



A JUDICIALIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIANTE DO SURGIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

MAZUR, Shayana¹
OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando de²

RESUMO:

Uma das características próprias do Estado de Direito consiste no controle do exercício do poder político pelas regras jurídicas. Deste modo, como premissa maior, só há legitimidade do administrativo se estiver submetido ao Direito. No entanto, a prática das repartições públicas ainda permite uma grande margem para o exercício de atos discricionários, que se convertem em verdadeiras manifestações de arbítrio, acobertadas por uma dogmática jurídica que não se compatibiliza com o controle pretendido pelo Estado de Direito. Sendo assim, o presente estudo teve por objetivo analisar a intensidade do controle judicial da discricionariedade na Administração Pública frente ao surgimento do Estado Democrático de Direito. Como objetivos específicos, buscou-se apresentar o panorama histórico e teórico da discricionariedade administrativa; abordar o controle judicial da discricionariedade administrativa; exibir a aplicação das teorias de controle da discricionariedade administrativa pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Como justificativa para o desenvolvimento do presente estudo, observa-se, a priori, que a judicialização exasperada – seja do interesse público, seja de políticas públicas, ou mesmo a judicialização da política – traz à luz um valoroso debate, qual seja a ingerência do Poder Judiciário nas decisões do Poder Executivo. Para tanto, a metodologia utilizada para o desenvolvimento do presente estudo trata-se de uma revisão bibliográfica. A pesquisa é do tipo exploratória-descritiva, caracterizando-se como qualitativa. Conclui-se que a intensidade do controle precisa incidir da análise da casuística alvitrada, sempre em concordância com a ordem jurídica vigorante, pautada sempre com os embasamentos do Estado Democrático de Direito, de maneira a contrapesar e conservar tanto o princípio da separação dos poderes, quanto o da inafastabilidade de competência porosa a resguardar os direitos basilares e valores constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; Discricionariedade; Estado Democrático de Direito; Judicialização.

THE JUDICIALIZATION OF DISCRETION IN PUBLIC ADMINISTRATION IN THE FACE OF EMERGENCE OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

ABSTRACT:

One of the characteristic features of the State of law is the control of the exercise of political power by law rules. Therefore, as a major premise, there is only the legitimacy of the administrative if it is subject to law. However, the practice of government offices still allows a large margin for the exercise of discretionary acts, which become true manifestations of

arbitration, covered by a legal dogmatic that is not compatible with the control intended by the State of law. Thus, the present study aimed to analyze the intensity of judicial control of discretion in Public Administration in the face of the emergence of the Democratic State of Law. As specific objectives, we sought to present the historical and theoretical overview of administrative discretion; address judicial control of administrative discretion; to display the application of theories of control of administrative discretion by the Supreme Court (FSC). As a justification for the development of the present study, it is observed, previously, that exasperated judicialization - whether in the public interest, public policies, or even the judicialization of politics - brings to light a valuable debate, whatever the interference of the Judiciary in the decisions of the Executive Authority. Therefore, the methodology used for the development of this study is a bibliographic review. The research is exploratory and descriptive, characterized as qualitative. It was concluded that the intensity of control must focus on the analysis of the suggested casuistry, always in accordance with the current legal order, always guided by the foundations of the Democratic State of Law, in order to counterbalance and preserve both the principle of separation of powers, as for the non-obviation of porous competence to safeguard the basic rights and constitutional values.

KEYWORDS: Public Administration; Discretion; Democratic State of law; Judicialization.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são garantidos através de procedimentos formais direcionados para que advenha a devida tutela jurisdicional. Destarte, a influência do Poder Judiciário, diante de determinações à Administração Pública, para que o interesse público seja de fato consolidado, busca trazer a promessa constitucional de assegurar o bem comum por meio da efetivação dos direitos fundamentais, independentemente de qual dimensão sejam.

Uma das características próprias do Estado de Direito consiste no controle do exercício do poder político pelas regras jurídicas. Deste modo, como premissa maior, só há legitimação do administrativo se estiver submetido ao Direito. No entanto, a prática das repartições públicas ainda permite uma grande margem para o exercício de atos discricionários, que se convertem em verdadeiras manifestações de arbítrio, acobertadas por uma dogmática jurídica que não se compatibiliza com o controle pretendido pelo Estado de Direito. Importa, portanto, realizar uma análise crítica a respeito deste conceito de forma a responder: em que sentido a discricionariedade dos atos administrativos é compatível com o Estado Democrático de Direito?

Dessa forma, o presente estudo teve por objetivo analisar a intensidade do controle judicial da discricionariedade na Administração Pública frente ao surgimento do Estado Democrático de Direito. Como objetivos específicos, buscou-se apresentar o panorama histórico e teórico da discricionariedade administrativa; abordar o controle judicial da discricionariedade administrativa; e exibir a aplicação das teorias de controle da discricionariedade administrativa pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Como justificativa para o desenvolvimento do presente estudo, observa-se, *a priori*, que a judicialização exasperada – seja do interesse público, seja de políticas públicas, ou mesmo a

judicialização da política – traz à luz um valoroso debate, qual seja a ingerência do Poder Judiciário nas decisões do Poder Executivo.

Diante disso, vê-se que, por um lado, há decisões insensatas que condenam a Administração Pública ao custeamento de tratamentos de saúde, políticas públicas, concepção de novas vagas, dentre outras, de maneira irrazoável; seja porque são impérvias, seja porque são depostas de essencialidade.

Nesse ínterim, acreditava-se que o julgador somente poderia submergir ao exame de legalidade do ato, de maneira a averiguar se foram correspondidos os critérios formais indispensáveis à sua elaboração. Contudo, essa discricionariedade extensa outorgada ao administrador oferecia margem para possíveis abusos de poder, além de interesses individuais, omissões, injustiças e corrupção.

Para tanto, a metodologia utilizada para o desenvolvimento do presente estudo trata-se de uma revisão bibliográfica. Esta se deu por meio de artigos científicos e publicações. Todo o material foi obtido por meio de sites de busca e bibliotecas virtuais, tais como *Scientific Electronic Library Online* (SciELO) e *Library Genesis*. Como critérios de seleção, optou-se por selecionar obras publicadas entre os anos de 2000 e 2020. A pesquisa é do tipo exploratória-descritiva, caracterizando-se como qualitativa.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O termo “Administração Pública” pode ser aplicado em contextos distintos, com dessemelhantes definições. De tal modo, esta afirmativa pode ser ilustrada através da seguinte avaliação: a Administração Pública brasileira passa por um processo de ajuste estrutural; as filas nos postos de saúde são um produto da ineficiente Administração Pública (MISOCZKY, 2004).

A Administração Pública é a implementação de políticas governamentais, e também uma disciplina acadêmica que estuda essa implementação, e prepara funcionários públicos para trabalhar no serviço público. Surge como um campo de pesquisa com um escopo diverso, cujo objetivo fundamental é promover a gestão e as políticas para que o Governo possa funcionar. De acordo com Matias-Pereira (2010, p. 57), algumas das várias definições que foram oferecidas para o termo são: "a gestão de programas públicos", a tradução da política na realidade que os cidadãos veem todos os dias; e o estudo da decisão governamental".

