PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Renato de Abreu Barcelos

LINGUAGEM, DISCURSO E DELIBERAÇÃO:
a democratização da discricionariedade administrativa no paradigma do Estado Democrático de Direito

Belo Horizonte
2014

Renato de Abreu Barcelos

LINGUAGEM, DISCURSO E DELIBERAÇÃO:
a democratização da discricionariedade administrativa no paradigma do Estado Democrático de Direito

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientadora: Profa. Dra. Marinella Machado Araújo

Belo Horizonte
2014

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Barcelos, Renato de Abreu
B242l Linguagem, discurso e deliberação: a democratização da discricionariedade administrativa no paradigma do estado democrático de direito / Renato de Abreu Barcelos. Belo Horizonte, 2014.
285f.:il.

Orientadora: Marinella Machado Araújo
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Poder discricionário. 2. Estado de direito. 3. Direito - Filosofia. 4. Democracia deliberativa. 5. Argumentação jurídica. 6. Participação social. I. Araújo, Marinella Machado. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 35.077.2

Renato de Abreu Barcelos

LINGUAGEM, DISCURSO E DELIBERAÇÃO:
a democratização da discricionariedade administrativa no paradigma do Estado Democrático de Direito

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público.

_____

Profa. Dra. Marinella Machado Araújo (Orientadora) – PUC Minas

_____

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz – PUC Minas

_____

Profa. Dra. Vanessa Oliveira Batista Berner – UFRJ

_____

Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia – UFOP

Belo Horizonte, 9 de maio de 2014.

Dedico este estudo à memória de meu amado pai, Roberto, que, de supetão, ascendeu para outro mundo, mas que de lá continua a limpar as névoas de meus olhos e a capinar os caminhos de meus pés.

AGRADECIMENTOS

Este cantinho é só meu. Nada, nem ninguém, me tira ele. Nem a metodologia da pesquisa jurídica. E é natural que assim seja: não se pode criar embaraços de nenhuma ordem ao ato de agradecer. E eu tenho que agradecer a muitas pessoas, da forma mais pessoal e afetiva possível, pois sem elas este estudo não teria vindo a lume.

Antes de todos: minha mãe, a Déia. Bancou todas as minhas peripécias (existenciais, acadêmicas e profissionais) sempre com um sorriso no rosto. E me apoiou a seguir em frente no momento mais crítico da dissertação: o falecimento de meu pai. É isso aí Déia; o vocábulo do amor não tem tradução sintática exata. Talvez só esta: "*eu te amo*". Este estudo é mais seu do que meu. Obrigado por tudo.

Daniel e Ricardo, meus irmãos camaradas. Eu sou a síntese dialética de vocês: entre o pragmático (o Daniel) e o sonhático (o Ricardo). Este estudo também é mais ou menos assim, entre o pragmático e o sonhático. Obrigado por contribuírem pelo que sou. Tenho orgulho disso – e de vocês. Agradeço também a Bel, minha cunhada, pela fala mansa e ponderada que tanta me acalmava em momentos nervosos.

Os tios, tias, primos e primas também merecem homenagens. Por uma simples razão: quase nunca perguntavam pela dissertação. Pelo contrário, sempre preenchiam nossos encontros com conversa fiada, com discussões políticas. E isso me fazia lembrar que a vida é maior que a academia. Uma reserva especial à tia Sãozinha, que sempre aconselhou o sobrinho despirocado, ainda que ele não tenha, muitas vezes, seguido seus conselhos. Continue tia, por favor. Sua voz sempre terá atenção. Um dia chegamos lá. Amém!

Agora é sua vez, professora Marinella. Não me esquecerei de nosso primeiro encontro. Os olhos vivazes e o sorriso contido a observarem – já com carinho – o menino de cabelo bagunçado. É linda a sua altivez acolhedora. As excepcionais orientações acadêmicas dadas ficaram por aqui. Mas as outras orientações, aquelas com gostinho de vida, dadas na sala de professores da PUC, após o estágio de docência, estas me acompanharão pelo resto da vida. Deus te abençoe e obrigado por me orientar.

Alessandra, Frederico e Cristiano, meus irmãos acadêmicos. Obrigado por me acolherem tão bem no NUJUP. Da Alessandra levo os aconselhamentos quase maternais acompanhados dos abraços mais sinceros. Do Fredico, levo a irmandade das ideias políticas e jurídicas, que tanto nos uniu. Do Cristiano, levo o exemplo do pesquisador sério e compromissado – espero um dia ser igual a você, meu caro.

Mas tem mais gente do NUJUP. Aliás, todos do NUJUP (Bia, Virgínia, Ana Paula Melo, Éder – seus vitaminados!), em especial os pesquisadores que trabalharam diretamente comigo: Vinícius, Renato Horta, Anjinha e Isadora. Uma atenção mais detida às duas últimas. Anjinha pela amizade saborosa permeada pela visão tilelê da vida. E Isadora... Ah Isadora! Minha companheira de jornadas de junho. Nós (Quitinho incluso), lá na linha de frente, ousando sonhar em meio a bombas de efeito moral, gás lacrimogênio, spray de pimenta e truculência. Sonhe Isadora, porque o seu sonho alimenta o meu.

Agradeço também aos professores da Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, pelas lições dadas. Todos contribuíram, de alguma forma, para este trabalho. E não ficam de fora os amigos que no Programa fiz. Mas duas pessoas merecem destaque: a Cris, que sempre esteve aberta às minhas angústias acadêmicas e a Toninha, pelas maravilhosas noites de Maletta.

Eulália, Larissa, Marília, Mário, Jair, Téo e Rafael: amigos que, mesmo à distância apoiaram minhas iniciativas, ainda que à custa de considerações sérias, do tipo: "*Quando você vai trabalhar*?". Obrigado. E Ana Paula e Felipe: vocês foram os que mais sofreram nesse processo, suportando todas as minhas inseguranças. Sempre compreensivos, diziam: "*Morre Renato*!". E morri na eterna gratidão a vocês.

Da turma de amigos, devo agradecer também a Déia (as nossas travessuras...), Gabi, Dulce (suas bonitinhas!) e Quito. Agradeço pelas conversas polivantes e pelas histórias deliciosas: "*Cê conhece a Niroca do Noca, sobrinha do Nôco?*", "*Cê v..... v.....?!*", "*Eu quero um quibe*" – era Kirbe! Rimos muito, o que aliviou a tensão. E Quitinho, agradeço pelo indizível que só você sabe.

Felizmente, tenho muitos amigos. E tenho aqueles da Faculdade de Direito da Universidade da Itaúna, a quem devo agradecer pelas palavras sempre motivadoras, fazendo com que eu acreditasse em mim mesmo. São vocês Tatiane, Tatiana, Nathália, Eduardo, Gustavo, Pámela, Jonas, Erasmo e Tânia.

Agradeço, igualmente, a Aline, por ter aceitado a tarefa hercúlea de revisar esta dissertação.

E tenho de agradecer àqueles que me ajudaram a recolher os materiais necessários para a feitura da dissertação, movendo mundos e fundos para que livros essenciais chegassem até mim. Foram vocês, Felipe Ávila, Quitinho, Ricardo, Gabi e Camilla. Minhas deferências. Nessa banda, tenho de agradecer aos bibliotecários da PUC Minas, da UFMG, da FUMEC e da Universidade de Itaúna, sempre prestimosos nas minhas solicitações.

Agradeço também aos colegas de TRE/MG em Bambuí, que me acolheram tão bem em plena reta final da dissertação: Lázaro, Camilla e Janine fizeram com que Bambuí fosse um local mais aprazível e divertido.

Por fim, agradeço à PUC Minas, por ter me lapidado intelectualmente, e à Capes, pela bolsa concedida.

Tenho certeza de que em eventuais agradecimentos vindouros todos vocês serão novamente citados, juntamente com outros que a vida nos apresenta. Mas vocês ficam, por serem paisagens irremovíveis de minhas memórias afetivas. Do meu cantinho, nada nem ninguém tira vocês.

Sejamos realistas: exijamos o impossível.

Frase pichada em um muro da conturbada Paris de 1968

RESUMO

Esta dissertação analisa a discricionariedade administrativa à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. O objetivo do estudo é propor a democratização da discricionariedade administrativa. Com efeito, a concepção clássica de discricionariedade administrativa ergue-se a partir das coordenadas da subjetividade e da legalidade. Pela primeira, a decisão discricionária mais adequada ao interesse público no caso concreto é indicada subjetivamente pelo administrador público. Pela segunda, o exercício da discricionariedade administrativa não pode infringir normas contidas no ordenamento jurídico. Todavia, os pilares do paradigma do Estado Democrático de Direito, a saber, a linguagem, o discurso e a deliberação, recomendam a democratização da discricionariedade administrativa, através do acréscimo de novas coordenadas à discricionariedade: a coordenada da intersubjetividade, estimulada pela linguagem, segundo a qual o exercício da discricionariedade administrativa deve dar-se, conjuntamente, entre administrador público e cidadãos-administrados, e a coordenada da legitimidade, estimulada pelo discurso e pela deliberação, pela qual a decisão discricionária não deve ser somente legal, mas também legítima, ou seja, deve refletir os anseios sociais. Juntas, as coordenadas da intersubjetividade e da legitimidade reclamam a participação dos cidadãos-administrados na elaboração da norma atributiva de competências discricionárias e na busca pela decisão discricionária mais adequada ao caso concreto. A democratização da discricionariedade administrativa provoca, assim, uma renovação de toda a concepção clássica e dogmática de discricionariedade administrativa.

Palavras-chave: Discricionariedade administrativa. Estado Democrático de Direito. Filosofia da linguagem. Direito discursivo. Democracia deliberativa. Participação social.

ABSTRACT

This dissertation analyzes administrative discretion in the face of the Democratic State of Law paradigma. The aim of this study is to propose a democratization of administrative discretion. In fact, the classic concept of administrative discretion rose from the coordinates of subjectivity and legality. When the first is considered, the most adequate discretionary decision for public interest in a given concrete case is subjectively indicated by the public administrator. When the second is considered, the practice of administrative discretion cannot breach norms contained within the legal framework. However, the pillars of the Democratic State of Law, that is, language, discourse and deliberation, recommend the democratization of administrative discretion, which must occur through the addition of new coordinates to the issue of discretion: the coordinate of intersubjectivity, stimulated by language, according to which the practice of administrative discretion must take place, in conjunction, between the public administrator and the administered citizenship; the other new coordinate to the issue of discretion is the coordinate of legitimacy, stimulated by discourse and deliberation through which the discretionary decision must not be simply legal, but also legitimate, that is, it must reflect social wishes. Together, the coordinates of intersubjectivity and legitimacy advocate for the participation of the administered citizenship in the search for the most adequate discretionary decision for a given concrete case. The democratization of administrative discretion thus induces a renovation of the entire classic and dogmatic conception of administrative discretion.

Keywords: Administrative discretion. Democratic State of Law. Philosophy of language. Discursive theory of law. Deliberative democracy. Social participation.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – Os caminhos para a democratização da discricionariedade administrativa no paradigma do Estado Democrático de Direito.....201

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS 14

PARTE I: DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SUAS COORDENADAS DOGMÁTICAS: LEGALIDADE E SUBJETIVIDADE 20

2 PANORAMA GERAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA 23
2.1 Liberdade e libertinagem: a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade 23
2.2 Perspectivas de compreensão da discricionariedade administrativa 24
2.3 O caleidoscópio terminológico 29
2.4 "Discricionariedades": margem de liberdade nas funções legislativa e jurisdicional 30
2.5 A indispensabilidade da discricionariedade administrativa 35
2.6 As possíveis opções administrativas: discrição e vinculação 37
2.7 Localização da discricionariedade administrativa 41
2.8 Discricionariedade administrativa e outros fenômenos correlatos 47

3 TRÊS PROBLEMAS CAPITAIS QUE ENVOLVEM A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: LIMITES, CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E CONTROLE JUDICIAL 56
3.1 Embargando a arbitrariedade pela legalidade: os limites para o exercício da discricionariedade administrativa 56
3.1.1 *Excesso de poder* 61
3.1.2 *Desvio de poder* 62
3.1.3 *Teoria dos motivos determinantes* 69
3.1.4 *O papel jurídico-instrumental da motivação quanto à aferição dos limites* 73
3.2 Entre a cognição e a volição: a disputa sobre os conceitos jurídicos indeterminados 78
3.2.1 *Pressupostos teóricos para a compreensão dos conceitos jurídicos indeterminados: linguagem e indeterminação* 79
3.2.2 *Conceitos jurídicos indeterminados: conceito, estruturação e tipos* 83
3.2.3 *Os possíveis relacionamentos entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa* 85
3.3 Unanimidade, controvérsia e imprecisão: o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa e do mérito administrativo 93
3.3.1 *Controle sobre a administração pública: aspectos gerais* 94
3.3.2 *Controle judicial da discricionariedade administrativa* 100
3.3.3 *Controle judicial do mérito do ato administrativo discricionário* 107
3.4 Duas observações finais: legalidade e subjetividade como coordenadas dogmáticas da discricionariedade administrativa 111

PARTE II: DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SUAS NOVAS COORDENADAS DOGMÁTICAS: LEGITIMIDADE (DIRETA) E INTERSUBJETIVIDADE 115

4 LINGUAGEM, DISCURSO E DELIBERAÇÃO: SUBSÍDIOS TEÓRICOS PARA UMA COMPREENSÃO DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 118
4.1 Em busca da intersubjetividade: a filosofia da linguagem 119
4.1.1 ***Uma perspectiva de filosofia da linguagem: pontualidades sobre a pragmática universal*** **..... 122**
4.1.2 ***Síntese conclusiva: filosofia da linguagem, intersubjetividade e direito*** **..... 138**
4.2 Em busca de uma nova legitimidade (I): o direito discursivo 139
4.2.1 ***As tensões interna e externa entre facticidade e validade*** **..... 142**
4.2.1.1 A cooriginariedade entre autonomia pública e autonomia privada 144
4.2.1.2 A cooriginariedade entre direito e moral 147
4.2.1.3 A cooriginariedade entre direito e política 156
4.2.2 ***Síntese conclusiva: direito discursivo como produção legítima do direito*** **..... 160**
4.3 Em busca de uma nova legitimidade (II): a democracia deliberativa 161
4.3.1 ***A teoria democrática pelas ciências sociais: modelos normativos e modelos empiristas*** **..... 162**
4.3.1.1 Dois modelos empiristas: democracia competitiva e democracia poliárquica 163
4.3.1.2 Dois modelos normativos: liberalismo e republicanismo 171
4.3.2 ***A teoria democrática pela ciência jurídica: democracia direta, democracia representativa e democracia semidireta*** **..... 174**
4.3.3 ***Democracia deliberativa: um modelo procedimental a partir do pensamento de Habermas*** **..... 177**
4.3.3.1 Operando reconciliações: a teoria democrática sociológica e a teoria democrática jurídica a partir da democracia deliberativa procedimental 178
4.3.3.2 O âmago da democracia deliberativa: contornos básicos da política deliberativa 182
4.3.3.3 Centro e periferia: a circulação do poder político no âmbito da democracia deliberativa 188
4.3.3.4 Síntese conclusiva: a imagem da democracia deliberativa 191
4.4 O paradigma do Estado Democrático de Direito como paradigma da procedimentalização participativa 193

5 OS CAMINHOS PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: AS NOVAS COORDENADAS DA INTERSUBJETIVIDADE E DA LEGITIMIDADE (DIRETA) 198
5.1 Contributos da filosofia da linguagem, do direito discursivo e da democracia deliberativa para a democratização da discricionariedade administrativa 202

5.1.1 ***Contributos da filosofia da linguagem para a democratização da discricionariedade administrativa*** **.....202**
5.1.2 ***Contributos do direito discursivo para a democratização da discricionariedade administrativa*** **.....204**
5.1.3 ***Contributos da democracia deliberativa para a democratização da discricionariedade administrativa*** **.....206**
5.2 Alguns aclaramentos necessários sobre a discricionariedade administrativa democratizada.....211
5.3 Da impotência às alternativas e das alternativas à alternativa: sobre o velho problema do "como" 224
5.4 Linhas mestras para uma renovação democratizante da dogmática clássica da discricionariedade administrativa 238
5.4.1 ***Linhas mestras para uma renovação democratizante do panorama geral da discricionariedade administrativa*** **.....239**
5.4.2 ***Linhas mestras para uma renovação democratizante dos problemas capitais que envolvem a discricionariedade administrativa*** **.....248**

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....254

REFERÊNCIAS 261

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito administrativo vem passando por inúmeras transformações que afetaram substancialmente sua identidade bicentenária. Basta pensar nas novas temáticas do processo administrativo, da dialógica de sua privatização/publicização, do processo de internacionalização das estruturas administrativas, das inúmeras tentativas de sua democratização, dentre outras[1].

