficavam de fora de seu controle. Desse modo passava-se a construir a ideia de que os “atos discricionários” também chamados de “atos de pura administração” ou “atos puramente administrativos” eram livres de controle. Para saber se um ato era discricionário fazia-se necessário identificar se ele feria algum direito adquirido. Quando isso acontecia, o ato tornava-se passível de controle judicial, quando não era entendido como discricionário e ficava livre desse controle (DI PIETRO, 2012, p. 82).

Com a elaboração da Teoria do Desvio de Poder e Excesso de Poder, de que tratamos em tópicos anteriores, passam a ser admitida a imposição de limites à discricionariedade administrativa admitindo-se análise de finalidade do ato pelo Conselho de Estado. A tese que se constrói é que diante da omissão legislativa em algum aspecto, surgiria para a Administração a possibilidade de apreciar a oportunidade e conveniência das medidas que deveriam ser adotadas para se alcançar as finalidades legais. A partir de então, se deixa de falar em ato discricionário para falar-se em Poder Discricionário. O Administrador era considerado como a pessoa mais apta para resolver determinados casos por estar mais próximo da realidade. Os tribunais ficavam com a competência de controlar a legalidade, não podendo ingressar nos aspectos deixados à liberdade do administrador. Essa doutrina foi amplamente desenvolvida no início do século XX por autores como Michoud, Duguit, Hauriou, Bonnard, Jèze, Waline (DI PIETRO, 2012, p. 83-84).

Desde então, especialmente pelas mãos da doutrina mais tradicional de Direito Administrativo, capitaneada em um primeiro momento pelos autores mencionados anteriormente, enfatiza-se a ideia de um “Poder Discricionário” que é entregue ao Administrador Público para eleger uma entre as soluções possíveis ao caso concreto. Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 15-32), contudo, de modo incisivo afirma que a discricionariedade não deve ser vista como um

“poder”, mas ao contrário como um “dever discricionário” do administrador. A partir dessa concepção não se pode afirmar que o Direito se quede indiferente às escolhas que são feitas pelo administrador dentro da discricionariedade. Ao administrador caberá uma escolha específica: aquela que for a opção mais coerente para adequar o ato administrativo a finalidade legal.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 33-36) ainda destaca que efetivamente não faria sentido que quando a lei pudesse oferecer uma solução ideal para atender ao interesse público ela o relegasse ao administrador para que o fizesse de modo discricionário. Assim, ela só o faz quando diante do caso concreto o administrador consiga apurar de maneira mais adequada a solução ideal.

A lei só autoriza, portanto, a específica decisão, ou a decisão ideal, para atender a sua finalidade com perfeição. Dessa feita, a discricção administrativa não será um campo de liberdade para que o administrador, entre várias possibilidades comportadas pela norma, eleja quaisquer delas. Deverá optar somente por aquela que for ideal. As circunstâncias fáticas formarão balizas complementares à discricção que está traçada abstratamente na norma. A partir das circunstâncias fáticas vão se reduzindo as hipóteses discricionárias até que o Administrador esteja somente diante da solução ideal que se completa com a finalidade prevista na norma abstratamente (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 33-36).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo analisou-se o instituto da discricionariedade administrativa e algumas reflexões sobre a sua compatibilização com um Estado Constitucional de Direito observador da democracia e dos direitos fundamentais.

Pertinente destacar que a discricionariedade quando observada de uma perspectiva tão somente literal pode comportar aplicação tanto em estados absolutistas e tiranos, quanto em estados democráticos. Assim, é necessária a busca de elementos que a afastem do arbítrio rumo ao Estado Constitucional.

Inegável, conforme se ponderou ao longo do estudo, a tradição histórica do Estado Brasileiro para o patrimonialismo e a personificação da coisa pública, o que demanda ainda mais controle para que os contornos discricionários na Administração não se convertam em instrumentos de pessoalidade que beneficia alguns e persegue outros, colocando as políticas públicas e o interesse público em um segundo plano.

Indispensável será, pois, que a atividade administrativa do Estado se paute por uma observância contundente maior que legalidade, mas do ordenamento jurídico como um todo, especialmente as normas e princípios constitucionais e os direitos fundamentais.

A leitura do instituto deve abandonar a ideia de “poder discricionário” dando vez a um “dever discricionário”. A discricionariedade não pode ser um lapso legislativo, mas uma opção consciente do legislador que delega ao administrador público o dever de, diante do caso concreto, encontrar a solução ideal para o atingimento da finalidade da norma e a consecução do interesse público em última análise. Assim, o administrador não terá um leque de opções a seu dispor entre as quais escolherá indistintamente, mas o dever de encontrar a ideal.

REFERÊNCIAS

- ABBOUDS, Georges. **Revista de processo**, v. 251, 2016. Disponível em http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/ABBOUD-Georges_Discricionariade-e-penhora.pdf. Acesso em: 21 out. 2020.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. v. I.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2022.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Editora Juruá, 2007.
- CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.
- COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariade Administrativa. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, São Paulo, v. 29, p. 79-108, jun. 1988.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FALLA, Fernando Garrido. **Las transformaciones del regimen administrativo**. Madri: Instituto de Estudios, 1962.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 1998.
- FIORINI, Bartolome A. **La discrecionalidad en la administración pública**. Buenos Aires: Alfa, 1952.
- FRANÇA. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. França, 1789.
- FRANÇA. **Constituição Francesa**. França, 1791.
- FREITAS, Juarez. **Discricionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- 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.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Editora Fórum, 2017.
- KANTOROWICZ. *Ernst H. Os dois corpos do Rei: um estudo sobre teologia política medieval*. Tradução Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- KRELL, Andreas J. **Discricionariade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MADALENA, Luís Henrique. **Discricionariade administrativa e hermenêutica**. Salvador: JusPodvm, 2016.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A Constituição dos novos direitos**. Núbia Fabris: Porto Alegre, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat Baron de la Brèd e de. Do Espírito das Leis. *In: Os Pensadores*. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PEÑA FREIRE, Antônio Manuel. **La garantia em el Estado Constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O poder discricionário da administração**. Coimbra: Coimbra Editora, 1948.

SARRIA, Consuelo. **Discrecionalidad administrativa**. In: ACTO Administrativo. Tucuman: Unsta, 1982.

SILVA, Juvêncio Borges da; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. O início da concepção dos Direitos Inalienáveis no Leviatã de Thomas Hobbes. In: TEORIA dos Direitos Fundamentais. Aracaju: CONPEDI, 2015. p. 252-276. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/3a01aj5a/n15s6yf2cN7KF4M8.pdf>. Acesso em: 22 out. 2020.

SOUSA, Antônio Francisco de. **A discricionabilidade administrativa**. Lisboa: Danúbio, 1987.

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

ROUSSEAU, Jean Jaques. Do Contrato Social. In: OS PENSADORES. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Discricionabilidade administrativa: uma releitura a partir da constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

WEBER, Max. Os três tipos de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (org.). **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1986.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 21/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/04/2022
- Avaliação 1: 08/04/2022
- Avaliação 2: 20/04/2022
- Decisão editorial preliminar: 08/05/2022
- Retorno rodada de correções: 27/05/2022
- Decisão editorial/aprovado: 16/06/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2