Dessarte, sabendo-se que a Administração Pública é um objeto de estudo do Direito – que é parte do saber humano –, deve-se questionar: que corpo de ideias pode ser avaliado como sendo essencial para se entender o começo de seu progresso? Pois bem, a resposta a esse questionamento conduz a “sociologia da dominação”, trabalho do cientista social alemão Max Weber (1864-1920) (CAMPANTE, 2003).

A Administração Pública está centralmente preocupada com a organização de políticas e programas governamentais, bem como com o comportamento de funcionários (geralmente não eleitos) formalmente responsáveis por sua conduta. Muitos servidores públicos não eleitos podem ser considerados administradores públicos, incluindo departamentos e órgãos federais, atuando como diretores de orçamento municipal, administradores de recursos humanos, gerentes municipais, gerentes de projetos, secretários de gabinete, dentre outros. Os administradores públicos são servidores públicos que trabalham em departamentos e órgãos públicos, em todos os níveis de Governo (MIRANDA, 2010).

Nos Estados Unidos, funcionários públicos e acadêmicos, como Woodrow Wilson (1856-1924), promoveram a reforma do serviço público na década de 1880, levando a Administração Pública à academia. No entanto, até meados do século XX, com a disseminação da teoria da burocracia de Max Weber, não havia maior interesse em uma teoria da Administração Pública. O campo é de caráter multidisciplinar; uma das várias propostas de subáreas da Administração Pública estabelece seis pilares, incluindo recursos humanos, teoria organizacional, análise política, estatística, orçamento e ética (MELLO, 2015).

O valor das contribuições de Max Weber para o campo da Administração Pública é indiscutível. Tanto que, a evolução deste campo se deu através de quatro modelos; patrimonial, burocrático, gerencial e societal, nos quais se observa que os dois primeiros surgem de sua elaboração teórica. Além disso, pode-se argumentar que os modelos patrimonial e burocrático são construtos “fortes”, enquanto os outros se classificam como “tênuas” (MISOCZKY, 2004).

O adjetivo “tênuas” explica-se pela personalidade concernente do modelo gerencial e pela validade circunscrita do modelo societal. Dentro deste contexto, a vertente gerencial conserva várias premissas do modelo burocrático (como a impessoalidade e a meritocracia), podendo ser avaliada como sendo a sua redefinição em prol da eficácia pública (NOGUEIRA, 2005).

Pois o modelo societal, por sua vez, é elementar. Sendo assim, com o explanado logo acima, entende-se que isso se trata de um fato que almeja irromper com desequilíbrios históricos que assinalaram a relação entre sociedade e Estado ao longo do tempo (PAES, 2005).

A Administração Pública, esta como campo de formação e como campo de estudos, formou-se tendo como finalidade o preparativo de servidores públicos para a Administração Pública moderna

há mais de um século, nos Estados Unidos. São marcos da fundação da disciplina a publicação do artigo *The study of administration*, por Woodrow Wilson (1856-1924), no ano de 1887, na revista *Political Science Quarterly*, e do livro *Politics and administration*, por Frank Goodnow (1959-1939), no ano de 1900 (NOGUEIRA, 2005).

Em 1947, Paul H. Appleby (1891-1963) definiu a Administração Pública como uma liderança pública de assuntos públicos diretamente responsável pela ação executiva. Porque se acreditava que, em uma democracia, teria de haver uma liderança e ação executiva em termos que respeitem e contribuam para a dignidade, o valor e as potencialidades do cidadão (MELLO, 2015).

Um ano depois, Gordon Clapp, então presidente da Autoridade do Vale do Tennessee, definiu a Administração Pública como um instrumento público pelo qual a sociedade democrática pode ser mais completamente realizada. De tal modo, isso implica que ela deve relacionar-se a conceitos de justiça, liberdade e mais ampla oportunidade econômica para os seres humanos, ou seja, preocupada com as pessoas, com ideias e com as coisas (DI PIETRO, 2014).

À vista disso, analisa-se que essas obras supracitadas constituem uma caracterização entre a Administração Pública e a política, caracterização esta ligada à finalidade de suplantação das práticas de apadrinhamento e patrimonialismo que assinalavam a Administração Pública até então nos EUA (MISOCZKY, 2004).

Com base no tema da democracia e descartando o vínculo com o Poder Executivo, Flausino (2015, p. 63) afirma que a Administração Pública "lida com a administração e a implementação dos produtos de uma democracia viva". O termo chave "produto" refere-se a itens construídos ou produzidos, como prisões, estradas, leis, escolas e segurança. Desse modo, "como implementadores, os gestores públicos envolvem esses produtos. Eles participam do fazer da democracia viva".

A disciplina se compôs, de tal modo, inicialmente de uma das tradições da Administração Pública: a que, inicialmente do fim do século XIX e começo do século XX, firmou-se nos EUA: a tradição "científica". Tradições caracterizadas distinguiram a Administração Pública em outros países: a tradição do Direito Administrativo da Europa continental; a tradição pragmática predominante na Inglaterra e a tradição dos países comunistas (CAMPANTE, 2003).

A Administração Científica idealizava a Administração Pública como o ambiente da execução, pelo Poder Executivo, de políticas deliberadas no campo da política. A disciplina direcionava-se a concepção da burocracia governamental, responsável pelo cumprimento ou pela prática das políticas públicas (PAES, 2005).

De tal modo, a burocracia precisaria agir de maneira apolítica e imparcial, com embasamento em uma consistente formação profissional. Nisso, precisaria, dentro deste contexto, ser isolada,

dominar os princípios científicos da administração e satisfazer os princípios gerais de procedimentos (NOGUEIRA, 2005).

Mais recentemente, os estudiosos afirmam que a Administração Pública não tem uma definição geralmente aceita, já que o escopo do assunto é tão grande e discutível que é mais fácil de explicar do que definir. A Administração Pública é um campo de estudo (isto é, uma disciplina) e uma ocupação. Há muita discordância sobre se o estudo da Administração Pública pode ser apropriadamente chamado de disciplina, em grande parte, por causa do debate sobre se a Administração Pública é um subcampo da ciência política ou um subcampo da ciência administrativa (DI PIETRO, 2014).

Em meados do século XX, a ampla aceleração das relações sociais e econômicas inviabilizou a assiduidade de uma Administração Pública fundamentalmente burocrática. O padrão burocrático, na sua compreensão, é dominado pelo determinismo e pela linearidade, e em decorrência disto, é um padrão mais ajustado a um ambiente relativamente estável, de poucas alterações e mutações razoavelmente previsíveis (SANTOS, 2008).

O mundo globalizado, de alterações constantes e imprevisíveis, tal como os progressos tecnológicos, estabeleceu barreiras ao padrão burocrático. Diante disso, a Administração Pública adveio a demandar maior rapidez, descentralização, e controle de resultados. Portanto, nasceu então a necessidade de uma Administração Pública Gerencial (MATIAS-PEREIRA, 2009).

O cidadão vem deixando, gradativamente, de ser sujeito passivo, e advém a demandar, em níveis progressivos, melhores serviços, respeito à cidadania e mais transparência, probidade, economicidade e efetividade no aproveitamento dos recursos públicos. Por isso, dentro deste contexto, a procura pelo aperfeiçoamento e pela profissionalização da Administração Pública adquire função importante, ao grau em que busca tornar mínimo o desempenho do Estado brasileiro, aproximando-o das pretensões da sociedade (PAES, 2005).