Claro, as mutações experimentadas recentemente pelo direito administrativo devem ser enquadradas em uma perspectiva maior: o direito, em sua totalidade, vem ganhando novos ares, recebendo novas contribuições, sistematizações e problematizações, reverberando, portanto, nos ramos que compõem sua identidade estrutural.

Apesar desse turbilhão de inovações por que passa o direito e o direito administrativo, o velho instituto da discricionariedade administrativa permaneceu com seu receituário conceitual: a discricionariedade administrativa é uma margem de liberdade normativamente conferida ao administrador público para que indique, dentre duas ou mais opções possíveis – todas válidas perante o direito –, a decisão que melhor contemple o interesse público no caso concreto.

Seria, todavia, impreciso dizer que a discricionariedade administrativa não recebeu a atenção científica necessária para seu enriquecimento. Muito pelo contrário: o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa foi o fetiche científico dos estudos administrativos nos últimos tempos. Saber a extensão do controle exercido pelo judiciário transformou-se em uma das grandes questões do direito administrativo.

É evidente que o assunto é de suma importância para a funcionalidade ideal de um Estado de Direito, uma vez que toca em uma das garantias essenciais a esse paradigma jurídico: a separação de poderes. No entanto, a controvérsia atinente ao controle judicial sobre a atividade administrativa discricionária não obteve, durante todo esse tempo, consenso mínimo sobre até que ponto pode investir o judiciário sobre a discrição administrativa.

A atenção demasiada sobre o controle judicial fez com que os estudiosos do direito administrativo se esquecessem de outras perspectivas de pesquisa sobre a discricionariedade administrativa. E é nesse âmbito – das novas possibilidades de investigação – que este estudo encontra sede.

---

[1] Um inventário histórico das andanças do direito administrativo no século XX e começo do século XXI encontra-se nos estudos dos seguintes autores: Sabino Cassese (2004), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000; 2001), Odete Medauar (2003), Patrícia Baptista (2003), Luís Roberto Barroso (2008), Paulo Otero (2007), Maria João Estorninho (1999) e Eva Desdentado Daroca (2011).

Com efeito, esta dissertação é uma composição científica marginal – pelo menos em relação às análises costumeiras sobre a discricionariedade administrativa –, na medida em que centra suas atenções não no processo de juridicização da discricionariedade, mas sim em seu processo de democratização. A perspectiva não é a do controle, mas a do compartilhamento do poder decisório discricionário com entidades e sujeitos não encartados na institucionalidade oficial do aparato administrativo.

Logo, o objetivo deste estudo é concentrar seus esforços para uma tentativa de democratização da discricionariedade administrativa, em que a decisão discricionária não é mais apontada subjetivamente pelo administrador público, mas construída intersubjetivamente com o corpo de cidadãos-administrados, o que garante não somente a legalidade daquela decisão, mas também sua legitimidade[2].

Nesse sentido, os problemas que movem esta pesquisa são os seguintes: (i) a discricionariedade administrativa, tal como delineada na doutrina administrativista e exercida empiricamente pelo administrador público, encontra amparo no atual paradigma do Estado Democrático de Direito? (ii) Se não, quais são os caminhos que devem ser trilhados para que o exercício da discricionariedade administrativa seja consentâneo com o paradigma do Estado Democrático de Direito?

A essas indagações aventam-se as seguintes hipóteses: (i) o perfil clássico e dogmático da discricionariedade administrativa é francamente incompatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito, uma vez que informado tão somente pelas coordenadas da legalidade – a decisão discricionária não pode malferir normas do universo jurídico –, e da subjetividade – a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, ao interesse público, é tomada ensimesmadamente pelo administrador público, que consulta exclusivamente sua consciência.

A subjetividade e a legalidade são coordenadas da discricionariedade administrativa clássica porque não são objeto de problematização por parte dos estudiosos. Todos os meandros da discricionariedade administrativa são ocupados por polêmicas e dissensos, menos os pontos da subjetividade e da legalidade. Eles são, portanto, os pilares dos quais se ergue o edifício teórico clássico da discricionariedade administrativa.

---

[2] Há certa ambiguidade metodológica na dissertação, vez que ela concentra suas atenções para a democratização do exercício da discricionariedade administrativa na vertente "discricionariedade de aplicação". Todavia, sem dúvida, este estudo também contribui para a democratização do exercício da discricionariedade administrativa vertente "discricionariedade de fundamentação", principalmente quando se têm em vista os contornos do direito discursivo.

(ii) Entretanto, o paradigma do Estado Democrático de Direito recomenda novos caminhos para a discricionariedade administrativa, caminhos que devem trilhar, necessariamente, a democracia de seu exercício. Para tanto, é necessário reformular as coordenadas básicas da discricionariedade, de modo que a coordenada da subjetividade transforme-se em coordenada da intersubjetividade, e a coordenada da legalidade, em coordenada da legitimidade.

Assim, pela coordenada da intersubjetividade, a decisão discricionária não é mais apontada solitariamente pelo administrador público; ela é construída através da colaboração dos cidadãos-administrados. Várias subjetividades devem apontar a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, mais adequada frente ao interesse público.

Já pela coordenada da legitimidade, a decisão discricionária não deve ser somente legal, mas também legítima, o que importa em dizer que a decisão discricionária deve refletir as demandas sociais articuladas durante seu processo de feitura. A decisão discricionária deve ser compatível com o ordenamento jurídico e também com os desejos sociais.

Juntas, as coordenadas da intersubjetividade e da legitimidade traduzem-se na participação dos cidadãos-administrados na elaboração da norma atributiva de competências discricionárias e na busca pela decisão discricionária mais adequada ao caso concreto. Mas de onde vêm esses caminhos? O que indicam esses caminhos? A resposta somente pode ser uma: o paradigma do Estado Democrático de Direito. Os caminhos da democratização do exercício da discricionariedade administrativa partem do paradigma do Estado Democrático de Direito, passam pelas coordenadas da intersubjetividade e da legitimidade e chegam à participação dos cidadãos-administrados na confecção do pronunciamento discricionário.

Dizer que as coordenadas da intersubjetividade e da legitimidade advêm do paradigma do Estado Democrático de Direito não esclarece muita coisa. Mas, ao se consignar que o paradigma do Estado Democrático de Direito lastreia-se nos substratos teóricos da linguagem, do discurso e da deliberação, torna-se mais claro o que se propõe. A (filosofia da) linguagem fornece a estrutura necessária da coordenada da intersubjetividade, e o discurso e a deliberação apresentam os mecanismos impostergáveis para a funcionalidade da coordenada da legitimidade.

Como se vê, a noção de Estado Democrático de Direito aqui sustentada apoia-se em três breves marcos teóricos. A filosofia da linguagem é a ambiência filosófica do Estado Democrático de Direito, em que tudo no mundo circundante é criado a partir de interações comunicativas entre, minimamente, um falante e um ouvinte, entretidos com o objetivo de se

entenderem sobre algo presente no mundo, o que possibilita que coordenem suas ações com vistas ao entendimento.

O discurso e a deliberação contribuem para a coordenada da legitimidade de duas formas distintas: o primeiro esquematiza as condições para uma produção legítima do direito; a segunda esquematiza as condições para a tomada legítima de decisões políticas coletivamente vinculantes. O paradigma do Estado Democrático de Direito, portanto, é aquele em que o "Democrático" é deliberativo e o "Direito" é discursivo. Unindo coerentemente a democracia deliberativa e o direito discursivo, encontra-se a filosofia da linguagem: a legitimidade somente pode surgir a partir da intersubjetividade.

A pesquisa, nessa ordem de ideias, é eminentemente transdisciplinar. Ou seja, a proposta de democratização do exercício da discricionariedade administrativa, com a participação dos cidadãos-administrados na busca pela decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, não fica entrincheirada exclusivamente no recinto jurídico; ela sai desse âmbito com o objetivo de adentrar outros ambientes, para daí recolher instrumentos necessários para uma nova versão de discricionariedade administrativa. Filosofia, sociologia e politologia têm muito a contribuir para a democratização do exercício da discricionariedade administrativa[3].

Com o objetivo de propor a democratização do exercício da discricionariedade administrativa, a dissertação foi construída a partir da seguinte sistemática. Há duas partes no estudo: a Parte I trata da concepção clássica e dogmática de discricionariedade administrativa, informada pelas coordenadas estruturantes da subjetividade e da legalidade.

Inseridas na Parte I, encontram-se duas seções. A seção 2 analisa o panorama geral da discricionariedade administrativa, rascunhado com base nas considerações dogmáticas fornecidas pela doutrina administrativista. Essa seção apresenta questões como a distinção entre arbitrariedade e discricionariedade; as perspectivas de compreensão do fenômeno discricionário administrativo; as várias terminologias lembradas pela doutrina com a intenção de batizar o fenômeno discricionário; a existência ou não de discricionariedade em outras funções estatais que não a administrativa; as razões pelas quais a discricionariedade é indispensável; os vários modos de se localizar a discricionariedade administrativa (nos

[3] A necessidade de enriquecimento do repertório jurídico (administrativo) através de subsídios extraídos de outros campos do saber foi devidamente salientada por Leonel Ohlweiler: "As teorizações sobre a Administração Pública necessitam da inserção em seu campo de conhecimento de discussões sociológicas, filosóficas e políticas, oferecendo mecanismos de comutação discursiva, de compreensão e enriquecimento." (OHLWEILER, 2000, p. 103).

elementos do ato administrativo, na estrutura normativa e nos objetos); e a separação de outros fenômenos correlatos à discricionariedade, mas com ela inconfundíveis.

A seção 3 trata dos problemas capitais que envolvem o exercício da discricionariedade administrativa. Não são discussões meramente teóricas sobre a discricionariedade, porque influem decisivamente em seu exercício empírico. Esses problemas capitais são: os limites postos à atuação administrativa discricionária; os possíveis relacionamentos entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados; e os múltiplos controles que podem incidir sobre a discricionariedade, em especial o controle feito pelos órgãos judiciais.

Apresentadas essas duas seções iniciais que compõem a Parte I desta dissertação, passa-se para a Parte II, que investiga o novo perfil da discricionariedade administrativa, agora cimentado nas novas coordenadas da intersubjetividade e da legitimidade. Também a Parte II é composta por duas seções. A seção 4 “esquece” repentinamente o objeto de pesquisa – a discricionariedade administrativa – para realizar uma incursão sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito. Nessa seção, sustenta-se que o Estado Democrático de Direito apoia-se nos elementos linguagem, discurso e deliberação. É daí que são extraídas as novas coordenadas da intersubjetividade e da legitimidade, que desembocam na participação dos cidadãos-administrados na lapidação da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto. O Estado Democrático de Direito é, finalmente, apresentado como o paradigma jurídico da participação procedimentalizada.

A seção 5 trata especificamente do exercício democratizado da discricionariedade administrativa; ela tenta elucidar como agem as novas coordenadas da intersubjetividade e da legitimidade na atuação administrativa discricionária, apontando os contributos da linguagem, do discurso e da deliberação quanto à democratização da discricionariedade administrativa. Esses contributos são, posteriormente, dissecados na forma de aclaramentos, que visam a conceder alguma ancoragem empírica à discricionariedade administrativa democratizada. A esses aclaramentos segue-se uma investigação sobre o velho problema do “como”: como democratizar o exercício da discricionariedade administrativa? Trata-se de uma discussão importante, porque afasta (ou esforça-se em afastar) discursos céticos sobre uma discricionariedade administrativa democratizada. Ao final dessa discussão, percorre-se, novamente, o trajeto da concepção clássica e dogmática de discricionariedade administrativa, na forma de linhas mestras. São reflexões que têm como objetivo fazer uma releitura tanto do panorama geral da discricionariedade administrativa quanto dos problemas capitais que a envolvem, tendo-se por perspectiva a proposta de democratização da discricionariedade

administrativa. É uma investigação breve, já que tangencia aspectos referentes não somente à discricionariedade, mas também à própria estrutura do fenômeno jurídico.

Por fim, fechando esta dissertação, como não poderia deixar de ser, estão as considerações finais sobre a pesquisa, em que se realiza uma síntese do que foi investigado, tentando-se ir além do que foi apresentado, na medida em que produz uma ponderação necessária sobre o "tempo" para uma discricionariedade administrativa democrática.

O que se pede ao leitor nessa empreitada é que ignore o tom muitas vezes combativo – quase panfletário – que envolve a proposta de democratização da discricionariedade administrativa. A participação dos cidadãos-administrados na confecção da decisão administrativa discricionária não solucionará todos os problemas que envolvem a discricionariedade administrativa. Pelo contrário, levantará outros problemas. Não é uma única pesquisa que resolverá todas as encruzilhadas jurídicas, políticas e sociais de um instituto bicentenário. Mas por certo esta dissertação contribui para o enriquecimento das discussões, ao salientar a necessidade de (re)colocar a discricionariedade administrativa sob a guarda normativa do paradigma do Estado Democrático de Direito.

PARTE I: DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SUAS COORDENADAS DOGMÁTICAS: LEGALIDADE E SUBJETIVIDADE[4]

Como ponto inaugural de uma análise voltada para o esclarecimento dos aspectos dogmáticos[5] atinentes à discricionariedade administrativa, é importante fazer menção à própria origem histórica[6] do direito administrativo.

Sabe-se que tal investigação histórica não logra contornos precisos: acontecimentos diversos, como a Lei 28 *pluviôse* do ano VIII, de 1800 (que, de forma inovadora, conseguiu tornar menos difuso o perfil da organização administrativa francesa), a Revolução Francesa, de 1789 (símbolo da emergência de uma vontade popular, vertida sob a forma de lei, que desafia a vontade régia)[7] e o caso Blanco, de 1873 (que reconheceu jurisprudencialmente[8] o dever do Estado, em termos de responsabilidade civil extracontratual administrativa, de reparar os danos causados aos indivíduos), são alguns dos eventos históricos apontados como capazes de arrogar, para si, a condição de matriz histórica do direito administrativo.

Nenhum desses acontecimentos, no entanto, representa a eclosão mesma do direito administrativo: melhor seria dizer que todos eles contribuíram, a sua maneira, para a consolidação do que hoje se entende por direito administrativo. Daí, se afirmar, aqui, que a

---

[4] A primeira Parte da dissertação valeu-se de substanciosos elementos doutrinários e jurisprudenciais presentes em relatório de pesquisa realizado no âmbito do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (NUJUP), produzido pelo grupo de pesquisa "Controle Social da Discricionariedade Administrativa", composto pelos pesquisadores Isadora Perdigão, Vinícius Caldas, Renato Horta, Ângela Valentino, Bruna Figueiredo e Renato de Abreu Barcelos, orientados pela profa. Dra. Marinella Machado Araújo. Esse relatório encontra-se em Marinella Machado Araújo *et al* (2014).

[5] A dogmática refere-se aos pontos de partida tidos como pressupostos para o estudo de uma ciência. "Uma disciplina pode ser definida como dogmática à medida que considera certas premissas, em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, renunciando-se, assim, ao postulado da pesquisa independente." (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 48). Desse modo, a dogmática da discricionariedade administrativa fornece preliminarmente os caminhos a serem trilhados por aquele que se envereda a investigá-la.

[6] Para uma análise aprofundada da origem e do desenvolvimento históricos do direito administrativo conferir os estudos de Odete Medauar (2003, p. 13-28), Gustavo Binenbojm (2008, p. 9-21) e Paulo Otero (2007, p. 269-303). Aliás, interessante é a afirmação de Otero no sentido de que o direito administrativo, em sua gênese, não representou a emergência de um garantismo jurídico, mas sim a preservação de antigas práticas autoritárias do Antigo Regime: "[...] o sistema contencioso do administrador-juiz não surge para garantir os particulares contra a Administração, antes tem sua origem histórica pautada pela preocupação de o poder executivo se subtrair aos tribunais e, neste exacto sentido, diminuir as garantias que os particulares teriam se submetessem o controlo da actividade administrativa a um poder equidistante, independente e imparcial – o poder judicial protagonizado pelos tribunais judiciais." (OTERO, 2007, p. 276).

[7] "[...] costuma-se tributar o surgimento do direito administrativo, como ramo autônomo da ciência jurídica, à irrupção do movimento revolucionário francês do século XVIII, o qual golpeara não apenas as instituições políticas, mas igualmente as administrativas do antigo regime." (NOBRE JÚNIOR, 2012, p. 699).

[8] Aqui já se fazem sentir a influência e a força do Conselho de Estado francês na criação e consolidação de institutos hoje clássicos no direito administrativo.

origem do direito administrativo enquadra-se, de forma temporalmente genérica, na modernidade racionalista ínsita ao Estado de Direito[9].

Essa sintética digressão histórica somente acentua toda a problemática que rodeia o velho instituto da discricionariedade administrativa: apesar de mais de 200 anos de permanente lapidação do direito administrativo, ainda não se obteve consenso sobre os próprios contornos básicos da discricionariedade administrativa. Nesse sentido, o discurso dogmático da discricionariedade é extremamente fragmentado em razão da pluralidade de metodologias[10] que abordam o repertório da margem de liberdade conferida ao administrador público, via normativa legal, para adotar a solução que atenda ao interesse público no caso concreto. Apesar de ser "[...] uma artéria de grande circulação doutrinária" (PEREIRA, 1962, p. 213) – e mesmo jurisprudencial –, a discricionariedade administrativa é ainda povoada de dissensos estruturais quanto a sua operatividade e identidade.

A ilação ventilada nesse sentido será explicitada ao se observar a dogmática da discricionariedade administrativa. Para tanto, opta-se pela seguinte metodologia expositiva: na seção 2, serão apresentadas as pontualidades que envolvem a discricionariedade, tais como: perspectivas de compreensão de discricionariedade administrativa; terminologia; a relação entre discricionariedade e direito; necessidade – ou não – da discricionariedade; localização da discricionariedade na norma e no ato administrativo; a contraposição entre vinculação e discrição; discricionariedade técnica; mérito e discricionariedade; dentre outras que se fizerem necessárias à completa elucidação do fenômeno discricionário.

Já na seção 3, serão apresentadas as questões que mais recolhem polêmicas quando da análise da discricionariedade administrativa, a saber: os limites postos ao agir discricionário (quais seriam eles?); a disputa que envolve os conceitos jurídicos indeterminados (eles constituiriam exemplos de vinculação ou de discrição?); e a extensão do controle jurisdicional incidente sobre a atividade administrativa exercida sob pálio da discricionariedade (o que pode o judiciário fazer quanto à decisão discricionária? Pode somente anular o pronunciamento discricionário, sem qualquer possibilidade de substituição?

---

[9] "Aquilo que o Estado de Direito é forçosamente, é Montesquieu e Rousseau, talvez mais Rousseau que Montesquieu." (QUEIRÓ, 1940, p. 8). Assim, o Estado de Direito pode ser concebido como o paradigma que concilia a vontade geral, plasmada sob o paramento da lei, e a separação de poderes, instrumentalizada com o fito de evitar a concentração de poder em um único sujeito ou órgão, obstaculizando, portanto, a arbitrariedade. Dessa forma, legalidade e separação de poderes constituem os fatores propícios para o surgimento do direito administrativo (MEDAUAR, 2003, p. 23-26).

[10] "O estudioso encontra um número elevadíssimo de trabalhos nacionais e estrangeiros sobre o tema da discricionariedade, cujos autores desenvolvem teorias diversificadas e linhas específicas de análise, diferentes pontos de partida e metodologias, o que dificulta a compreensão dos verdadeiros problemas." (KRELL, 2013, p. 9).

Ou poderia o órgão jurisdicional modificar substancialmente o ato discricionário ditado pela autoridade administrativa?).

Não obstante o fragmentado discurso dogmático, a investigação sobre a discricionariedade administrativa permite entrever dois elementos que permanecem intocáveis pelas análises costumeiras: (i) um pertinente à decisão subjetiva, solipsista, por parte do administrador público quando da autorização normativa para o exercício da discricionariedade administrativa; (ii) outro relativo à necessidade de que o pronunciamento discricionário seja conforme ao universo normativo que deve nortear a atuação estatal, ou seja, o ato discricionário não pode, de modo algum, desprezar o princípio da legalidade[11]. Por conseguinte, legalidade e subjetividade transformam-se nos únicos pontos desprovidos de disputa; afiguram-se, pois, como as coordenadas dogmáticas das quais se erige o monumento teórico da discricionariedade administrativa. Essas reflexões serão, então, apresentadas ao final da segunda seção.

[11] "Todo ato administrativo precisa de um fundamento legal" (FLEINER, 1933, p. 107, tradução nossa). (No original: "todo acto administrativo precisa de un fundamento legal.").

2 PANORAMA GERAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Uma visão panorâmica da discricionariedade administrativa pressupõe a investigação das seguintes questões: (i) a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade, realizada com apoio na dicotomia Estado de Polícia e Estado de Direito; (ii) as várias perspectivas engendradas para a captação compreensiva do fenômeno discricionário, a saber, a formal, a material e a mista; (iii) as múltiplas terminologias que podem ser empregadas para designar o fenômeno discricionário; (iv) a análise quanto ao compartilhamento da discricionariedade com outras funções estatais, o que implica saber se existe discricionariedade que não seja administrativa; (v) as razões pelas quais se justifica a indispensabilidade da discricionariedade administrativa; (vi) a contraposição com o fenômeno – em tese – diametralmente oposto à discricionariedade, consistente na vinculação; (vii) os vários modos de se localizar a discricionariedade administrativa – localização nos elementos do ato administrativo; localização na estrutura lógico-formal das disposições normativas; e localização nos objetos sobre os quais recai a discricionariedade administrativa; e (viii) a distinção da discricionariedade administrativa em relação a outros fenômenos correlatos – interpretação, atos políticos ou governamentais, discricionariedade técnica e mérito.

2.1 Liberdade e libertinagem: a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade

O primeiro ponto a ser enfrentando ao se analisar a discricionariedade administrativa em sua feição dogmática básica é que ela não se confunde com a arbitrariedade[12]. A discricionariedade pressupõe, classicamente, uma margem de liberdade conferida ao administrador público para que determine, frente às circunstâncias do caso concreto, a decisão que melhor contemple o interesse público. Essa margem de liberdade, contudo, não se dá em um vácuo normativo: pelo contrário, advém precisamente da lei[13]. A lei é, assim, a própria origem[14] da discricionariedade.

---

[12] Interessante observar que alguns autores empregam arbitrariedade no sentido de discricionariedade, mas tal arbítrio acaba sendo entendido como lícito. Ou seja: arbitrariedade tem as mesmas denotações que discricionariedade, no sentido de que não é ilimitada. Juan Francisco Linares (1958, p. 281), por exemplo, realiza a distinção entre arbítrio ordinário – que se dá na aplicação normal do direito – e arbítrio extraordinário – correspondente à discricionariedade.

[13] "[...] a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassar esses limites, a sua decisão passa a ser **arbitrária**." (DI PIETRO, 1991, p. 41, grifo da autora). Diz Gabino Fraga (1973, p. 98, tradução nossa): "O princípio de que nenhum órgão do Estado pode realizar atos individuais que não estejam previstos ou autorizados por disposição geral anterior tem em todos os Estados modernos um caráter quase absoluto; pois salvo o caso de faculdade discricionária, em nenhum outro e por

Por sua vez, a arbitrariedade representa a ausência de parâmetros capazes de controlar a atuação de quem tem poder de agir[15]. Se a discricionariedade envolve-se com a liberdade assistida pela lei, a arbitrariedade emaranha-se com a libertinagem desprovida de regulações normativas. Portanto, a atuação arbitrária deságua na ilegalidade[16].

A relação entre discricionariedade e arbitrariedade é vislumbrada quando se depara com os modelos de Estado de Direito e Estado de Polícia. O Estado de Direito não compactua com comportamentos levados a cabo por autoridades públicas sem que haja previsão normativa que autorize os referidos comportamentos. Já o Estado de Polícia caracteriza-se pela atuação caprichosa de quem concentra o poder de agir, isento de controles prévios ou posteriores. A liberdade (incontrolável) da autoridade é típica do Estado de Polícia; a liberdade (controlada, e não meramente controlável) da autoridade é típica do Estado de Direito. Assim, no Estado de Polícia não havia liberdade discricionária, mas libertinagem arbitrária.

2.2 Perspectivas de compreensão da discricionariedade administrativa

Se a nota característica da discricionariedade é que ela não se confunde com a arbitrariedade, na medida em que é passível de controle, o que se deve entender exatamente por discricionariedade? Três são as perspectivas de compreensão da discricionariedade administrativa: (i) a perspectiva formal ou negativa; (ii) a perspectiva material ou positiva; e (iii) a perspectiva mista.

Pela perspectiva **formal ou negativa**, a discricionariedade administrativa é entendida como margem de liberdade emanada da norma jurídica para que a administração faça sua

---

nenhum motivo é possível fazer exceção a este princípio fundamental.". (No original: "El principio de que ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos o autorizados por disposición general anterior tiene en todos los Estados modernos un carácter casi absoluto; pues salvo el caso de facultad discrecional, en ningún outro y por ningún motivo es posible hacer excepción a este principio fundamental."). Como se vê, a perspectiva do jurista mexicano é radicalmente oposta à esposada neste estudo: considera-se a discricionariedade administrativa como manifestação da legalidade, não como exceção.

[14] Por consequência, a ausência de lei leva à impossibilidade de manejo de poderes discricionários: "[...] **no silêncio da lei não se pode falar em outorga de qualquer poder discricionário ao administrador público**. Deveras, se ao administrador público ordinariamente compete o **dever-poder** de executar a lei (**exercício da função administrativa**), no silêncio legal a sua atuação não pode se ter como legítima ou válida." (CARDOZO, 2005, p. 50, grifos do autor).

[15] Atos arbitrários seriam, então, aqueles que "[...] se concretizam através da vontade pessoal do titular de um órgão administrativo, que age impulsionado por paixões, caprichos ou preferências, desamparados, portanto, de qualquer fundamento legal." (CRETELLA JÚNIOR, 1966, p. 101).

[16] Em sentido contrário encontra-se a lição de Miguel Beltrán de Felipe (1995, p. 50-51), para quem a arbitrariedade ostenta uma conotação mais enfática, subjetiva e grave do que a ilegalidade.

escolha, dentre duas ou mais opções, todas consideradas válidas juridicamente[17]. Tal perspectiva dá enfoque a essa multiplicidade de soluções possíveis advindas da norma jurídica de conteúdo aberto[18] e fluido.

Nesse caso, a decisão porventura adotada pela administração é, de certa forma, estranha ao direito, na medida em que resplandece um comportamento político autorizado pela norma jurídica[19]. Daí a comum assertiva segundo a qual a discricionariedade comporta uma avaliação subjetiva, de cariz política[20], que se reflete no mérito[21] do ato administrativo. Se os critérios para decisão não estão juridificados, por via reflexa apresentam-se politizados.

Em resumo: na ausência de uma objetividade jurídica que determine claramente o comportamento a ser adotado pelo administrador público, surge uma margem de decisão que o autoriza a tomar a decisão que lhe pareça, subjetiva e politicamente, a mais adequada ao caso. Uma ilustração da perspectiva formal ou negativa pode ser encontrada em Ernst Forsthoff:

> Por ela [potestade discricionária] se entende um âmbito de ação e de decisão, a eleição entre várias formas de comportamento igualmente possíveis: fazer A ou fazer B ou abster-se de toda ação. Possível significa neste caso, possível juridicamente, é dizer, que o Direito não dá a nenhuma dessas formas de comportamento uma preferência sobre as demais. (FORSTHOFF, 1958, p. 122, tradução nossa[22]).

Essa é, sem dúvida, a posição majoritária[23] na doutrina brasileira, sendo adotada, dentre outros, por Odete Medauar (2005, p. 80), José Eduardo Martins Cardozo (2005, p. 49),

---

[17] Qualquer opção é válida juridicamente porque as alternativas são fungíveis: "[...] se no exercício do poder discricionário surgem várias alternativas à escolha, cada uma delas pode ser 'fungível' e 'defensável', em vista da grande ambiguidade que permanece dentro do 'espaço de jogo'." (ENGISCH, 1996, p. 250).

[18] "A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso." (HART, 2009, p. 175).

[19] "Na discricionariedade, há a convivência entre essas duas lógicas, haja vista a mesma constituir **um processo jurídico de decisão que admite a inserção controlada de elementos políticos na formação e concretização da norma jurídica**." (FRANÇA, 2000, p. 40, grifos do autor).

[20] "[...] a discricionariedade em sentido próprio dá lugar a uma valoração de tipo político em que o fenômeno não é mais natural, mas social [...]." (GIANNINI, 1939, p. 42-43, tradução nossa). (No original: "[...] la discrezionalità in senso próprio dà luogo a una valutazione di tipo político in cui fenomeno è non più naturale, ma sociale [...].").

[21] Que se articula, por sua vez, pelo binômio oportunidade e/ou conveniência.

[22] No original: "Por ella se entiende un ámbito de acción y de decisión, la elección entre varias formas de comportamiento igualmente posibles: hacer A o hacer B o absternerse de toda acción. Posible significa en este caso, posible jurídicamente, es decir, que el Derecho no da a ninguna de estas formas de comportamiento una preferencia sobre las demás.".

[23] Da doutrina brasileira, veja-se: "**discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da**

Edimur Ferreira de Faria (2011, p. 140)[24], Florivaldo Dutra de Araújo (1992, p. 86-87), Sérgio Guerra (2008, p. 63), Vladimir da Rocha França (2000, p. 39), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991, p. 40), Ruy Cirne Lima (1954, p. 93), Themístocles Brandão Cavalcanti (1955, p. 248), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 471), José Cretella Júnior (1966, p. 103), Edmir Netto de Araújo (2009, p. 463), Hely Lopes Meirelles (2004, p. 116), Rita Tourinho (2004, p. 325) e Diogenes Gasparini (2000, p. 87).