A função principal atribuída à Administração Pública no mundo atual é a de aumentar de maneira sistêmica e integrada as oportunidades dos cidadãos. O Estado possui a obrigação de instigar o desenvolvimento e a inclusão de novas tecnologias e inovações no setor público, para que sejam criadas as condições cogentes ao atendimento crescente das demandas sociais (MATIAS-PEREIRA, 2009).

Para desempenhar bem sua função, a Administração Pública, órgãos e entidades, precisam ter os recursos apropriados e o capital humano imprescindível, de maneira a atuar com força, eficácia e efetividade, em benfeitoria da sociedade. De tal modo, faz-se cogente a alteração de um paradigma fundamentalmente burocrático para um gerencial inteiramente focado em resultados (NOGUEIRA, 2005).

O novo padrão de Administração Pública Gerencial, focado em resultados, nasceu como uma estratégia para diminuir custos e tornar mais competente a administração dos recursos sob a responsabilidade do Estado. Neste novo padrão de Administração Pública Gerencial, o Estado possui a função de garantir no interesse do cidadão-usuário maior eficácia e qualidade dos serviços públicos, e não examinar excepcionalmente a realização da legislação em vigor (SANTOS, 2008).

De tal maneira, nota-se que a nova Administração Pública possui como foco o atendimento das necessidades do cidadão. Por isso, são aproveitadas várias ferramentas gerenciais, entre elas, a alteração na postura estratégica das organizações públicas (PAES, 2005).

A abrangência dos objetivos institucionais por parte dos servidores e a disposição de toda organização com as estratégias delineadas, são fatores principais para assegurar o sucesso e a sobrevivência da organização. Implantar práticas que garantam o uso do capital intelectual de maneira correta com a missão, objetivos estratégicos, valores organizacionais e metas da instituição, propendendo à maximização dos resultados e a lógica com os princípios que precisam nortear as ações do setor público, são iniciativas imprescindíveis e indispensáveis ao desenvolvimento de uma cultura apontada para os resultados (SANTOS, 2008).

De tal modo, entende-se que, para se trabalhar de maneira positiva em benefício da sociedade, são fundamentais a construção, a compreensão e a comunicação de estratégias corporativas que garantam resultados apropriados de atender às perspectivas do cidadão em relação à atuação e a função conferida, ao longo da história, aos órgãos públicos brasileiros.

2.2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Diversas homilias *jus* administrativas hodiernas, como a que privilegia o modelo gerencial da Administração Pública, que igualmente oferece ensejo a fartura de princípios, os quais acabam por convir de álibi para os desembargos administrativos tomados na primorosa medida que são estimados em sua faceta teleológica, como certos mandamentos de otimização e não em seu soslaio deontológico. Inicialmente disto, a administração (que é presente em todos os poderes) teve um consentimento jurídico-normativo para atuar da maneira que melhor achar com o que o Direito advém a chancelar a multiplicidade de respostas, as quais são tidas como pertencentes a uma seara política (MADALENA, 2014).

Por conseguinte, avulta-se, primeiramente, que a função do Poder Legislativo no mote da discricionariedade administrativa se mostra fundamental, já que é ele quem escolhe as probabilidades onde o Poder Executivo pode vir a operar de forma discricionária. Para tanto, Fazzio Júnior (2007, p.

78) mostra que o Poder Legislativo adjudica ao Poder Executivo "um aporte no processo de consignação do interesse comum, inicialmente do ajuizamento de interesses privados e coletivos".

A atividade administrativa do Estado, notadamente no Brasil, em que podem ser examinadas as influências da afetividade, do patriarcalismo, e de um patrimonialismo estamental, mostra-se admissível de equiparação à vontade de poder. Assim, para que se consiga alcançar o ambicionado Estado Democrático de Direito, que basicamente advém por uma sólida atuação estatal, cogente se faz que se readquira a noção de ciência da atividade administrativa, direta e inteiramente vinculada ao Direito (MADALENA, 2014).

Desse modo, a acepção básica da discricionariedade, logo, é a probabilidade de se possuir mais de uma opção de escolha na prática da função administrativa, para um verificado caso concreto, considerados os limites da legalidade. Portanto, tem-se que a definição de discricionariedade, ou discricionariedade administrativa, pauta-se de forma intrínseca a estas premissas. Conforme bem explica Gasparini (2007, p. 63), discricionariedade constitui:

[...] a beira de liberdade que remanesça ao administrador para escolher, conforme discernimentos sólidos de razoabilidade, um, dentre pelo menos duas condutas admissíveis, frente cada caso real, visando desempenhar a obrigação de adotar a solução mais apropriada à satisfação do fim legal, quando, por alento de fluidez das expressões da lei ou da liberdade adjudicada no mandamento, dela não se possa retirar objetivamente uma solução unívoca para o caso vertente.

Já Mello (2012, p. 97), alude-se ao poder discricionário assinalando-o como sendo “o que o Direito outorga à administração, de maneira explícita ou implícita para o cumprimento de atos administrativos com alvedrio na opção de seu cabimento, oportunidade e conteúdo”. E, finalmente, vale avultar aqui a definição de Resende (2009, p. 88), a qual dirige-se à discricionariedade administrativa como sendo “a capacidade que a lei adjudica à administração para analisar o caso concreto, conforme critérios de oportunidade e conveniência, e propor uma dentre duas ou mais soluções, todas apropriadas dentro do Direito”.

No progresso histórico da discricionariedade, nota-se que a prerrogativa que abrange originalmente a definição de discricionariedade se encontra fadada a supressão, já que, em um Estado de Direito, não se aceitam poderes ilimitados. Tanto é, de tal modo, que toda ideia de poder, de maneira moderna é entendida como obrigação, ou seja, o poder é adjudicado ao administrador público em cargo de uma obrigação que lhe atribui a prática de atos administrativos que sejam legais. Agora, vem sendo materializado um posicionamento doutrinário de repúdio ao conceito de intangibilidade do ato avaliado como discricionário (LEITES, 2008).

O ato tido como discricionário trata-se daquele onde existe uma margem de liberdade adjudicada ao administrador de avaliação ou de decisão conforme critérios de cabimento e oportunidade. A diferença entre os dois é que no primeiro, a lei não adjudicou liberdade nenhuma, moldando todos os feitos da conduta a ser adotados; já no segundo tipo de ato, os discricionários, a lei oferece uma adequada margem de atuação ao administrador (TOURINHO, 2015).

Citando um exemplo de ato discricionário, tem-se a aplicação de uma multa por parte de um agente público, permitindo a lei a fixação do valor da multa dentro de limites mínimos e máximos, considerando a acuidade da violação. Observa-se que não existe uma liberdade incondicional, trata-se de uma liberdade dentro dos contornos legais, entretanto, distingue-se dos atos vinculados, já que naqueles existe somente uma conduta aceitável adjudicada ao administrador, e nesses, tem-se ao menos duas probabilidades de escolha (RESENDE, 2009).

Observa-se, então, que existe uma margem de liberdade de atuação, conquanto não seja uma liberdade plena, como seria em uma atuação de vontade de particulares. A vivência de atos vinculados e discricionários é proveniente do princípio da legalidade administrativa. Conforme o princípio da legalidade, ao administrador compete realizar somente aquilo que a lei estabelece. A regra é não existir espaço para liberdade de atuação, ao oposto do Direito Privado, onde aos sujeitos compete realizar tudo aquilo que a lei não impede (MELLO, 2012).

Em função disso, o natural da atividade administrativa é ter atos denominados de vinculados, em que esta, trata-se da regra. A ressalva seriam os atos discricionários, por conceber uma liberdade ao administrador. Não se assevera que os atos discricionários sejam uma exceção ao princípio da legalidade, visto que esses se encontram em primoroso acordo com esse princípio. Contudo, alega-se que, na conjuntura do Estado de Direito, assinalado pela submissão do Estado à lei, a atuação adequada da administração se refere àquela realizada pelos atos vinculados, adjudicando capacidade discricionária exclusivamente nos casos em que existir necessidade (GARCIA, 2013).

A discricionariedade administrativa é crítica no processo administrativo, pois dois princípios fundamentais que norteiam um Governo democrático são transparência e responsabilidade. As ações das autoridades públicas são, por esse motivo, vistas através do prisma do Estado de direito em geral e dos direitos constitucionais fundamentais garantidos (CARVALHO FILHO, 2013).

A discricionariedade administrativa é questionada principalmente em dois níveis. A própria lei que concede discricionariedade ou a ação tomada sob a lei pode ser contestada. Ambos os desafios são feitos na base dos direitos fundamentais, e o judiciário é o fórum para debater as reivindicações (GARCIA, 2013).

A discricionariedade administrativa fornece espaço para criatividade dentro das esferas administrativas e nas ações das autoridades públicas. Na maioria dos casos, a discricionariedade é conferida

pelo próprio legislador para atingir um objeto designado. Dito isso, o aumento de poderes é percebido com ceticismo como uma receita para arbitrariedade. E é exatamente onde a discricionariedade é lida com as noções de limites, revisão e responsabilidade (TOURINHO, 2015).

Os países da América Latina foram historicamente influenciados pelo Direito Francês em relação ao Direito Administrativo e, naturalmente, pelo Direito Ibero-Espanhol e Português. Como o Direito Administrativo é previsto pela maioria das constituições latino-americanas, foram observados reflexos intensos sobre o princípio da legalidade, que se expandiu bastante, enquanto o princípio da ação discricionária foi significativamente reduzido. Além disso, disposições constitucionais sobre princípios e valores introduziram orientações a serem seguidas pelos poderes do Estado (BARROSO, 2013).

Aliás, a ideia de que a pessoa humana está no centro de todas as preocupações, essencialmente expressa no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como um pilar do Estado de Direito Democrático, também produziu consequências de longo alcance sobre o critério administrativo na definição de políticas públicas e controle das mesmas pelo Poder Judiciário. Além do mais, a discricionariedade administrativa pode apresentar tipos diferentes (TOURINHO, 2015).

De acordo com os ensinamentos de Garcia (2013, p. 70), os casos em que o escopo da discricionariedade “não é limitado por conceitos jurídicos definidos ou indefinidos, nos quais o órgão de administração pode optar por uma solução entre outros igualmente justos, é considerado uma discricionariedade típica”.

Para Carvalho Filho (2013, p. 105), os casos em que a discricionariedade é limitada por um conceito legal indefinido de valor que, em princípio, permite uma “única solução justa e que em algumas circunstâncias possa assumir um certo grau de valor entre várias possibilidades justas, são considerados discricionariedades atípicas”.

Finalmente, nos casos em que o escopo da discricionariedade é limitado por premissas determinadas por uma regra objetiva, o escopo da discricionariedade é limitado à opção para algumas das soluções declaradas por lei, e estas são consideradas uma disciplina atenuada ou restrita (CARVALHO FILHO, 2013).

O entendimento predominante é aquele segundo o qual o critério administrativo não constitui uma área isenta de controle judicial, ou que não pode ser destacada do sistema jurídico como uma questão privada de interferência judicial porque, a rigor, apenas confere uma maior gama de poder na eleição de uma dada possibilidade de ação que não seja predeterminada por lei. Por outro lado, tem-se que a revisão dos aspectos discricionários de uma ação exercida por um funcionário do Governo (administrador) é incompatível com a ideia de um círculo ou bloqueio de discricionariedade, mesmo quando isso pode influenciar a densidade desse controle (GARCIA, 2013).

Conforme Barroso (2013, p. 67), sob o Estado de Direito, os juízes não podem abdicar ou renunciar à sua competência para controlar efetivamente o exercício dos poderes discricionários da administração, “uma vez que a independência judicial é precisamente o que garante que os órgãos administrativos não usem esses poderes em detrimento de indivíduos e interesses públicos”.

Quando se trata de faculdades discricionárias, a evidência é essencial para se chegar a uma solução para o caso. Todas as técnicas de controle de discricionariedade, os fatos determinantes, a boa-fé, o uso indevido de poderes, os princípios gerais de direito, a proporcionalidade, a razoabilidade, a relação custo-benefício etc., são aceitos nos países latino-americanos para avaliar se o ato discricionário foi corretamente exercido (CARVALHO FILHO, 2013).

Na Administração Pública, a discricionariedade administrativa se refere ao exercício flexível de julgamento e tomada de decisão permitidos aos administradores públicos. As agências reguladoras têm o poder de exercer esse tipo de discrição em suas atividades diárias, e houve casos em que as agências reguladoras abusaram desse poder. A lei administrativa pode ajudar essas agências a seguir os regulamentos, servir o público e, por sua vez, refletir os valores e crenças do público (GARCIA, 2013).

Há uma necessidade de leis administrativas, porque o interesse do público pode estar em risco caso várias agências não estiverem seguindo leis e regulamentos. O Direito Administrativo é importante porque, sem ele, poderia levar ao uso arbitrário e irracional de tal discrição, o que poderia levar à destruição dos princípios básicos do Direito Administrativo (BARROSO, 2013).

A discricionariedade administrativa permite que as agências usem conhecimento e julgamento profissional ao tomar decisões ou executar tarefas oficiais, em vez de aderir apenas a regulamentos ou *status* estritos. Por exemplo, um funcionário público tem poder administrativo quando tem liberdade para fazer uma escolha entre possíveis cursos de ação (GARCIA, 2013).

Neste contexto, percebe-se que a nova Administração Pública enfatiza a participação do público no processo político. Uma das melhores maneiras de conseguir isso é através da discricionariedade. A discricionariedade promulgada nesse nível ajuda o Estado a se tornar um braço das demandas democráticas de um país. Para esta nova Administração Pública gerir a discrição corretamente, uma organização deve ter uma forma livre e aberta de hierarquia dentro da organização (FIGUEIREDO, 2004).

Além do mais, tem-se que a discricionariedade, tratada como alvedrio de atuação do agente público, para que não se enleiem as coisas, não se mostra de todo um erro, visto que se trata de uma particularidade do sistema, proveniente de sua abertura, a probabilidade de moldá-lo, de acordo com as contingências inapreensíveis pela generalidade e abstraimento dos catamônios jurídicos (LEITES, 2008).

Por essa razão, atuar de maneira discricionária trata-se de atuar com poderes antecipadamente adjudicados por lei para que se escolha, entre alternativas disponibilizadas, aquela que melhor possa vir a atender o interesse público, sendo vedado ao administrador extrapolar os perímetros legais, sob pena de incidir em ilegitimidade e o ato praticado ser invalidado/anulado (GASPARINI, 2007).