Também na doutrina estrangeira há amplo posicionamento nesse sentido, conforme se colhe em Jorge Olivera Toro (1967, p. 149-150), Agustín Gordillo (2003, p. X-10), Raúl Bocanegra Sierra (2002, p. 54-55), Héctor Jorge Escola (1990, p. 159), Hartmut Maurer (2001, p. 48-49), Afonso Rodrigues Queiró (1940, p. 50), André Gonçalves Pereira (1962, p. 220) e Bartolomé Fiorini (1952, p. 76).

A perspectiva **material ou positiva**, por seu turno, estabelece que a nota característica da discricionariedade administrativa não é a margem de liberdade que emerge da norma de conteúdo aberto, mas sim a ponderação axiológica de possíveis decisões que melhor contemple o interesse geral da comunidade.

Nessa atividade ponderativa, entrecruzam-se interesses públicos, ditos primários, e interesses privados, ditos secundários, devendo o administrador público construir a decisão que melhor atenda, a partir dos dados fornecidos pela realidade empírica, o interesse geral. A ideia de "margem de liberdade", com efeito, é apenas uma averbação marginal na teoria da discricionariedade administrativa, sendo o âmago desta a ponderação de múltiplos interesses direcionada, sempre, para o atendimento de um interesse maior, o interesse geral – capaz de aglutinar em torno de si interesses públicos e privados.

Um destaque deve ser registrado: a perspectiva material ou positiva não despreza o conteúdo político da discricionariedade administrativa; na verdade, o elemento político se daria na própria atividade ponderativa realizada pelo administrador público; ao passo que, na perspectiva formal ou negativa, a questão política surgiria da margem de liberdade conferida ao administrador.

A perspectiva material ou positiva encontra sua formulação clássica em Massimo Severo Giannini:

---

liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente." (MELLO, 1996, p. 44, grifos do autor).

[24] Interessante e persuasório é o entendimento do autor, ao não se referir a **margem**, mas à noção de **faixa**: "[poder discricionário seria] a existência de determinada faixa legal na qual o administrador transita com certa liberdade de escolha entre alternativas e de praticar o ato administrativo conveniente ou oportuno, quando, diante do caso concreto, não encontre norma determinando-lhe de maneira categórica e objetiva a conduta a ser adotada." (FARIA, 2011, p. 140).

> A apreciação política da discricionariedade consiste portanto em uma comparação qualitativa e quantitativa dos interesses públicos e privados que concorrem em uma situação social objetiva, de modo que qualquer deles venha satisfeito segundo o valor que a autoridade considera disposto na hipótese legal. Se tiverem valor zero ou quase nulo, eles serão desprezados; se um deles domina esmagando os outros, somente ele será satisfeito; mas em geral há uma conciliação dos interesses singulares. (GIANNINI, 1939, p. 74, tradução nossa[25]).

Dada a ampla maioria arregimentada pela perspectiva formal ou negativa, é evidente que a perspectiva material ou positiva afigura-se minoritária nas elaborações conceituais empregadas para o esclarecimento da atividade discricionária. Apesar disso, tal perspectiva não é cabalmente menosprezada, porque algumas formulações teóricas de discricionariedade administrativa, ainda que sem concederem destaque ao ponto, mencionam a necessária ponderação de interesses na apreciação discricionária[26].

No Brasil, Onofre Alves Batista Júnior é exemplo de quem, nas considerações dogmáticas sobre a discricionariedade administrativa, recorre à nota característica da ponderação axiológica de interesses como modo explicativo do perfil da discricionariedade administrativa[27], no que também é ladeado por Emerson Garcia (2005, p. 212). Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2002, p. 33), não obstante o obscurantismo de sua definição de discricionariedade, poderia ser incluído no segmento doutrinário que vê essencialmente na discricionariedade uma perspectiva positiva ou material. Dos estudiosos estrangeiros, adotam a perspectiva material ou positiva, na esteira das lições de Giannini (1939), Arnaldo de Valles (1951, p. 164), Aldo Sandulli (1966, p. 321-322) e Umberto Fragola (1964, p. 39).

---

[25] No original: "L'apprezzamento político della discrezionalità consiste pertanto in una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie. Se essi hanno valore zero o valore quasi nullo, essi saranno trascurati; se uno di essi domina schiacciando gli altri, esso solo sarà sodisfatto; ma in genere si ha un contemperamento dei singoli interessi.".

[26] É o que se vê na seguinte colocação de Tomás Ramón Fernández: "A Administração dispõe de uma liberdade, maior ou menor, para eleger a solução que considera mais apropriada entre as várias possíveis, liberdade que é sua e somente sua, porém, como essa liberdade não é nem pode ser total suposto que o poder que a concede é um poder jurídico e sua concessão pela Lei se faz em consideração de interesses que não são próprios do órgão competente para exercitá-lo, este deve raciocinar por que estima que tal solução e não outra distinta é a que melhor satisfaz os interesses a que o poder exercitado se ordena." (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2002, p. 90-91, tradução nossa). (No original: "La Administración dispone de una liberdad, mayor o menor, para elegir la solución que considere más apropiada de entre las varias posibles, liberdad que es suya u solo suya, pero, como esa liberdad no es ni puede ser total supuesto que el poder que la otorga es un poder jurídico y su otorgamiento por la Ley se hace en consideración de intereses que non son propios del órgano competente para ejercitarlo, este debe razonar por qué estima que tal solución y no otra distinta es la que mejor satisface los intereses a los que el poder ejercitado se ordena.").

[27] Confira-se: "A discricionariedade, assim, provém exatamente da margem que se abre à Administração Pública para decidir, mediante ponderação comparativa de interesses, a melhor maneira de atender às necessidades sociais, isto é, numa determinada situação concreta, convergem diversos interesses, públicos ou privados, e cabe à Administração Pública proceder a uma valoração comparativa para agir no sentido de melhor anteder ao bem comum." (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 141).

Por fim, a perspectiva **mista**. Despindo-se de posturas antagonistas, a perspectiva mista promove a conciliação entre a perspectiva formal ou negativa e a perspectiva material ou positiva com o intuito de promover uma visão completa de todo o fenômeno discricionário. Logo, a compreensão da discricionariedade administrativa, se levada pelos unilateralismos de uma perspectiva ou de outra, restaria prejudicada quanto a sua totalidade.

O ecletismo da perspectiva mista vê a discricionariedade administrativa como fenômeno complexo composto de uma margem de liberdade advinda da fluidez normativa, que oportuniza ao administrador público, mediante juízos de oportunidade e conveniência, a ponderação dos interesses presentes em determinado contexto fático carecedor de normatização suficiente. Assim: "[...] o poder discricionário refere-se à interpretação ou determinação do interesse geral (primeira definição) mediante uma margem de liberdade ou de autodeterminação para atuar ou não ou para fazê-lo em um ou outro sentido (segunda definição)." (BELTRÁN DE FELIPE, 1995, p. 44, tradução nossa[28]).

Na doutrina nacional, existe inequívoca adesão de Germana de Oliveira Moraes (1999)[29] à perspectiva mista de discricionariedade administrativa, e, na doutrina estrangeira, apresenta importância a figura de Renato Alessi (1970, p. 199).

Em termos estritamente dogmáticos, este estudo acolhe, como núcleo informativo da discricionariedade administrativa, a perspectiva mista. De fato, margem de liberdade, norma aberta e fluida e ponderação de interesses são os caracteres que realmente reproduzem as práticas discricionárias realizadas pela administração pública. Assim, a norma que norteará a conduta do administrador, por ter uma programação normativa obscura, outorgar-lhe-á margem de liberdade, que, por consequência, autorizará a ponderação dos vários interesses detectados no contexto de aplicação. O ecletismo da perspectiva mista, como se disse, refuta

---

[28] No original: "[...] el poder discrecional se refieri a la interpretación o determinación del interes general (primera deficinición) mediante un margen de libertad o de autodeterminación para actuar o no o para hacerlo en uno u otro sentido (segunda definición).".

[29] "Aceita-se, pois, neste estudo, para fins de tentativa de redefinição do termo, a linha doutrinária que considera, com acerto, três elementos essenciais à discricionariedade**: o complemento da previsão aberta da norma, a margem de livre decisão e a ponderação valorativa de interesses concorrentes. Além de pressupor a textura aberta da norma**, a ser colmatada, seja mediante a 'tarefa de complementação da facti species', seja mediante a determinação dos efeitos, para além daqueles parcialmente previstos, consiste, essencialmente, numa margem de liberdade de decisão da Administração Pública, exercitável por meio de um juízo de **valoração ou hierarquização**, **à luz do interesse público protegido pela norma que a confere**, **de todos os interesses (públicos e privados)** que possam ser satisfeitos pela decisão a ser tomada administrativamente." (MORAES, 1999, p. 35, grifos da autora).

os unilateralismos das outras direções, permitindo uma visão mais ampla da discricionariedade administrativa[30].

2.3 O caleidoscópio terminológico

As controvérsias quanto ao núcleo da discricionariedade administrativa refletem-se, por arrastamento, nos rótulos alocados para designar o fenômeno discricionário. Por óbvio, se não há consenso dogmático a respeito do que é a discricionariedade administrativa – se uma margem de liberdade oriunda da textura aberta da norma, se uma ponderação axiológica de interesses concorrentes, se uma margem de liberdade que proporciona uma ponderação de interesses por parte do administrador público –, supõe-se igualmente que, quanto à terminologia empregada para designar o fenômeno discricionário, serão constatadas discrepâncias.

Isso posto, várias são as opções léxicas de designação da discricionariedade administrativa: "ato administrativo discricionário"[31], "poder discricionário"[32], "competência discricionária", "faculdade discricionária", "liberdade discricionária", "potestade discricionária"[33] e "dever discricionário"[34] são expressões recorrentemente utilizadas[35] para batizar o fenômeno discricionário.

De qualquer forma, a maioria dos estudiosos utiliza, concomitantemente, essas várias denominações de forma intercambiável: ora dizem "faculdade", em outro momento mencionam "ato", em seguida empregam "poder", para, logo à frente, recorrer ao termo

---

[30] Claro, a discussão anteriormente apresentada possui interesse meramente dogmático e atende mais a fins acadêmicos, não apresentando grandes repercussões no que tange ao exercício real da discricionariedade administrativa.

[31] Conforme será apresentado, não existe ato puramente discricionário; nem por isso a expressão deixa de ser empregada por um segmento doutrinário. Miguel Seabra Fagundes (2010, p. 92-93), não vê empecilhos à utilização do termo "ato administrativo discricionário", por ser de ampla utilização na práxis e na teoria administrativistas. Também Regis Fernandes de Oliveira (1978, p. 65) não se incomoda com a locução. De qualquer forma, "ato administrativo discricionário" é indubitavelmente o rótulo mais utilizado para explicar o fenômeno discricionário.

[32] Victor Nunes Leal (1997, p. 280), Edimur Ferreira de Faria (2011, p. 141) e Sandra Regina Mancuso (2012, p. 1.269) são exemplos de quem, agarrando-se à inexistência de ato puramente discricionário, preferem o termo "poder", em detrimento a "ato".

[33] Termo mais recorrente entre autores de língua espanhola.

[34] Inovação que se deve a Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 15): se os poderes conferidos à administração estão instrumentalmente destinados ao cumprimento da finalidade da lei, que é a contemplação do interesse público, segue-se que a discricionariedade afigura-se como dever de atender ao interesse público.

[35] Há os que combinam expressões com a finalidade de melhor explicar a discricionariedade: José Cretella Júnior (1966, p. 99) diz que "poder discricionário" é possibilidade de edição do ato; já o "ato discricionário" seria manifestação do poder em concreto.

"competência". Ou seja: em uma mesma obra, podem ser empregadas terminologias distintas, o que não prejudica a compreensão da discricionariedade administrativa[36].

Enfim, a discussão sobre a terminologia adequada para a explicação da atividade discricionária não obteve unanimidade entre os estudiosos; porém, a questão é de somenos importância, uma vez que quaisquer das locuções anteriormente arroladas são capazes de corretamente captar, cada uma a seu modo, o fenômeno discricionário[37].

2.4 "Discricionariedades": margem de liberdade nas funções legislativa e jurisdicional

Até o presente momento, analisaram-se as perspectivas de compreensão e as terminologias possíveis para a discricionariedade administrativa. Mas haveria "discricionariedade" que não fosse "administrativa"? Em outras palavras: a discricionariedade se confinaria exclusivamente nos domínios da administração pública no exercício da função administrativa[38] ou se espraiaria também por outras funções estatais? A resposta a tais indagações visa a refletir sobre a existência – ou não – de discricionariedade nas funções legislativa e jurisdicional.

Os entendimentos sobre tal controvérsia podem ser agrupados em três lineamentos gerais: (i) não existiria discricionariedade nas atividades de legislação e de jurisdição[39], seja porque a discricionariedade foi mais bem sistematizada na seara administrativa, seja pelo seu próprio modo de ser[40]; (ii) a discricionariedade seria compartilhada entre todas as funções estatais[41], sendo, portanto, matéria típica da teoria do direito, por não estar aprisionada aos

---

[36] Quanto a este estudo, prefere-se o termo "discricionariedade". Mas isso não impedirá a utilização de outras terminologias no decorrer da dissertação.

[37] "[...] o uso indistinto das expressões não implica erro, facilitando a exposição do tema, que, em essência, é o mesmo nas citadas denominações." (MEDAUAR, 2009, p. 112).

[38] Adverte-se que a análise ora realizada refere-se à discricionariedade quanto ao exercício das funções típicas do Legislativo e do Judiciário; isso porque, quando no desempenho de função atípica administrativa, é inegável a titularidade de competência discricionária por parte daqueles poderes estatais.

[39] "O poder discricionário é criação do Direito Administrativo e, por isso, nele se localiza. Não se encontra, por isso mesmo, na Teoria Geral do Direito." (FARIA, 2011, p. 144). Além de Faria, também Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991, p. 44-45) e Odete Medauar (2012, p. 1.177) negam uma autêntica discricionariedade nas funções legislativa e jurisdicional.

[40] O argumento, em termos esquemáticos, seria o seguinte: a discricionariedade seria mais ou menos condicionada pela lei. Nessa visão, não existiria discricionariedade na legislação porque essa função não estaria, de modo algum, limitada por lei; e não existiria discricionariedade na jurisdição porque essa função estaria, de modo cabal, limitada pela lei.

[41] "Com alguns autores, entendemos que a discricionariedade não é um fenômeno confinado à ação do Estado enquanto administrador, mas se revela, também, enquanto legislador ou juiz; é uma técnica de integração jurídica: um tema que transcende o Direito Administrativo e interessa a todo o Direito Público" (MOREIRA NETO, 2002, p. 31). Igualmente manifestam-se nesse sentido: Bartolomé Fiorini (1952, p.60-61), Vladimir da Rocha França (2000, p. 41), Tomáz-Ramón Fernández (2002, p. 27) e Umberto Fragola (1964, p. 38).

confins do direito administrativo; (iii) perceber-se-ia discricionariedade na função legislativa, estando, contudo, ausente na função jurisdicional[42].

A ausência de uma teoria sistematizada sobre a discricionariedade, capaz de identificar os pontos comuns e divergentes[43] sobre a discricionariedade nas três funções estatais – administrar, julgar e legislar –, contribui para a nebulosidade que a temática envolve. Essa é, pois, a mora de que se ressente a teoria do direito.

De qualquer forma, sem maiores pretensões de aprofundamento, podem-se assegurar resíduos de discricionariedade em todas as funções típicas desempenhadas pelo aparato estatal. Em relação à **atividade de legislação**, é bastante intuitivo que o legislador ostenta ampla margem de liberdade para normatizar os fatos sociais ocorrentes no seio da sociedade.

Entretanto, essa margem de liberdade não merece a extensão que a intuição estimula. Isso porque, ao se analisarem questões sintéticas como "de que modo legislar", "quando legislar" e "como legislar", verificam-se algumas vinculações jurídicas que reclamam observação estrita de seus termos.

Ao se mencionar "de que modo legislar", deve-se ter em vista a existência do processo legislativo[44] que direciona toda a produção normativa do legislador. A título de exemplos[45], há disposições constitucionais expressas que reservam com exclusividade determinadas iniciativas de lei a certas autoridades ou órgãos; os ritos dos diversos procedimentos legislativos (ordinários, sumários e especiais) de feitura de leis; e o próprio processo de emenda à Constituição, que evidencia que a atividade legislativa não ocorre em um vazio de prescrições jurídicas: uma vez não cumpridos tais condicionamentos, resta a antijuridicidade do comportamento legislativo.

Também quanto ao "quando legislar", a liberdade do legislador não é tão livre de restrições quanto possa parecer à primeira vista: há um "impulso de legislar"[46] (SOUSA,

---

[42] "A atividade legislativa é também discricionária, uma vez que as escolhas do legislador não são arbitrárias, mas mais ou menos condicionadas pela Constituição e pela concessão política do Estado, qual se afirma no particular momento histórico; enquanto a atividade de jurisdição se resolve na necessária aplicação da norma ao caso concreto, e é por isso sempre **vinculada**, isto é não discricionária." (LANDI; POTENZA, 1997, p. 10, grifo dos autores, tradução nossa). (No original: "L'attività legislativa è anch'essa discrezionale, poiché le scelte del legislatore non sono arbitrarie, ma più o meno condizionate dalla Costituzione e dalla concezione politica dello Stato, quale se afferma nel particolare momento storico; mentre l'attività di giurisdizione si risolve nella necessaria applicazione della norma al caso concreto, ed è quindi sempre **vincolata**, cioè non discrezionale.").

[43] No pressuposto de existir discricionariedade nas três funções estatais.

[44] "Por **processo legislativo** entende-se o **conjunto de atos** (iniciativa, emenda, votação, sanção, veto) **realizados pelos órgãos legislativos visando a formação das leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos**." (SILVA, 2006, p. 524, grifos do autor).

[45] Extraídos da realidade normativa brasileira.

[46] Além desses impulsos, há os contraimpulsos: "As condicionantes metajurídicas transformam-se (quando passamos de uma visão estática para uma visão dinâmica) em impulsos. Impulsos legiferantes ou legislativos e impulsos contralegiferantes ou, se quiserem, impulsos positivos – para que seja elaborado um certo diploma

1991, p. 16-23) que pode assumir múltiplas colorações: impulsos jurídico-constitucionais (de que seria exemplo a necessidade de um diploma legal a regular o direito de greve dos servidores públicos); impulsos interterritoriais (no caso brasileiro, seria a hipótese de os estados-membros criarem, a partir de sua autonomia política, o respectivo arcabouço normativo regional); impulsos supraestatais (decorrentes de acordos político-econômicos internacionais que visam a estimular determinado comportamento, vazado em lei nacional, por parte do Estado signatário – seria a relação Brasil-Mercosul, por exemplo); e impulsos difusos (criados pelos partidos políticos, pela opinião pública, pelos meios de comunicação de massa, pelos atores econômicos etc.).

Ademais, dois instrumentos[47] são capazes de cercear uma pretensa liberdade (que conferiria, por sua vez, discricionariedade) quanto ao momento de se legislar. O primeiro deles é o mandado de injunção[48], que, pela nova feição concretista imprimida ao instituto pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento dos mandados de injunção n. 670/ES, 708/DF e 712/PA em 2007, não mais ostenta natureza meramente declaratória da mora legislativa, mas sim constitutiva, de modo a conferir viabilidade eficacial *erga omnes*[49] ao direito, prerrogativa ou liberdade carente de regulamentação. O mandado de injunção, com sua nova identidade, promove nessa exata medida constrição à prerrogativa de o legislador eleger o momento de encetar sua atividade legiferante.

O segundo instrumento é a declaração de inconstitucionalidade por omissão[50], que tem o escopo de declarar a inação dos poderes constituídos em tornar efetivo o texto constitucional pela elaboração legislativa ou administrativa. Igualmente, aqui, tem-se

---

legislativo – e impulsos negativos ou contraimpulsos – oposições, pressões para que não seja elaborado um determinado diploma legislativo." (SOUSA, 1991, p. 16).

[47] Importante comentar que mandado de injunção e declaração de inconstitucionalidade por omissão, não obstante o mesmo objeto – a omissão de legislar – não se confundem em aspectos atinentes à legitimidade – ativa e passiva –, ao objeto, à eficácia e à competência.

[48] "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]; LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; [...]" (BRASIL, 2007, p. 5/12).

[49] "Desde 2007, o Supremo Tribunal Federal – talvez rejuvenescido com a chegada de novos membros – parece ter efetivamente alterado o seu compromisso anterior com a tese da subsidiariedade, pois nos julgamentos de vários mandados de injunção (MI nº 670, MI nº 708 e MI nº 712), realizados no mesmo dia e que tratavam da mesma matéria – direito de greve de servidores públicos civis –, comprometeu-se com a tese concretista geral, ao deferir o pedido de mandado de injunção e propor como solução para a falta de regulamentação do direito de greve a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989 (Lei de Greve dos Trabalhadores em Geral). Nesses casos, o STF não apenas reconheceu a mora do Congresso Nacional em regulamentar o direito de greve assegurado no art. 37, inciso VII, da CF, como optou por indicar a norma regulamentadora específica com vistas a garantir o direito constitucionalmente assegurado." (CITTADINO, 2013, p. 520-521).

[50] "Art. 103. [...]. § 2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias." (BRASIL, 2007, p. 85).

instrumento – ainda que de alcance reduzido – capaz de constranger o legislador a promover as medidas legiferantes necessárias para o cumprimento da Constituição.

Talvez seja quanto ao "como legislar" que mais remanesça discricionariedade para o legislador. Nessa hipótese, cogita-se da própria maneira de se plasmar o conteúdo normativo da disposição jurídica em elaboração. Em outros termos: materialmente, o legislador tem em mãos uma liberdade para decidir o conteúdo da lei (qual seria o prazo para impetração de determinado recurso; quais seriam as causas que ensejariam a rescisão unilateral do contrato administrativo; qual seria a idade para a capacidade civil – 16 ou 18 anos etc.). Mas é patente que, nessa ocasião de se construir o conteúdo material da lei, deve o legislador observar as prescrições constitucionais pertinentes à temática – e aí se vê mais uma amarra à atividade legiferante

Em síntese: há, sim, discricionariedade legislativa, mas ela não assume contornos absolutos, uma vez que existe uma série de condicionamentos formais, temporais e materiais que restringem a liberdade do legislador.

Se é mito[51] a ideia de uma discricionariedade legislativa cabalmente ilimitada, igualmente é mito a ideia de inexistência de discricionariedade no desempenho da **função jurisdicional**. Isso é possível entrever através de observações jus-filosóficas e empírico-positivas.

Jus-filosoficamente vislumbra-se a possibilidade de discricionariedade judicial quando se observa a interessante discussão[52] firmada entre Ronald Dworkin (2002) e Herbert Hart (2009). Segundo Hart (2009), nos casos em que não há regulação jurídica precisa[53] a guiar a decisão do juiz, este poderia socorrer-se de certa dose de discricionariedade direcionada a uma aplicação composta de novos ingredientes normativos fornecidos pelo próprio órgão jurisdicional. Ou seja, diante da omissão de o legislador apontar, com clareza, qual a solução a ser adotada pelo juiz, este teria o condão de estabelecer, em uma casuística condição de legislador, a norma que resolveria o caso concreto; a aplicação mecânica do direito cederia espaço à aplicação construtiva do direito[54].

---

[51] "O mito surge [...] como uma **produção espontânea** das sociedades humanas, tanto no sentido que lhe atribui a Antropologia – de **regras práticas** para a orientação do homem, como no sentido preferido pela Sociologia – de **criatividade cultural que existe fora do empírico**." (MOREIRA NETO, 2006, p. 244-245, grifos do autor).

[52] A divergência entre Hart e Dworkin não será aqui aprofundada, por fugir aos propósitos ora firmados: busca-se, tão somente, ilustrar a possibilidade de discricionariedade judicial, o que pode ser vislumbrado pela discussão entre o positivista Hart e o pós-positivista Dworkin. Assim, não se tomará partido nesse conflito que abalou, tão profundamente, as bases do positivismo jurídico então vigente.

[53] E isso se dá porque o ordenamento jurídico é lacunoso, informado pelo parâmetro da incompletude.

[54] "[...] sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito,

Dworkin (2002) contesta esse ponto de vista. Para ele, mesmo nos chamados casos difíceis (ausência de regra, frente a determinado contexto, capaz de, com clareza, determinar o padrão de decisão do juiz), o magistrado teria condições de aplicar o direito sem resquícios de discricionariedade judicial, o que seria possível por meio de princípios morais implicitamente ancorados no ordenamento jurídico ou por meio de políticas. Por conseguinte, o sistema do direito não se ressente de incompletudes e lacunas, dado que os princípios jurídicos e as políticas, juntamente com as regras, dariam consistência vinculativa à decisão do magistrado.

O direito é visto, portanto, como algo dotado de integridade que refletiria os anseios morais de uma precisa comunidade política. Se o direito é integral, não há lacunas, e, se não há lacunas, por via reflexa, desaparece a oportunidade de utilização da discricionariedade judicial nos contextos de programação normativa obscura ou rarefeita. A descoberta das potencialidades normativas dos princípios e das capacidades diretivas das políticas representaria peias ao manuseio da discricionariedade judicial nos "casos difíceis"[55].

De um modo ou de outro, o que se vê nessa contenda é que há quem, com rigor científico e intelectual, defenda a existência de discricionariedade por parte do juiz quando da ausência de regra jurídica capaz de conceder, de forma indubitável, o padrão de decisão que resolverá o caso concreto.

A par dessa visão jus-filosófica, a concepção segundo a qual é possível subsistir discricionariedade na função típica de julgar é corroborada por uma abordagem empírico-positiva. Desse modo, é costume dizer que, na atividade de aplicação da pena, persiste espaço discricionário[56] para o juiz estabelecer, à luz dos parâmetros fixados no art. 59 do Código Penal, a pena adequada àquele que incorreu na prática de conduta avaliada como criminosa

---

portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não poderá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz, ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder." (HART, 2009, p. 351).

[55] "[...] se o caso em questão for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticas." (DWORKIN, 2002, p. 131).

[56] "É [a aplicação da pena] o método judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente, fixados para a pena), deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada)." (NUCCI, 2011, p. 455). Para uma investigação mais aprofundada da discricionariedade na seara penal, conferir o estudo de Messina Salvatore (1955).

pelo ordenamento jurídico-penal. Essa discricionariedade judicial na aplicação da pena é, inclusive, reconhecida pela jurisprudência brasileira[57].

Encerrando ponto, é possível afirmar a possibilidade de utilização de discricionariedade no exercício das três funções estatais, a saber, legislar, administrar e julgar. Em termos esquemáticos, poder-se-ia dizer que, nos discursos de justificação[58], a discricionariedade faz-se mais intensa (ainda que constrita por algumas limitações), ao passo que, nos discursos de aplicação[59], a presença da discricionariedade faz-se menos intensa (com as devidas gradações: mais palatável no âmbito administrativo e menos constante no âmbito jurisdicional)[60].

2.5 A indispensabilidade da discricionariedade administrativa

Pelo o que foi anteriormente exposto, vê-se que a discricionariedade, seja administrativa, seja legislativa, seja jurisdicional, é peça fundamental na operacionalidade do direito. E aqui, voltando-se exclusivamente para o campo da discricionariedade exercida na seara administrativa, é preciso fazer menção à justificação de sua existência.

A discricionariedade, conforme se viu, sempre esteve presente no repertório de institutos clássicos do direito administrativo, e isso não se deu pela eventualidade dos acasos impensados. É que, sem a discricionariedade administrativa, o aparato estatal, na realização de sua função administrativa, teria seu desempenho seriamente comprometido, o que causaria

---

[57] "RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA E APREENSÃO. OUTROS MEIOS DE PROVA. ENTENDIMENTO FIRMADO NA 3ª SEÇÃO DESTA E. CORTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ELEMENTOS CONCRETOS. REEXAME DE FATOS. SÚMULA N. 7/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NESTA EXTENSÃO PROVIDO.
[...] - É devido o aumento da pena-base quando apontados elementos concretos que evidenciam a desfavorabilidade das circunstâncias judiciais, lembrando que a dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial, não obedecendo a critérios rígidos ou puramente objetivos. [...] Recurso especial parcialmente conhecido e nesta extensão provido para, reconhecendo a majorante de uso de arma, aumentar a pena para 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantendo-se o regime de cumprimento da pena." (BRASIL, 2013).

[58] "Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio da democracia [...]." (OLIVEIRA, 2002, p. 85). Logo, o discurso de justificação se atém à legislação.

[59] "Já discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto [...]." (OLIVEIRA, 2002, p. 85). Seriam, portanto, discursos de aplicação as atividades de administração e jurisdicional.

[60] Em sentido assemelhado, aduz Almiro do Couto e Silva: "No que diz respeito ao Poder Executivo, quanto à vinculação à lei, é ele, por certo, menos livre do que o Poder Legislativo, mas, se comparado com o Judiciário, goza de uma margem de liberdade incomparavelmente maior." (SILVA, 2004, p. 97).

reflexos na própria busca pela satisfação do interesse público – a teleologia do direito administrativo.

Nessa medida, é impossível, inviável e indesejável um direito administrativo que não abra margens de manobra ao administrador público no desenrolar de suas atividades: àquele que portar as credenciais de competência para gerir o interesse público deve-se permitir pensar[61] como contemplar o interesse público em um determinado contexto empírico. A discricionariedade administrativa é, portanto, indispensável à própria funcionalidade da administração pública.

O direito administrativo sem discricionariedade seria impossível porque o legislador[62], por mais que tenha capacidade premonitória de prospectar os dados do porvir, não consegue vislumbrar todos os possíveis acontecimentos que possam, de alguma maneira, interferir na atuação administrativa vocacionada para o cumprimento do interesse público[63]. Ou seja, o legislador, ainda que bastante previdente, não tem condições de normatizar todas as situações enquadradas dentro daquilo que pode acontecer. A criatividade fática sempre supera a idealidade normativa.

O direito administrativo sem discricionariedade seria inviável porque transformaria a administração pública em uma insensível máquina executora das determinações do poder legislativo. E isso teria consequências desastrosas para o atendimento do interesse público: muitas vezes, a liberdade conferida via discricionariedade é necessária para que a administração calibre, de forma precisa, seu comportamento com vistas justamente à persecução do interesse público; a flexibilidade é, portanto, uma garantia dada pela discricionariedade administrativa quando o administrador público tiver, perante si, duas ou mais opções de atuação, devendo acolher aquela que, a seu ver, melhor sirva ao interesse público na situação em particular[64].