Tem-se várias maneiras de se classificar os atos administrativos, considerando inúmeros critérios. Os atos se decompõem em vinculados e discricionários, de acordo com a liberdade adjudicada ao administrador na ocasião de proceder o ato. Diz respeito a uma classificação importante para o campo do Direito Administrativo, já que a diferença entre os dois tipos de atos tem influência nos diferentes aspectos, notadamente na questão do controle dos atos (BARROSO, 2013).

O ato vinculado se trata daquele em que existe a absoluta previsão legal, sendo que não é deixada margem nenhuma de liberdade ao administrador. Atos vinculados seriam aqueles que, por haver antecedente e objetiva tipificação legal do excepcional admissível procedimento da Administração, em face de circunstância do mesmo modo antevista em termos de objetividade total, a Administração, ao expedi-los, não intervém com apreciação subjetiva alguma (FAZZIO JÚNIOR, 2007).

A título de exemplificação de ato vinculado, pode-se mencionar o consentimento de horário especial para o servidor público estudante, segundo disposição estatutária. Nesta situação, não pode o administrador aproveitar de elementos particulares para outorgar o horário especial; não é considerado critério de cabimento ou oportunidade (CARVALHO FILHO, 2013).

A lei augura uma circunstância, servidor público estudante e uma obrigação da administração, outorgar horário especial. Configurando-se a circunstância antevista em lei no caso concreto, não compete ao administrador atuar de outra maneira que não a de ceder o benefício. Diante disso, fica o administrador compelido a atuar de acordo com a presciênciia legal (BARROSO, 2013).

A diferenciação entre atos expedidos na prática da competência vinculada e atos perpetrados na execução de competência discricionária se mostra costumada. Destarte, inicialmente dessa separação entre atos discricionários e atos vinculados, é que se concretiza uma análise acerca da pertinência dessa qualificação dos atos administrativos (LEITES, 2008).

Referente a denominação, como assinala Figueiredo (2004, p. 54), não se trata do ato que é discricionário, mas sim, a capacidade do administrador, sendo uma melhor designação como “atos praticados na prática de competência discricionária”. Figueiredo (2004, p. 55) assinala ainda que “a impropriedade da nomenclatura corrente se trata da razão de diversas ambiguidades jurídicas.

Meirelles (2006, p. 168) igualmente se alude a esse feitio conceitual, lembrando que, em regra, a discricionariedade não se desponta no ato propriamente dito, todavia, “no poder de a Administração praticá-lo pela forma e nas condições que considere mais apropriadas ao interesse público”. Nesse

contexto, tratar-se-ia de discricionariedade como poder adjudicado ao administrador, e não como particularidade do ato. A particularidade do ato se trata de ser desempenhado sob alçada discricionária, e não ser o ato discricionário.

Para tanto, discricionariedade e arbitrariedade são unívocas, contudo, em se tratando de discricionariedade administrativa, nota-se que estas se referem a noções que não se enleiam. A ideia de arbitrariedade possui uma margem de liberdade que não sofre restrição, ao oposto da discricionariedade (FIGUEIREDO, 2004).

Logo, na seara das relações particulares, pode-se falar que existe arbitrariedade (no sentido de ação da vontade do sujeito, de maneira extensa, sem limitações). Já na seara das relações públicas, entre o Estado e o sujeito, o que se tem trata-se de uma margem de liberdade para o administrador dentro dos limites legais, portanto, retrata uma liberdade adstrita. Frente a isso, observa-se o conceito de discricionariedade trazido por Mello (2005, p. 139):

Trata-se da margem de alvedrio que remanesça ao administrador para selecionar, conforme discernimentos sólidos de razoabilidade, um, dentre pelo menos duas condutas aceitáveis, diante cada caso concreto, visando assim desempenhar a obrigação de adotar a solução mais apropriada à satisfação do fim legal, quando, por alento da fluidez das expressões da lei ou da liberdade adjudicada na doutrina, dela não se possa retirar objetivamente, uma solução sinônima para a circunstância vertente.

Basicamente, a discricionariedade diz respeito à liberdade de ação, contudo, não sem limites. O limite que se atribui à liberdade do agente é exatamente o sistema, compreendido como contexto de normas, princípios e valores. Já que, se das regras, por falta de regulação característica ou por autorização expressa, deriva tal liberdade, tranquilamente não foge, o agente, ao dever de atuar em concordância com os princípios. Resta à discricionariedade permanecer sendo o ambiente de liberdade do agente público, entretanto, sempre vinculada ao sistema jurídico, o que evita ser entendida como arbitrariedade (LEITES, 2008).

Antes de ser um poder prestado ao administrador, a discricionariedade administrativa refere-se a uma margem de liberdade concebida inicialmente de um imperativo frente a não possibilidade de o legislador augurar todos os casos que aparecem no mundo concreto. Tem-se que a lei se trata de um preceito geral e abstrato, sendo concebido de maneira comum, de forma que seja justaposto ao maior número admissível de casos concretos (BARROSO, 2013).

Entretanto, por mais que as leis sejam bem elaboradas e tentem esgotar todas as probabilidades, sempre resta algo que precisa ser examinado somente na ocasião de se apor o direto ao caso concreto. Inicialmente dessa necessidade, a lei adjudica ao administrador uma margem de ação para que ele, no caso concreto, opte entre verificadas alternativas (lembrando que não é qualquer

alternativa, porém sim, entre determinadas) a melhor solução com fundamento em critérios de cabimento e oportunidade (MELLO, 2005).

À vista disso, entende-se que defender o direito à vivência de uma discricionariedade de atuação do administrador público, de um campo de liberdade, exibe-se não a defesa de uma ficção jurídica, todavia, o reconhecimento de um caso fático inexorável e intrínseco à hermenêutica jurídica, bem como os deveres de Administração. Traz-se aqui, ao menos, duas ocasiões que explicam essa afirmação: a ideia de que interpretar trata-se de hierarquizar axiologicamente diante do caso concreto; e o fato de não se apor, ao menos apenas, a dialética formal dedutiva ao entendimento jurídico, circunstância em que o que é importante é a justificação na opção pelas premissas (LEITES, 2008).

Os causídicos da máxima diminuição da discricionariedade, embora o erro metodológico de ambicionarem diminuir a discricionariedade excepcional e tão-somente ao campo da legalidade, têm o mérito de conservar como ideal a proscrição de circunstâncias as quais a administração atua de forma arbitrária, reforçada por uma falsa ideia de discricionariedade. Assim sendo, o reconhecimento de uma realidade que subjaz à interpretação jurídica e procura de distanciamento de toda e qualquer maneira de arbitrariedade, tendo-se aqui dois pontos iniciais que se acredita darem uma ótima segurança inicial (LEITES, 2008).

2.3 A JUDICIALIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, cabe aqui dizer que a acepção e conceituação da discricionariedade administrativa e a análise da probabilidade de seu controle por parte do Poder Judiciário relaciona-se a uma temática de grande valor para o campo do Direito Administrativo. Observa-se que a teoria existente do desvio de poder, esta então organizada pelo Conselho de Estado francês, admite que haja o pleno reconhecimento da não legitimidade de ato administrativo cometido com fim distinto da proposta pelo legislador (FAGUNDES, 2010).