---

[61] "O instituto jurídico do poder discricionário tem o seu sentido e sua razão também, e exatamente, no estado de direito. O dador de leis, muitas vezes, não está capacitado para colher a multiplicidade da vida e adotar uma regulação que satisfaça todas as possibilidades e alternativas de prática. O poder discricionário da administração se oferece como recurso. O dador de leis delimita o quadro e indica a direção de objetivos, a administração encontra, sob a observância desses ajustes legais e sob a consideração das circunstâncias concretas, uma solução conveniente ao caso particular e ajustada à coisa. A autoridade portanto, tem de continuar a pensar a concepção legislativa e de concretizar pelo caso particular; ela tem de decidir assim como o dador de leis certamente teria decidido o caso concreto." (MAURER, 2001, p. 49).

[62] "[...] os legisladores humanos não podem ter o conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer." (HART, 2009, p. 167).

[63] "O órgão legislativo formula as directivas da actividade da Administração. Essas directivas são normas. Ora, existem limites naturais, limites lógicos, no que respeita à possibilidade de regular tôda a vida administrativa." (QUEIRÓ, 1940, p. 14-15).

[64] "A discricionariedade é, então, a ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize respondendo às necessidades de cada momento." (FIORINI, 1952, p. 40, tradução nossa). (No original: "La discrecionalidad es, entonces, la herramienta jurídica que la ciencia del

O direito administrativo sem discricionariedade seria indesejável por uma simples razão: é a administração pública que mais contato[65] tem com as cambiáveis demandas sociais. Dada a margem de liberdade para a eleição de dois ou mais comportamentos, e tendo em vista a proximidade com a realidade na qual opera, resta assegurada ao administrador público a prerrogativa de selecionar o agir que mais simétrico seja aos anseios sociais; desse modo, a decisão discricionária indicativa do interesse público concreto estamparia, de fato, aquilo que o difuso sentimento social deseja naquele momento. E essa captação do sentimento social somente é possível porque, repita-se, a administração pública encontra-se mergulhada na realidade social[66].

A discricionariedade administrativa justifica-se, assim, em três eixos de ideias distintos: (i) o legislador não consegue estipular, de maneira exaustiva, todos os comportamentos possíveis a serem adotados pela administração pública; (ii) a maleabilidade – herdada da lei – para escolher entre duas ou mais opções adequadas permite ao administrador selecionar aquela que melhor consagre o interesse público no caso concreto; e (iii) por estar mais próxima da realidade que lhe cabe conformar, é natural que remanesça à administração margens de manobra capazes de fazer com que o interesse público detectado no caso concreto reflita os anseios sociais estabelecidos em determinada comunidade.

2.6 As possíveis opções administrativas: discrição e vinculação

Até o presente momento já se têm elementos preciosos para a compreensão da discricionariedade administrativa tal como posta em termos dogmáticos. Mas a tentativa de entender os contornos da discricionariedade ficaria destinada ao malogro se olvidasse o fenômeno contrário e, concomitantemente, correlato ao da discricionariedade: trata-se da vinculação[67].

Viu-se que a perspectiva de compreensão da discricionariedade preponderante na doutrina refere-se à margem de liberdade, oriunda de disposições legais detentoras de textura aberta, que concede ao administrador público a possibilidade de escolher dois ou mais

---

derecho entrega al administrador para que la gestión de los intereses sociales se realice respondiendo a las necesidades de cada momento.”).

[65] “A lei institui a discricionariedade quando verifica que a administração pública, mais próxima dos problemas por ela enfrentados, evidentemente, mostra-se melhor preparada para tomar as decisões e escolhas mais adequadas ao uso concreto.” (FRANÇA, 2000, p. 93).

[66] A captação das aspirações sociais se daria pela própria engenharia também política da discricionariedade administrativa.

[67] O fenômeno ora investigado também é comumente denominado de ato vinculado, regrado ou ligado.

comportamentos, sendo qualquer um deles acobertado de validade jurídica perante o direito. No caso, a decisão é elaborada subjetivamente pelo administrador, que manuseia pautas e critérios eminentemente políticos na busca pela solução que melhor contemple, naquele momento, o interesse público.

A vinculação dá-se em sentido diametralmente oposto: não há margem de liberdade, uma vez que o comportamento a ser adotado pelo administrador público encontra-se claramente disciplinado pela lei[68]. Dada a robustez da regulamentação normativa não há espaço para decisão subjetiva – e politicamente articulada – porque a decisão já se encontra modelada em sua inteireza pela disposição legal. O administrador público somente enceta um trabalho intelectivo[69] na busca pela compreensão exata do que dispõe a norma. Há apenas uma única resposta correta a ser extraída de normas caracterizadas pela vinculação[70].

Um exemplo bastante mencionado pela doutrina quando da explicação da vinculação administrativa é a aposentadoria compulsória, prevista no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2007, p. 48): o servidor público ainda em atividade, uma vez completados 70 anos de idade, deve ser compulsoriamente aposentado, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Ou seja: a ocorrência de um fato natural – setenta anos de idade – predetermina a decisão do administrador público – a aposentadoria compulsória –, arrolando, inclusive, a consequência dessa decisão – inatividade com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Verificados faticamente esses pressupostos previstos na disposição constitucional, não remanesce liberdade subjetiva para o administrador em aposentar ou não o servidor: a decisão encontra-se formatada pela norma, e ela é expressa no sentido de que não há escapatória quanto à aposentadoria compulsória.

Assim, a correlação entre discricionariedade e vinculação[71] opera-se no seguinte sentido: na norma de textura aberta, atributiva de discricionariedade administrativa, o

---

[68] Aduz Jean Rivero: "Por vezes sucede que a lei impõe a um agente público a obrigação de decidir num certo sentido, quando estejam preenchidas as condições que enumera. Neste caso, o agente limita-se a verificar a existência dessas condições: desde que verifique que se encontram reunidas, o seu comportamento está-lhe inteiramente ditado. [...]. Existe competência vinculada quando a norma jurídica impõe aos agentes aquela decisão que para eles decorre da reunião das condições que define." (RIVERO, 1981, p. 93-94).

[69] Como se pode observar, na discricionariedade administrativa ocorre algo contrário: vez que a decisão é subjetivamente dada pelo administrador, haja vista que não claramente indicada pela lei, há o desenvolvimento de uma atividade volitiva, criadora portanto, e não simplesmente intelectiva ou cognitiva, conforme se desenrola na atividade vinculada.

[70] Válido, quanto ao ponto, o lembrete de Robert Alexy: "A tese de que em atos vinculados sempre existe uma resposta unicamente foi sempre criticada com referência à possibilidade de subsunções controversas." (ALEXY, 2012, p. 1.257).

[71] Deve-se referenciar o ensinamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979) sobre as noções de ilegalidade direta e ilegalidade indireta quando do tratamento das categorias vinculação e discrição: "Há

atendimento do interesse público é efetuado subjetivamente pelo administrador público, mediante a edição de um ato administrativo; ao passo que, na norma mais pormenorizadamente detalhada, atributiva de competência vinculada, o atendimento do interesse público é efetuado objetivamente pelo legislador, mediante a edição de uma lei.

Daí ser comum dizer que a discricionariedade pressupõe a transferência[72] de encargos decisórios: a decisão, em vez de ser tomada diretamente pelo legislador, é deslocada para o administrador, cabendo-lhe, então, integrar[73] a norma de textura aberta em consonância com os fatos verificados, de modo a consagrar o interesse público no caso concreto.

As concepções de discricionariedade e de vinculação[74], uma vez associadas à edição de manifestações de vontade[75] veiculadas pelos aparatos administrativos na busca pelo cumprimento das determinações legais, acarreta o surgimento da dicotomia "ato administrativo discricionário" e "ato administrativo vinculado". Tal bifurcação analítica faz presumir a existência de atos puramente vinculados e de atos puramente discricionários[76].

Na verdade, utiliza-se a denominação "ato administrativo discricionário" – ou "ato administrativo vinculado" – como expressão abreviada de realidades mais ricas[77]; com efeito,

---

ilegalidade direta, no ato da Administração Pública, quando em virtude dele ocorre violação frontal da lei. Isso porque se acha a Administração Pública vinculada a comportamento nos estritos termos dos seus dispositivos e o seu ato se opõe a esse comando, ao qual ela devia se conformar. [...]. Há ilegalidade indireta no ato da Administração Pública quando, em virtude dele, ocorre violação circunstancial da lei. Nesses casos, esta lhe confere elasticidade de ação dentro de certos limites, relativos aos motivos e ao fim do ato." (MELLO, 1979, p. 481). De modo resumido: a transgressão a dispositivos normativos vinculados dá origem à ilegalidade direta; a transgressão a dispositivos normativos discricionários dá origem à ilegalidade indireta.

[72] "Hoje, a construção doutrinária mais bem aceita sobre o tema do controle da discricionariedade na Alemanha parace ser a 'teoria da transferência normativa de poderes' [...]. Partindo dos aspectos da estrutura normativa e da competência jurídica, ela exige uma interpretação acurada dos dispositivos legais incidentes em cada caso, para detectar a abrangência do poder de decisão final que o legislador pretendeu transferir à Administração Pública." (KRELL, 2013, p. 63).

[73] "**Discricionariedade é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico**." (MOREIRA NETO, 2002, p. 33, grifos do autor).

[74] A regra seria a vinculação ou a discricionariedade? Há quem, como Giovanni Miele (1966, p. 27), aduza que a regra é a vinculação, ao passo que outros, como Otto Mayer (1949, p. 98), asseverem que a regra é a discricionariedade.

[75] Nesta dissertação, não se fará uma análise da noção de ato administrativo. É evidente que o tema encontra correspondência com a discricionariedade; contudo, foge ao recorte metodológico fixado quanto ao objeto de estudo: a discricionariedade administrativa. Para uma visão completa da genérica categoria "ato administrativo", compulsar os estudos dos seguintes autores nacionais: Regis Fernandes de Oliveira (1978), Edson Ribas Malachini (1990), José Cretella Júnior (1977), Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1980), Petrônio Braz (1997) e Antonio Carlos Cintra do Amaral (2008). Da doutrina estrangeira, confira-se: José Luis Meilán Gil (2009), Manuel Maria Diez (1961), Juan Carlos Cassagne (1974), Bocanegra Sierra (2002), Bartolomé Fiorini (1969) e Umberto Fragola (1964).

[76] Essa presunção não é problematizada pela doutrina administrativista manualista brasileira, que ainda se apega às noções de ato vinculado e ato discricionário como exteriorizações de vontade cabalmente discricionárias ou regradas.

[77] Ou, como bem disse Miguel Seabra Fagundes (2010, p. 93), citando Francis-Paul Bénoit, a expressão "ato administrativo" é uma imagem de síntese que afasta circunlóquios.

vinculação e discricionariedade são apenas elementos ou aspectos que podem conviver conjuntamente no âmbito do mesmo ato administrativo editado pela autoridade competente. O que se verifica é uma gradação de padrões discricionários e vinculados em relação ao ato administrativo específico[78] expedido com o fito de atender ao interesse público.

Essa concepção negatória de atos administrativos puramente vinculados ou discricionários é ilustrada a partir da análise dos elementos que compõem a anatomia do ato administrativo: competência, objeto, forma, motivo e finalidade[79].

Competência é o elemento constitutivo do ato administrativo que indica, por meio de prescrições normativas, a autoridade incumbida de praticar o ato administrativo[80]. Objeto é o efeito jurídico imediato do ato administrativo praticado pela autoridade competente[81]. Forma é o modo pelo qual se exterioriza a manifestação de vontade (capaz de produzir efeitos jurídicos) da autoridade administrativa competente[82]. Motivo são as razões fáticas e jurídicas que impulsionam a concretização de uma manifestação de vontade, veiculada pela autoridade administrativa competente, voltada para a produção de efeitos jurídicos[83]. Finalidade é o objetivo concreto[84] do ato administrativo (praticado pela autoridade competente) que origina efeitos jurídicos vazados com observância de determinadas formalidades, uma vez constatadas as razões fáticas e jurídicas estimuladoras de sua produção[85].

---

[78] Mitigando essa potente linha divisória entre atos vinculados e atos discricionários: "A prática administrativa evidencia, porém, como são raros esses modelos extremos e categóricos. Não há, rigorosamente, nenhum ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Existem matizes de predominância, mais ou menos acentuados, dando relevo à parte livre ou à subordinada da manifestação administrativa" (TÁCITO, 1975, p. 65). Acolhendo igualmente a relativização entre atos discricionários e atos vinculados: Paulo Neves de Carvalho (1951, p. 41), João Batista Gomes Moreira (2005, p. 257-258), Lucia Valle Figueiredo (1995, p. 119), Sérgio de Andréa Ferreira (1995, p. 368), Germana de Oliveira Moraes (1999, p. 30), Juarez Freitas (2009, p. 35), Marçal Justen Filho (2010, p. 180), Diogenes Gasparini (2000, p. 88), Edimur Ferreira de Faria (2011, p. 159) e Walter Campaz (2012, p. 1.303). Da doutrina estrangeira, seguem essa linha de entendimento, dentre outros, Bartolomé Fiorini (1952, p. 42), Miguel Beltrán de Felipe (1995, p. 21-22), Agustín Gordillo (1977, p. 179-180), Fernando Garrido Falla (1966, p. 431), Marcello Caetano (1965, p. 185) e Domingo Juan Sesin (1994, p. 78).

[79] Adotam-se, para fins de exposição, os elementos do ato administrativo apontados pela Lei n. 4.717/65 (BRASIL, 1965), que regula a ação popular, haja vista que, nas doutrinas administrativistas nacional e estrangeira, não se extrai consenso sobre as denominações dos elementos do ato administrativo.

[80] "Competência é o círculo definido por lei dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente sua atividade." (CARVALHO FILHO, 2007, p. 97).

[81] "**Objeto** ou **conteúdo** é o efeito jurídico imediato que o ato produz." (DI PIETRO, 2007, p. 191, grifos da autora).

[82] "Em sentido amplo, **forma** significa exteriorização da vontade ou exteriorização da decisão, para o fim de produzir efeitos no âmbito administrativo." (MEDAUAR, 2009, p. 140, grifo da autora).

[83] "No motivo se compreendem as razões que dão lugar ao ato, isto é, as razões em que ele se baseia." (FAGUNDES, 2010, p. 31).

[84] "Finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato." (MELLO, 2009, p. 399).

[85] Na precisa lição de Paulo Neves de Carvalho: "Compõe-se o ato jurídico-administrativo de uma **declaração de vontade** que, sob **forma** prescrita e em obediência a um **motivo**, emana de um sujeito competente, produzindo uma alteração imediata na ordem jurídica (**conteúdo** ou **objeto**) e um resultado prático, de ordem geral, que se procura alcançar (**finalidade**)." (CARVALHO, 1951, p. 35, grifos do autor).

2.7 Localização da discricionariedade administrativa

A partir dos elementos constitutivos do ato administrativo, é possível averiguar onde se hospedam padrões discricionários e padrões vinculados. Essa abordagem apresenta dupla utilidade: se, de um lado, dissipa a miragem da existência de atos puramente discricionários – que seriam, acaso verificados, verdadeiramente arbitrários –, permite, de igual modo, rastrear a **localização da discricionariedade administrativa no ato administrativo**[86].

No que se refere à competência, diz-se que é sempre vinculada[87]. Nessa condição, a competência para a prática do ato administrativo está, em todo caso, prevista cristalinamente pela lei. A prática do ato administrativo está investida a quem estiver autorizado pela vontade da lei, e não a quem deseja autorizar-se por vontade própria.

Conquanto seja esse o entendimento pacífico daqueles que se detêm a estudar a discricionariedade administrativa, já se encontram posicionamentos que, sem subverter completamente o dogma da estipulação vinculada da competência, esmaecem os rigorismos da abordagem clássica do assunto. Assim é que, por exemplo, não se pode desprezar a emergência, por via legal, de competências administrativas alternativas, ou seja, que estabelecem mais de um titular para a prática do ato administrativo[88]; ademais, a possibilidade de avocação e de delegação[89] de competência constituiria patente indício de que a competência não é tão severamente fixada pela lei[90]. Permanece, mesmo assim, por sua força

---

[86] Dissonante é a posição de João Roberto Santos Régnier quanto à possibilidade de se localizar a discricionariedade no ato administrativo: "Difícil, no entanto, aceitar a localização da discricionariedade **no ato** administrativo; pela ótica escolhida, impossível, tendo em vista que a **prima-dona** do Direito Administrativo (a **discricionariedade administrativa**) é vista aqui, como a anteceder o ato, a ele e às relações desencadeadas incorporando-se jamais. Daí por que **no ato** não há de residir." (RÉGNIER, 1997, p. 161-162, grifos do autor).

[87] "A averiguação pelo agente da extensão e da natureza da sua própria competência é assim exclusivamente tarefa de interpretação da lei, dando lugar a uma única solução." (PEREIRA, 1962, p. 265). Logo, ou se tem ou não se tem competência.

[88] É nesse sentido que se posiciona Bernardo Diniz de Ayala, citado por Onofre Alves Batista Júnior, nos seguintes termos: "Na realidade, parece inegável que existe uma margem de discricionariedade quanto à competência para a prática de um acto concreto sempre que a lei define essa competência de forma alternativa; mas, em boa verdade, também é indesmentível que o círculo de órgãos competentes para a prática desse acto, em abstracto, não é infinito, pois de uma forma ou de outra a lei fornece uma delimitação (que pode ser mais ou menos vasta) e, ao fazê-lo, exclui desse círculo todos os órgãos que não são alternativamente competentes." (AYALA *apud* BASTISTA JÚNIOR, 2007, p. 146). Desconhece-se previsão expressa de competência administrativa alternativa no ordenamento jurídico brasileiro, mas essa circunstância não cria empecilhos para seu surgimento, por obra do legislador, no universo normativo pátrio. Suspeita-se que, por detrás da positivação de competências administrativas alternativas, esteja o princípio da eficiência administrativa.

[89] Delegação (quando, de modo geral, o exercício da competência é desviado da hierarquia superior para a inferior) e avocação (quando o exercício da competência é desviado da hierarquia inferior para a superior) têm disciplina normativa na Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, por meio dos arts. 12, 13, 14 e 15 (BRASIL, 1999).

[90] "Assim, a vinculação deve ser entendida que não pode realizar o ato aquele que não tem competência, ainda que mais de um agente possa realizá-la por opção discricionária. A realização do ato está vinculada às duas

persuasória e sua capacidade de coibir abusos, a concepção segundo a qual a competência é (na maioria esmagadora dos casos) elemento vinculado do ato administrativo.

A finalidade é outro elemento informado pelo fenômeno da vinculação[91]. Nessa medida, o fim que o ato deve contemplar é aquele expressa ou implicitamente agasalhado pela lei e que, invariavelmente, traduz-se na contemplação do interesse público[92].

Se o agente público utiliza-se de sua competência legalmente estabelecida com propósito diverso daquele de consagrar a finalidade resultante da norma acaba por incidir em desvio de poder, podendo a postura desviante ser anulada pela própria administração pública, por meio da autotutela, ou pelo judiciário, mediante provocação do interessado.

Quanto ao modo pelo qual se manifesta a vontade administrativa, a saber, as formalidades que devem revestir o ato administrativo, colhem-se controvérsias: (i) enquanto, para uns, a formalidade deve ser necessariamente vinculada[93], uma vez que a lei estabeleceria de forma inequívoca seu processo de exteriorização; (ii) para outros, a formalidade poderia[94] ficar nos domínios da discricionariedade[95], porque, muitas vezes, a lei pode deixar ao alvedrio do administrador a indicação da maneira como ato seria exarado.

A questão merece ser discutida em bases menos antagônicas e mais ponderadas. E o fez bem Regis Fernandes de Oliveira, ao dizer que "a formalidade é sempre vinculante", mas "a forma poderá ser discricionária" (OLIVEIRA, 1978, p. 76). Ou seja, a declaração de vontade do Estado tem de ser de algum modo formalizada – aspecto vinculado –, mas o modo como ocorrerá a formalização pode inserir-se nos meandros da discricionariedade

---

autoridades. O fenômeno da delegação da competência deixa de fato clara a possibilidade de a competência abrigar discricionariedade." (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 155-156).

[91] "[Se] os fins não podem ser senão aqueles determinados em lei para o caso específico, se não é lícito ao agente substituí-los ainda que por outro fim público, é evidente que a finalidade do ato representa uma limitação à discricionariedade, um dique à expansão dos critérios oportunísticos na determinação do objeto. A finalidade é, em última análise, um elemento sempre vinculado, que não comporta apreciação discricionária." (TÁCITO, 1975, p. 67).

[92] Posição diversa desse entendimento amplamente majoritário das doutrinas brasileira e estrangeira é Celso Antônio Bandeira de Mello, que assim se manifesta: "[...] a discrição pode resultar ainda [...] **da finalidade da norma**. É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos **plurissignificativos** (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos." (MELLO, 1996, p. 19, grifos do autor).

[93] "Forma também não admite qualquer tipo de escolha por parte do administrador. Sendo o revestimento extrínseco do ato, é a lei que a prevê ou que dá as condições em que deve ser exteriorizada a vontade administrativa. Não cabe, portanto, ao agente eleger uma dentre várias condutas lícitas pelo simples motivo de que não há opções para o administrador no que toca à forma e à formalização de condutas." (CARVALHO FILHO, 2005, p. 24). Também nesse sentido, Paulo Neves de Carvalho (1951, p. 39).

[94] Mas essa corrente reconhece que, de modo geral, a forma vem estabelecida pela lei.

[95] "Ressalte-se, também, que às vezes a lei prevê mais de uma forma possível para atingir o mesmo efeito jurídico: o acordo pode ser formalizado, em determinadas hipóteses, por meio de ordem de serviço, nota de empenho, carta de autorização; a ciência de um ato ao interessado pode, quando a lei permita, ser dada por meio de publicação ou notificação direta. Nesses casos, existe discricionariedade administrativa." (DI PIETRO, 1991, p. 54).

administrativa[96] reservada ao administrador. Pois, na pertinente observação de Edimur Ferreira de Faria: "o ato necessita de forma para que possa tornar-se realidade. Contudo, nem sempre é predeterminada a forma de um ato: nem por isso deixará este de ter forma" (FARIA, 2011, p. 461).

Os elementos restantes, a saber, objeto e motivo, constituem as esferas em que a discricionariedade[97] pode, mais recorrente e intensamente, florescer. É que o legislador pode, ou não[98], indicar o efeito jurídico imediato[99] da decisão ou os fundamentos fáticos e jurídicos[100] que alavancam o desenrolar da atuação administrativa. Não é despropositado que assim seja: motivo e objeto são os pilares dos quais se ergue a noção de mérito do ato administrativo discricionário.

A visualização dos elementos constitutivos do ato administrativo (competência, objeto, forma, motivo e finalidade), conjugada com os padrões de decisão permitidos ou determinados pela lei (discricionariedade e vinculação), demonstra que não existe ato administrativo puramente discricionário, uma vez que, na intimidade de um mesmo ato convivem aspectos vinculados (competência, finalidade e, de certo modo, a forma) e aspectos discricionários (acolhidos naturalmente pelos elementos motivo e objeto).

Essa é uma das maneiras de se localizar a discricionariedade administrativa. De outro modo, pode-se localizá-la no que toca especificamente à **configuração lógica dos dispositivos legais**[101].

A investigação da estruturação lógico-normativa das disposições legais comporta dois recortes de análise distintos: a hipótese, também chamada de tipo ou suposto de fato, e o preceito, apelidado igualmente de consequência, estatuição, comando ou mandamento.

---

[96] Um exemplo tem a propriedade de aclarar o ponto: conforme dispõe o art. 62, *caput*, da Lei n. 8666/93, o instrumento de contrato é obrigatório para: (i) a concorrência; (ii) a tomada de preços; e (iii) inexigibilidade de licitação; nos demais casos, não compreendidos por aquelas três hipóteses, pode-se substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. Ou seja, alguma formalidade tem de haver, não obstante as várias opções disponíveis para a formalização.

[97] "Noutros casos, a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discrição se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discrição está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender." (FAGUNDES, 2010, p. 92).

[98] Veja-se: se o motivo e o objeto estiverem consignados de modo evidente pela norma, tem-se a ideia-limite de um ato administrativo completamente vinculado. Essa cogitação, apesar de permitida pela lógica teórica, não encontra muito espaço na práxis empírica porque se trata de hipótese bastante rara.

[99] Quando o administrador se vê na contingência de escolher o conteúdo A ou B, ambos previstos pela norma jurídica, realiza opção discricionária.

[100] No motivo, a discricionariedade pode revelar-se em duas ocasiões: quando as razões estiverem assentadas em termos vagos, deveras plurissignificativos, a depender de valorações a serem operadas pelo administrador, ou quando simplesmente não estiverem previstas na regra de direito.

[101] Essa é uma das discussões que, na seara dogmática da discricionariedade administrativa, carrega fortes consequências práticas, principalmente quanto ao perfil dos chamados "conceitos jurídicos indeterminados".

A hipótese legal refere-se ao conjunto de circunstâncias empíricas, acolhido no dispositivo legal, que viabiliza a realização da atividade designativa de determinado dever-ser. Em outros termos: a hipótese recolhe os indicativos fáticos, aquilo que ocorre na realidade, que fazem irromper o comportamento legalmente previsto.

Já o preceito refere-se às consequências jurídicas que hão de se fazer presentes quando da constatação da ocorrência dos fatos albergados pela hipótese legal. Logo, o preceito estabelece a conduta a ser adotada se os fatos trazidos pela hipótese legal realmente se implementarem de modo empírico.

De posse desses dados, descortinam-se no horizonte três matrizes de entendimento quanto à localização da discricionariedade administrativa no que tange à compleição formal do dispositivo legal: (i) existiria discricionariedade apenas na hipótese legal; (ii) existiria discricionariedade apenas no preceito; (iii) existiria discricionariedade tanto na hipótese quanto no preceito.

O posicionamento segundo o qual a discricionariedade administrativa localiza-se apenas na hipótese legal é, ao cotejado com as outras opções de entendimento (discricionariedade no preceito e discricionariedade no preceito e na hipótese), sem dúvida, o mais sofisticado. Por esse entendimento, a discricionariedade seria resultado da inexistência ou imperfeição do suposto de fato fixado na norma (BACIGALUPO, 1997, p. 181-182).

A falta de densidade normativa da hipótese autorizaria à administração pública completá-la – ou mesmo criá-la – no caso concreto, à luz das idiossincrasias subjetivas da autoridade administrativa competente. Nesse sentido, o trabalho a ser realizado pelo administrador é explicitar (dada a programação normativa deficiente) ou engendrar (dada a ausência de programação normativa) os critérios que nortearão sua decisão.

Elaborados os critérios que pautarão a conduta do administrador, deve este realizar operação lógico-subsuntiva de acordo com o suposto de fato criado ou aperfeiçoado[102]. A

[102] "Em definitivo, a aplicação de uma norma habilitante de discricionariedade compreenderia, assim, duas operações consecutivas (uma primeira propriamente discricionária e uma segunda de caráter regrado): em primeiro lugar, segundo se acaba de indicar, o **aperfeiçoamento** ou integração, em sede aplicativa, do suposto de fato normativo. É esta, como é evidente, uma tarefa materialmente **normativa**, pois consiste na concretização ou adoção daqueles critérios determinantes da aplicação ou não de uma consequência jurídica ou outra, que o criador da norma omitiu precisar ou bem mesmo prefigurar; - E, em segundo lugar, a posterior **subsunção** sob ditos critérios do suposto de fato ante o qual a Administração está chamada a atuar, em seu caso. Como se apontou, é esta segunda, pelo contrário, uma operação regrada de aplicação normativa." (BACIGALUPO, 1997, p. 183-184, grifos do autor, tradução nossa). (No original: "En definitiva, la aplicación de una norma habilitante de discrecionalidad compreendería, así, dos operaciones consecutivas (una primera propiamente discrecional y una segunda de carácter reglado): - En primer lugar, según se acaba de indicar, la **perfección** o integración, en sede aplicativa, del supuesto de hecho normativo. Es ésta, como es evidente, una tarea materialmente **normativa**, pues consiste en lá concreción o adopción de aquellos critérios determinantes de la aplicación o no de una consecuencia jurídica u outra, que el creador de la norma omitió precisar o bien incluso prefigurar. – Y,

discricionariedade está precisamente na explicitação ou criação dos critérios que desaguarão em uma decisão; tal decisão, contudo, deve inescapavelmente ser coerente com os critérios fixados no momento anterior – daí a ideia de vinculação (vinculação aos critérios).

Não se tem notícia de quem, no Brasil, adote a linha segundo a qual a discricionariedade administrativa localiza-se de forma exclusiva no suposto de fato ou hipótese; da doutrina estrangeira, há adesão expressa de Mariano Bacigalupo (1997, p. 191).

Já pela versão reducionista do fenômeno discricionário, a margem de liberdade conferida ao administrador público na busca pela concretização de um interesse público difusamente indicado pela lei localiza-se exclusivamente nos confins das consequências jurídicas, estatuição, comando, preceito ou mandamento[103].

A discricionariedade não pode ser destacada na hipótese porque levaria à vulneração do princípio da legalidade: permitir a convivência da discricionariedade na hipótese seria transvestir o administrador nos paramentos do legislador, o que fragilizaria, por conseguinte, o próprio princípio da separação de poderes. A hipótese seria, assim, matéria exclusiva do legislador e tolerante somente à vinculação, expulsando qualquer vestígio de discricionariedade[104].

A discricionariedade no preceito se manifestaria de três[105] modos distintos: (i) ocorrido o suposto de fato ou hipótese, deteria a administração pública faculdade discricionária de implementar ou não o preceito normativamente firmado (dado A, **pode** B); (ii) ocorrido o suposto de fato ou hipótese, deteria a administração pública faculdade discricionária de implementar uma das várias consequências jurídicas disjuntivamente

---

en segundo lugar, la posterior **subsunción** bajo dichos criterios del supuesto fáctico ante el cual la Administración está llamada a actuar, en su caso. Como se apuntó, es esta segunda, por el contrario, una operación reglada de aplicación normativa.").

[103] "O poder discricionário situa-se do lado da consequência jurídica [...]." (MAURER, 2001, p. 48). No Brasil, é a posição de Walter Campaz: "Ora, é exatamente no 'preceito' que se situa a discricionariedade. É que, na sua generalidade e abstração, outorga ao agente administrativo ora uma obrigação ou dever, com todas as características de tempo, limites e conteúdo da atuação determinada, ora concede faculdades, quer quanto ao tempo de atuação, quer quanto ao conteúdo, faculdades quer [sic] serão exercitadas, nos limites da norma, segundo critérios de conveniência e oportunidade do agente editor do ato." (CAMPAZ, 2012, p. 1.311).