De tal modo, quando a autoridade age no conseguimento de fins de interesse comum que se encontram por fora de sua alçada, ou quando age na procura de demais fins que não os ambicionados por parte do legislador, os atos provindos por ela são decaídos de desvio em seu fim. Ou seja, configura-se na utilização imprópria das imputações discricionárias adjudicadas à autoridade administrativa, para alcançar, desse modo, um fim distinto daquilo que a lei prescreve (PEGORARO, 2010).

Para tanto, o aproveitamento da tese do desvio de poder para o controle da discricionariedade administrativa possui antecedentes remotos no legalismo nacional. Referente ao STF, a tese do desvio

de escopo já fora usada no ano de 1952, no RE 19.720, de relatoria do Ministro Orozimbo Nonato, quando se sustentou revogação de aposentadoria deliberada pelo Tribunal Federal de Recursos, sobre a argumentação da probabilidade do controle judicial do ato administrativo discricionário decaído de desvio de poder (FAGANELLO, 2011).

Igualmente remota, mostra-se a análise pela Corte de decreto expropriatório que beneficia a veemência particular e não o fenecimento público, o que pode ser ressaltado no RE 78.229, do ano de 1964, bem como no RE 64.559, do ano de 1970. Observa-se um extrato do voto do relator desse último antecedente, para o melhor entendimento do controle em concreto: calha desvio de fim da desapropriação, se o expropriante cede o bem ou cede a utilização, por qualquer título, a particular. Não se caracteriza, assim, a utilidade pública, augurada na Constituição, bem como na lei (PEGORARO, 2010).

Portanto, no caso aqui supracitado, tendo-se assinalado o desvio de fim na ação expropriatória do Poder Público, o STF adveio então a enxergar e entender pelo pagamento de perdas e danos pelo expropriante para o expropriado, reminiscente às áreas expropriadas dadas ou vendidas a particulares (FAGANELLO, 2011).

Em um julgado idêntico, já sob a validade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), a Corte distinguiu a nulidade do decreto municipal que afirmou a utilidade pública de terrenos e benfeitorias com a finalidade de expropriá-los, entretanto, que beneficiava exclusivamente uma companhia particular. Trata-se do RE 97.693/MG, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, ajuizado pela Segunda Turma em 13/2/1996 (Informativo nº 19 do STF). Do mesmo modo, a tese vencedora – por grande parte – foi a do desvio de fim do ato administrativo em mote (MINAS GERAIS., 2011).

Em seguida, no ano de 1995, foi realizada uma alusão manifestada à probabilidade de controle judicial de atos administrativos discricionários decaídos de desvios e excessos de poder. O julgado em mote, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, versou acerca da retirada de funcionário público sem a carecida motivação (FAGUNDES, 2010).

Tem-se aqui o consequente trecho da ementa: na elocução sempre cabível de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários, não existe margem para que a administração aja com abusos ou desvios ao deliberar, cabendo ao Judiciário a glossa aceitável. Outro mote que afeta este parâmetro de controle judicial, alude-se à Lei da Ação Popular (Lei nº 4.714/65), que, em seu Art. 2º, pressagia a nulidade de ato administrativo que possa vir a lesar o patrimônio público quando de desvio de fim (FAGANELLO, 2011).

Acerca do assunto, conforme disposto em um antecedente do STF: o RE 208.114-1/SP. É um recurso extraordinário proposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que por sua vez,

veio a acolher ação popular extinguindo ato administrativo e condenando a Prefeita de São Paulo a indenizar aos cofres públicos os gastos usados em anuários que, desviando-se do fim informacional augurado no Art. 37, carregavam interesses político-partidários (PEGORARO, 2010).

De tal maneira, a Turma, em sua grande parte, conservou o acórdão em *status* de impugnado, avaliando que não existia um aspecto social ou educacional na publicação, útil à população, porém, um simples interesse panfletário. Todavia, embora não realizar uma esclarecida alusão ao “desvio de poder”, o voto do relator exterioriza uma acedência com os termos do acórdão recorrido, acórdão este que é manifesto quanto à análise da tese do desvio de fim no caso em mote (FAGANELLO, 2011).

Outro mote já controlado pelo STF acerca do parâmetro do desvio de poder, foi o nepotismo cruzado, ou seja, quando se tem uma nomeação para algum cargo público tendo nisso uma troca de benefícios entre componentes do Poder Público. Tal assunto foi tratado no MS 24.020/DF, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, quando foi anulada nomeação para o cargo de assessoria – ato administrativo discricionário – em razão de estar decaída de víncio proveniente de desvio de fim (PEGORARO, 2010).

Sendo assim, entende-se que a incompatibilidade entre o comportamento do agente e o cerne da lei, transformam o ato administrativo em algo inexistente. A nulidade do ato administrativo, no momento em que se examina o desvio de poder, trata-se de uma implicação do embate irreconciliável entre o comportamento do agente e o imo do preceito judiciário. Todavia, não porque seja amoral ou errado deixar a amostra da autoridade de revestir-se de força legal, entretanto, pois viola a lei. Perquirido a irregularidade de fim perante os tribunais, compete a eles realizar o controle do escopo do ato administrativo.

A transformação de padrão trazida pela virada hermenêutica vem exibindo determinadas complexidades no Brasil. O reconhecimento da probabilidade de um ambiente criativo/produtivo da atividade interpretativa jurisdicional, por diversas ocasiões, perde na discricionariedade judicial, atributo de postulados positivistas, sobretudo no que pertence a decisões cujo assunto central seja os serviços prestados pela Administração Pública.

O constitucionalismo que apareceu no pós-segunda grande guerra se mostra basicamente pós-positivista, onde os textos constituições são principiológicos, com elevada carga axiológica. Além de abrigar os direitos particulares e políticos, essas cartas políticas agrupam os direitos sociais de natureza prestacional. A CRFB/1988 é um exemplo de um padrão analítico, próprio das constituições europeias, que se revela dessemelhante de cartas como, por exemplo, a americana, que por ser sinótica, restringe-se a deliberar a organização do Estado e augurar determinados poucos direitos.

Dessarte, as normas mais essenciais da CRFB/1988 assinalam-se pela abertura e indeterminação semântica, no que tange aos princípios que exigem novas metodologias e

procedimentos hermenêuticos que sobrepujem o padrão interpretativo adequado do positivismo. Frente a isso, Alexy (2008, p. 178) afirma o seguinte:

[...] ao oposto da contumácia na subsunção e no silogismo do positivistíssimo formalista, ou no simples reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos complexos, na linha do positivismo mais atual de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se propõe ao debate de metodologias ou de teorias da argumentação que admitam a busca racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os "casos complexos" do Direito.

De tal modo, Krell (2002, p. 254) defende a “probabilidade de discricionariedade por parte do intérprete, dentro de uma relação sujeito (intérprete) – objeto (norma), na solução desses casos complexos”. E, assim sendo, quando não há uma norma inteiramente aplicável, o juiz precisa deliberar com discricionariedade, avaliando que o Direito não considera normas para todas as circunstâncias fáticas, não existe antecipadamente uma solução apropriada. Isto posto, nota-se que a discricionariedade se trata do enfoque fundamental do embate filosófico travado entre diversos doutrinadores, entretanto, é amenizada pela relação entre Direito e moral.

De acordo com Ávila (2004, p. 105), “a aberta separação entre Direito e moral, ideia esta que é defendida pelos positivistas, de fato não existe”. No entanto, Ávila (2004, p. 106) busca ainda restabelecer uma conexão entre Direito e moral “por meio de uma teoria que enxerga nos princípios jurídicos uma qualidade assinalada das normas jurídicas”.

Seguindo essa linha, Fagundes (2006, p. 87) ressalta que “a diferença entre princípios jurídicos e normas jurídicas tem origem em uma natureza dialética”. Os dois conjuntos de padrões assinalam para decisões particulares sobre a obrigação legal em conjunturas especiais, contudo, assinalam-se quanto à natureza da orientação que dão. “As regras são aplicáveis na ideia do tudo-ou-nada”.

Dessa maneira, dados os fatos que uma norma estipula, então ou a regra é válida, então a resposta que ela providencia precisa ser aceita; ou não é válida, e neste caso, em nada colabora para a decisão. De outro modo, os princípios são tipos privados de padrões que têm um volume de peso, de importância, sendo mandatos de otimização. Eles são individualmente úteis no procedimento decisório diante de casos complexos (ALEXY, 2008).

Conforme Grau (2008, p. 197), o intérprete precisa preencher o procedimento de interpretação consoante as circunstâncias do caso, de maneira que a cada caso (concreto) os princípios assumidos podem se exibir com dessemelhantes pesos, com importância caracterizada. Grau (2008, p. 198) ainda alega que a ação de interpretar importa três fases cujo embasamento ocorre inicialmente, tais como:

A primeira incide no reconhecimento desta prática e possui, essencialmente, porém, não tão-somente, aspecto descritivo. A segunda – a fase interpretativa – foca-se na afirmação de um valor a essa prática: incide, porquanto, em exibir uma alegação geral dos princípios que se

combinem à prática em questão, de modo que seja uma interpretação e não uma invenção. E a terceira, trata-se da fase pós-interpretativa ou reformadora, em que se trata de alterar ou reformular a prática para que conteúdo melhor seu sentido, ou seja, para que se ajuste melhor à justificação geral colocada na fase antecedente.

Com isto, observa-se que a mudança proveniente do giro linguístico-ontológico, nomeadamente a hermenêutica da doutrina contemporânea, implicou em uma maneira de interpretação assinalada, já que induz em consideração na procura da verdade, a arte, a história e a linguagem. E, nessa conjuntura, a verdade trata-se de algo antagônico a metodologia, que permeada de intersubjetividade acaba por induzir a relativismos. Sendo assim, Herrera (2009, p. 104) alega que a probabilidade de uma interpretação total e objetiva de um texto, consoante a procura do sentido a ele adjudicado, é não entender a historicidade de todo entendimento:

A veracidade de um texto não se encontra na submissão incondicional à opinião do autor nem apenas nos preconceitos do intérprete, senão na composição dos horizontes de ambos, partindo do ponto atual da história do intérprete que se aponta ao passado em que o autor se expressou. O intérprete não concretiza somente uma atividade de reprodução do texto, senão que o atualiza conforme às conjunturas da ocasião, por conta disto, fala-se do seu labor “produtivo”.

Por conseguinte, a hermenêutica jurídica possui por objetivo a descoberta do Direito no momento da aplicação da norma. E, assim, isso sugere que nenhum intérprete pode ambicionar reconstruir a finalidade do legislador sem assumir que sua própria pré-compreensão faz, logo, parte deste procedimento interpretativo, produzindo a cada nova leitura um novo sentido.

Visando buscar uma solução admissível de superação da discricionariedade tácita a decisões judiciais, fundamentadas no padrão positivista, Nohara (2002, p. 157) indica “a interligação do pensamento doutrinário no sentido de aquisição de uma excepcional resposta constitucionalmente apropriada, e a metodologia hermenêutica”.

A conservação da autonomia do Direito relaciona-se ao primeiro princípio, e precisa-se entender a força vinculante do preceito constitucional. A Constituição contrai autonomia frente a demais âmbitos a ela intercambiáveis como, por exemplo, da política, da economia, da moral. O segundo princípio alude-se ao controle hermenêutico da interpretação constitucional – a suplantação da discricionariedade (FAGANELLO, 2011).

Por essa via, busca-se por um controle hermenêutico das decisões legais, inicialmente, do dever básico de justificação e do respeito à autonomia do Direito, assim como, necessita-se impedir aquilo que se chama de “ativismo”. Dessa forma, é indispensável ter bem clara a diferenciação entre judicialização, que é contingencial e produto de (in) competências na relação entre os Poderes, e ativismo, que é sempre proveniente de um problema solipsista-comportamental (HERRERA, 2009).

A deferência à integridade e lógica do Direito, sendo o terceiro princípio, conclui demais princípios como, por exemplo, o princípio da unidade da Constituição, o princípio da concordância prática entre as normas ou da harmonização, o princípio da eficácia integradora, o princípio da proporcionalidade. A estes, atribui-se a importância na concretização da força normativa da Constituição. Todavia, a inteireza do Direito implica que as decisões judiciais possuam por baldrame argumentos de maneira integrada ao conjunto do Direito (FAGANELLO, 2011).

Como quarto princípio, reconhece-se o dever básico de relevar as decisões. Por esse princípio, a prática interpretativa dos juízes não pode deslegitimar o texto jurídico-constitucional, de aspecto democrático, e, assim sendo, suas decisões necessitam ser baseadas. Todavia, decisões de aspecto cognitivista, de ofício ou que procurem a verdade legítima, são incompatíveis com o conhecimento de Estado Democrático de Direito. Por fim, um último princípio é amparado, o do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente apropriada (FAGUNDES, 2006).

Para que se tenha uma harmonia entre a Constituição e uma decisão, é de suma importância que, antes de qualquer outra análise, deva-se inquirir a compatibilidade constitucional do preceito jurídico com a Constituição e a vivência de um contingente contrassenso. Precisa-se sempre inquirir se, à luz dos princípios e dos preceitos constitucionais, a norma se mostra aplicativa ao caso. Mais ainda, é conveniente averiguar em que sentido assinala a pré-compreensão, condição para o entendimento do fato. Para interpretar, torna-se preciso entender o que se busca interpretar (HERRERA, 2009).

Observa-se que a complicação das questões conexas às funções estatais, principalmente no que se alude à formulação da agenda pública, com a lógica formulação de políticas públicas, revela-se irrefutável. Atividade characteristicamente de aspecto administrativo-constitucional, com precedente configuração legislativa, a consolidação destas políticas é viabilizada, não raro, primeiramente, por intercessão do recolhimento de “matéria-prima” aprovisionada por uma extensa base de dados e, além disto, pelo seu monitoramento, no sentido de serem analisadas as decorrências – positivas ou negativas –, de sua aplicação.

Todavia, acontece que tais atividades precisam estar exatamente apropriadas aos parâmetros constitucionais, notadamente a consideração sobre os ideais do republicanismo e da democracia – do império da lei, em última veemência. Por conta disto, sustenta-se que é imprescindível, para a implantação destas políticas, e para todo o controle desempenhado sobre a Administração Pública, o necessitado acompanhamento por parte de órgãos democráticos, com legitimação em plano constitucional, que necessitam guiar as decisões arquitetadas no Poder Legislativo e Executivo para a adaptação à Constituição (PEGORARO, 2010).

Frente a isso, é que se desporta imprescindível atentar para a contribuição que a hermenêutica jurídica possui para a função exercida pelos tribunais de contas como ator fundamental nesta construção. Aliás, é conveniente avisar que esta questão, do mesmo modo, encontra-se conexa com o acentuado debate acerca da judicialização da política e do ativismo judicial, visto que a produção, o implemento e o acompanhamento de políticas, com decorrências práticas, transcorrem as áreas do Direito e da política (FAGUNDES, 2006).

Diante de tal panorama, é que se faz indispensável aduzir o papel da autonomia do Direito, que precisa acompanhar como um filtro constitucionalmente estabelecido às admissíveis investidas sucedidas do campo político. Nesta conjuntura, pode-se dizer que se trata da composição em que é pronunciada a crítica hermenêutica do Direito. E para compreendê-la, torna-se necessário colocar-se em seu ritmo (FAGANELLO, 2011).

Sobre o tema da judicialização da política e do ativismo judicial, pode-se deduzir que o ativismo judicial é dessemelhante da judicialização da política. No ativismo, segundo Herrera (2009, p. 106), “o judiciário coloca, no lugar dos juízos políticos do legislador, os seus próprios. Já a judicialização, essa se mostra contingencial, e isto acontece em todos os países”.

A expressão ativismo judicial é procedente dos EUA, país este que é partidário a *Common Law*. Esta família jurídica tem como uma de suas mais acentuadas particularidades a aceitação da Jurisprudência como basilar fonte de concepção do Direito. Já a judicialização da política trata-se de um fenômeno jurídico que se assinala por conta da ampliação da influência e da ação do Poder Judiciário nas questões político-sociais, tendo esta preponderância pela resolução de tais questões por via judicial (TASSINARI, 2013).

Assim sendo, entende-se que o ativismo e a judicialização tratam-se de práticas assinaladas frequentemente postas em prática pelo Poder Judiciário, sendo aquela assinalada pela ação do Poder Judiciário indo além da legislação, sem que haja respaldo legal e trazendo uma ampliação das normas jurídicas inicialmente de suas interpretações, enquanto que essa se demonstra pela ação do Poder Judiciário além de suas capacidades, intervindo, portanto, em suas decisões políticas dos demais poderes, fazendo então que assuntos políticos de maior reverberação nacional ao oposto de serem analisados pelo Congresso Nacional ou pelo Poder Executivo, advenham a ser apreciados pelo Poder Judiciário.

A primeira se revela sempre maligna para a democracia. A segunda, na qual a decisão pode ser universalizável, que determina a diferença entre ativismo e judicialização, é tolerável e até desejável. Uma pressuposição teórica precisa estar presente em uma análise que ambicie com preender como acontece a função dos órgãos de controle (órgãos que não têm componentes

eleitos) sobre projetos designados no campo characteristicamente formado por representantes eleitos (HERRERA, 2009).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluiu-se que a intensidade do controle precisa incidir na análise da casuística alvitrada, sempre em concordância com a ordem jurídica vigente, pautada constantemente com os embasamentos do Estado Democrático de Direito, de maneira a contrapesar e conservar tanto o princípio da separação dos poderes quanto o da inafastabilidade de competência porosa a resguardar os direitos basilares e valores constitucionais.

Constatou-se que o entendimento dos institutos de Direito Administrativo se encontra densamente conexo aos valores que emergem da ordem jurídica que compõe o Estado. Nesta mesma dialética, marcham as noções de discricionariedade administrativa, bem como o seu concernente controle judicial.

Observou-se que a concretização de uma Administração Pública, ajustada no princípio da legalidade – noção esta obtida pelo Estado de Direito – teve que ser reinterpretada e expandida. Bem além da lei, a atividade administrativa se coloca a uma gama de valores procedidos das normas e princípios constitucionais ao que se pode chamar de juridicidade. Igualmente, em concordância com o disposto no Art. 37, caput, da CRFB/1988, o administrador precisa sim atuar em conformidade com o princípio da legalidade, entretanto, não somente a ele. Precisam igualmente ser ressaltados os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Por fim, os direitos básicos do Art. 5º, da CRFB/1988, têm que ser conservados, bem como resguardada a dignidade da pessoa humana, inclusa no Art. 1º, III da CRFB/1988. Esta expansão dos parâmetros a serem acompanhados pela Administração Pública conjectura ainda na diminuição do ambiente de discricionariedade administrativa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, H. Teoria dos Princípios. 3. ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2004.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPANTE, R. G. **O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira.** Dados - Revista de Ciências Sociais, v. 46, nº 01, 2003.

CARVALHO FILHO, J dos S. **Manual de Direito administrativo.** 26. ed. Rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO M. S. Z. **Direito administrativo.** 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAGANELLO, M. R. **Requisitos de Habilitação:** Controle da Discricionariedade Administrativa. Dissertação de Pós-Graduação em Direito Público – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011.

FAGUNDES, M. S. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.** 7.ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FAZZIO JÚNIOR, W. **Atos de improbidade administrativa:** doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, L. V. **Curso de direito administrativo.** 7.ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FLAUSINO, V. F. V. **Arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada.** Curitiba: Juruá, 2015.

GARCIA, E. (Org.). **Discricionariedade administrativa.** 2.ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo.** 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto.** 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HERRERA, L. H. M. **Judicialização das políticas públicas de assistência à saúde:** proceduralismo versus substancialismo. Revista de Direito- Faculdade Anhanguera de Bauru, v. XII, nº 16, 2009.

KRELL, A. J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

LEITES, H. M. **Discricionariedade Administrativa:** uma aproximação hermenêutico-constitucional. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2008.

MADALENA, L. H. B. **A discricionariedade (administrativa) à luz da crítica hermenêutica do Direito.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Rio Grande do Sul, 2014.

MATIAS-PEREIRA, J. **Curso de Administração Pública.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Curso de administração pública:** foco nas instituições e ações governamentais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro.** 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, C. A. B de. **Curso de Direito Administrativo.** 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 32.ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2015.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Jurisprudência nº 1.0672.98.008062- 2/001(1). Relator: des. Dárcio Lopardi Mendes, 2011. Disponível em: www.tjmg.jus.br/juridico/jt_. Acessado em 20 de outubro de 2019.

MIRANDA. R. A de. **Gestão por Competências no Serviço Público:** o conhecimento como vantagem competitiva a Serviço da Administração Pública. Artigo Científico. Faculdade Projeção. 2010.

MISOCZKY, M. C. Uma defesa da reflexão teórico crítica na pesquisa e prática da administração pública. In: Encontro de Administração Pública e Governança. Rio de Janeiro. Anais. São Paulo: ANPAD, 2004.

NOGUEIRA, M. A. **Um Estado para a sociedade civil.** São Paulo: Cortez, 2005.

NOHARA, I. P. **O Motivo no Ato Administrativo.** Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002.

PAES, A. P. Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. **Revista de Administração de Empresas,** São Paulo, v. 45, nº 01. 2005.

PEGORARO, L. N. **Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.** Campinas, SP: Servanda Editora, 2010.

RESENDE, A. J. C. **O princípio da razoabilidade dos atos do poder público.** Revista do Legislativo. Abril, 2009.

SANTOS, S. A dos. **Modelo de Excelência do Prêmio Nacional da Qualidade:** Pontos Fortes e Contribuições Relevantes. Slides, 16º Seminário Internacional Em Busca da Excelência. Fundação Nacional da Qualidade. São Paulo, mimeo. 2008.

TOURINHO, R. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, 2015.