[104] É a posição dominante na Alemanha; contudo, conforme aponta Andreas Krell (2004, p. 32), vem cada vez mais sendo combatida, e seu prestígio não ostenta mais a incontestabilidade de outrora. No Brasil, não encontrou ressonância entre os meios acadêmicos, pois, como se verá, a posição majoritária dos estudiosos nacionais acolhe a versão unitária da discricionariedade administrativa.

[105] "Partindo dessas premissas, a discricionariedade administrativa é definida, por conseguinte, como **margem de volição** para eleger entre a adoção ou não de uma consequência jurídica ou outra na aplicação de normas de estrutura condicional que não obrigam a adotar a consequência jurídica por ela prevista ou não predeterminam a consequência jurídica que deva ou possa adotar." (BACIGALUPO, 1997, p. 116, grifos do autor, tradução nossa). (No original: "Partiendo de estas premisas, la discrecionalidad administrativa es definida, por consiguiente, como **margem de volición** para elegir entre la adopción o no de una consecuencia jurídica u outra en la aplicación de normas de estructura condicional que no obligan a adoptar la consecuencia jurídica por ella prevista o no predeterminan la consecuencia jurídica que deba o puede adoptarse.").

estabelecidas pela disposição legal (dado A, pode **B**, **C ou D**); e (iii) ocorrido o suposto de fato ou hipótese, deteria a administração pública faculdade discricionária de implementar a consequência jurídica que avaliar como oportuna e conveniente – ou seja, a administração tem a prerrogativa de erigir o conteúdo mesmo da consequência (dado A, pode ser aquela que for **mais conveniente e oportuna**).

Por fim, a versão unitária, que sustenta a manifestação da discricionariedade administrativa tanto na banda da hipótese quanto na porção do preceito: desse modo, a margem de liberdade concedida ao administrador pode defluir dos fatos listados como geradores permissivos da atuação estatal-administrativa, bem como das consequências atreladas à ocorrência daqueles fatos previstos na hipótese normativa[106].

A preferência da doutrina brasileira por essa interpretação da discricionariedade administrativa é patente: basta consignar que, dentre outros, Renato Poltronieri (2002, p. 133), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991, p. 50), Regis Fernandes de Oliveira (1978, p. 73), Marçal Justen Filho (2010, p. 181-182), Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2003, p. 70), Germana de Oliveira Moraes (1999, p. 71-73), José Eduardo Martins Cardozo (2005, p. 60), Marcus Vinícius Filgueiras Júnior (2007, p. 152-153), Weida Zancaner (1993, p. 48) e Onaldo Franco Jannotti (2012, p. 1.207) perfilham o entendimento de que a discricionariedade pode eclodir tanto da hipótese quanto do preceito.

Por fim, pode-se localizar a discricionariedade administrativa também em relação aos **objetos sobre os quais recai o espaço de manobra** no qual se encontra inoculado o administrador público na persecução do interesse público. Desse modo, a discricionariedade administrativa pode fazer-se sentir: (i) no *an*, relativo à escolha sobre a emanação, ou não, de determinada providência coberta pela liberdade discricionária; (ii) no *quid*, relativo ao conteúdo mesmo da decisão administrativa, que pode dar-se entre uma escolha livre de parâmetros ou adstrita ao espaço mediado por um mínimo e um máximo legalmente fixados; (iii) no *quomodo*, relativo às questões incidentais que circundam o exercício do poder discricionário (por exemplo, multiplicidade de formas para a exteriorização da vontade

[106] "[...] a discricionariedade pode decorrer: I**) da hipótese da norma**, isto é, do modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática (motivo), isto é, o acontecimento do mundo empírico que fará deflagrar o comando da norma, ou da omissão em descrevê-lo. Pode também derivar **II) do comando da norma**, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta, seja **(a)** quanto a expedir ou não expedir o ato, seja **(b)** por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja **(c)** por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja **(d)** por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias." (MELLO, 1996, p. 18-19, grifos do autor).

administrativa); e (iv) no *quando*, relativo ao momento em que a decisão discricionária vem a lume, em consonância com o atendimento do interesse público no caso concreto[107].

2.8 Discricionariedade administrativa e outros fenômenos correlatos

Esse panorama sobre os contornos básicos que concedem perfil próprio à discricionariedade administrativa restaria lacunoso caso olvidasse figuras que, apesar de um tanto quanto distintas[108] da atividade discricionária, com ela guardam relação de intimidade temática. Assim é que se deve investigar: (i) as relações entre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica; (ii) as relações entre discricionariedade e interpretação; (iii) as relações entre discricionariedade e atos políticos ou governamentais; e (iv) as relações entre discricionariedade e mérito.

Quando a solução torna-se confusão: esse é o espírito que informa a **discricionariedade técnica**. Pensada com o propósito de refinamento científico da discricionariedade administrativa, a noção de discricionariedade técnica não obteve qualquer traço de consenso entre os estudiosos. Muito pelo contrário: até hoje não se sabe ao certo o que é a discricionariedade técnica, que a serventia pode oferecer para o direito administrativo e quais efeitos defluem de seu emprego.

Seja como for, a discricionariedade técnica ocupa-se da relação entre discricionariedade e valorações técnicas a que o administrador público, em um caso concreto, deve fatalmente socorrer-se no desempenho de suas funções. A discricionariedade técnica representaria, assim, a utilização, por parte do administrador público, de saberes e conhecimentos desenvolvidos por outras ciências e artes que o auxiliariam na execução da função administrativa[109].

---

[107] Os objetos do atuar administrativo passíveis de serem enquadrados no âmbito da discricionariedade também evidenciam a inexistência de ato puramente discricionário: "Segundo o âmbito de apreciação concedido à autoridade, as providências são mais ou menos discricionárias, mais ou menos vinculadas. Em particular, às vezes a autoridade dispõe de uma liberdade de escolha seja sobre o *an* seja sobre o *quid*, enquanto outra vezes há uma possibilidade de apreciação somente sobre o *an*, mas não sobre o *quid*, e vice-versa." (VIRGA, 1987, p. 7, tradução nossa). (No original: "Secondo l'ambito dell'apprezzamento concesso all'autorità, i provvdimenti sono più o meno discrezionali, più o meno vincolati. In particolare, talora l'autorità dispone di una liberta di scelta sia sull'**an** che sul **quid**, mentre altre volte ha una possilibità di apprezzamento solo sull'**an**, ma non sul **quid** o viceversa.").

[108] De acordo, de modo geral, com a doutrina mais prestigiada.

[109] "Uma particular discricionariedade é aquela que vem denominada **técnica**, caracterizada pelo fato de que na escolha entre as várias alternativas incide uma valoração de caráter técnico a efetuar-se com base em regras, conhecimentos e meios fornecidos pelas ciências e pelas artes." (VIRGA, 1987, p. 9-10, grifo do autor, tradução nossa). (No original: "Una particolare discrezionalità è quella che viene denominata **tecnica**, caratterizzata dal fatto che nella scelta fra le varie alternative incide una valutazione di carattere tecnico da effettuarsi in base alle regole, cognizioni e mezzi forniti dalle scienze e dalle arti.").

Observando-se o desenvolvimento histórico do instituto da discricionariedade técnica, constatam-se três diferentes abordagens da questão: (i) em um primeiro momento, a discricionariedade técnica assemelhava-se à discricionariedade administrativa, no sentido de conceder liberdade ao administrador público para o manejo de conceitos técnicos; (ii) em um segundo momento, a discricionariedade técnica foi vista como atuação vinculada do administrador que se encontrava jungido aos critérios técnicos desenvolvidos pela ciência; (iii) em um terceiro momento, há uma abordagem tópica da discricionariedade técnica, separando-se os conceitos técnicos que podem conceder discricionariedade administrativa daqueles que amarram de forma vinculativa o comportamento do administrador.

Inicialmente, a discricionariedade técnica foi concebida como instrumento de liberdade ao administrador público, ostentando praticamente o mesmo regime jurídico da discricionariedade administrativa, em especial em relação ao controle. É que, diante da complexidade técnica que determinado contexto exibe, deve-se afastar o controle jurisdicional; ora, o administrador é quem tem a competência de, dada sua proximidade com a realidade social, determinar as pautas técnicas que irão conduzir sua atuação, não podendo o órgão jurisdicional intrometer-se nesse ponto, visto que completamente leigo quanto aos instrumentos científicos potencialmente capazes de auxiliar a atuação administrativa na busca pela concretização do interesse público[110].

Posteriormente, a doutrina italiana reorganizou a ideia inicial, no sentido de que a discricionariedade técnica era, na verdade, uma forma de atuação vinculada do administrador que não embarga o controle jurisdicional. De acordo com essa versão, a decisão no caso da discricionariedade técnica não é articulada sob um pano de fundo político, subjetivo, informado por questões de oportunidade e/ou conveniência, mas por valorações objetivas oriundas de regras técnicas, embasadas nas várias ciências e artes – medicina, estética, economia, engenharia etc. “De certa forma, é uma modalidade de despolitização das decisões do Poder Público para impregná-las do rigor técnico-científico exibido em inúmeros tipos de decisão contemporâneos.” (MOREIRA NETO, 1995, p. 142).

Se a técnica fornece o padrão de conduta a ser adotado pelo administrador, fica claro que na atividade por ele desempenhada não remanesce a margem de liberdade que constitui a nota característica da autêntica discricionariedade administrativa. Onde há “técnica”, em tese,

---

[110] “De qualquer forma, a ideia original [...] era a de que a discricionariedade técnica se referia a decisões que, pela sua alta complexidade técnica, eram retiradas do controle jurisdicional. Trata-se de matérias que só o administrador público, em contato com a realidade do dia-a-dia, tem condições de apreciar de forma adequada.” (DI PIETRO, 1991, p. 77).

não se pode falar de "discricionariedade"[111]. Por conseguinte, a discricionariedade técnica seria, na verdade, uma "competência vinculada" (SANDULLI, 1966, p. 322), um "processo lógico" (ZANOBINI, 1946, p. 200) de atuação jurídica, designado não por disposições legais claras, mas por regras de conduta cientificamente determinantes.

Conquanto seja essa a perspectiva geral mais propalada, o repertório da discricionariedade técnica mereceu maiores sistematizações nos últimos tempos: o rigor do entendimento segundo o qual a discricionariedade técnica nada mais seria do que um exemplar de competência vinculada foi bastante matizado, devendo-se analisar a questão não por ângulos unilaterais, mas por categorizações tópicas.

Exemplo de análise tópica da discricionariedade técnica é encontrada em Cesar Augusto Guimarães Pereira (2003, p. 254-261), segundo quem a terminologia "discricionariedade técnica" recolhe cinco distintos pontos de vista. O primeiro ponto de vista refere-se a conceitos técnicos previstos na lei que requerem valorações especializadas, guiadas por exames e procedimentos direcionados ao preenchimento daqueles conceitos técnicos. É o caso, por exemplo, de se saber se determinado servidor público pode ser aposentado por invalidez. Nessa medida, a apuração dos conceitos técnicos não[112] comporta qualquer discrição por parte do administrador público, podendo ser sindicada judicialmente.

O segundo ponto de vista é atinente às decisões administrativas relativas a determinado campo do conhecimento. O concurso público seria exemplo desse ponto de vista: a correção das questões seria vinculada às normas regentes sobre determinado campo do saber científico, o que excluiria verdadeira[113] discricionariedade administrativa.

O terceiro ponto de vista toca ao entrelaçamento entre decisão administrativa discricionária e juízo técnico; a primeira é tomada tendo vista o segundo. De três modos pode ocorrer a imbricação entre escolha administrativa e juízo técnico: (i) o acertamento técnico é pressuposto da decisão administrativa discricionária; (ii) o pressuposto de fato para a decisão discricionária somente poderá ser elucidado através de técnicas científicas; (iii) a decisão administrativa discricionária pode ser cumprida por vários instrumentos técnicos[114].

---

[111] Não existiria, assim, discricionariedade técnica. E a razão é simples: na chamada discricionariedade técnica a decisão não cabe ao administrador público, mas aos técnicos e cientistas que apontam descritivamente qual comportamento a administração deve seguir à luz do estado da arte científica. Trocando em miúdos: a decisão não é subjetiva, mas objetiva; a decisão não é política, mas científica. Logo, se não há decisão subjetiva e política, discricionariedade não pode ser.

[112] Trata-se da versão clássica da discricionariedade técnica, anteriormente apresentada.

[113] Mais uma vez emerge a versão clássica da discricionariedade técnica.

[114] Segundo Renato Alessi (1970, p. 197-198) as questões técnicas seriam absorvidas pelas questões administrativas, decorrendo então pura discricionariedade administrativa. Cesar Augusto Guimarães Pereira (2003, p. 259) e Aldo Sandulli (1966, p. 323) defendem a total cisão dos dois planos distintos.

O quarto ponto de vista tange àquelas situações em que não há técnica capaz de conceder à administração pública elementos científicos suficientes para a tomada de decisão: cientificamente, o juízo técnico ainda não se encontra completamente maturado, havendo mais dúvidas que certezas, mais dissensos que consenso[115]. Esse contexto faria surgir discricionariedade administrativa pura.

O quinto e último ponto de vista é processual e atém-se a procedimentos administrativos cuja instrução desvele-se bastante complexa quanto à seleção dos fatos e a sua respectiva qualificação jurídica, o que, segundo Guimarães Pereira (2003, p. 261), não suportaria apreciações discricionárias desenvolvidas pela administração pública.

Como se vê, trata-se de conceito perigoso porque afastado de quaisquer parâmetros analíticos minimamente claros[116]. A melhor solução seria desertar, de uma vez por todas, da categoria "discricionariedade técnica", reconduzindo-a para a esfera da discricionariedade administrativa (de onde foi apartada): ainda que presentes apreciações técnicas a serem aferidas pelo administrador público, a decisão a ser tomada insere-se nos domínios da discricionariedade administrativa? Em última análise, a dita discricionariedade "técnica" será invariavelmente desafiada por essa colocação.

No enredo sobre a discricionariedade administrativa, faz-se reserva de espaço para distingui-la de um fenômeno que, não obstante comportar ponto de intersecção, com ela não se confunde: a **interpretação**. Nessa linha, o ponto de intersecção consiste em que, para que o administrador público possa utilizar-se de liberdade discricionária para a determinação do interesse público no caso concreto, deve, preliminarmente, precisar se a norma atributiva de competência delimita de forma induvidosa ou não o comportamento a ser adotado, o que somente pode ser averiguado através da interpretação.

Se a norma regula de forma induvidosa o comportamento, fica-se no terreno da vinculação; se não, avança-se para os domínios da discricionariedade administrativa. Em outras palavras: para saber se há competência discricionária, deve-se antes encetar o processo interpretativo. É por isso que se diz que "a discricionariedade começa onde acaba a

---

[115] Diz Agustín Gordillo: "em contrapartida, se se trata de questões técnicas nas quais cabe admitir dúvida e os próprios técnicos não estão de acordo sobre qual é o critério correto, então a liberdade do administrador é mais ampla e sua conduta não será ilegítima por haver eleito uma das possíveis vias técnicas." (GORDILLO, 2003, p. X-15, tradução nossa). (No original: "en cambio, si se trata de cuestiones técnicas en las que cabe admitir la duda y los mismos técnicos no están de acuerdo en cuál es el criterio correcto, entonces la libertad del administrador es más amplia y su conducta no será ilegítima por haber elegido una de las posibles vías técnicas.").

[116] A discricionariedade técnica vem sendo utilizada no Brasil para barrar a sindicância judicial de decisões normativas tomadas pelas agências reguladoras, conforme noticia Andreas Krell (2013, p. 69), sendo indicativo claro da desformalização do próprio direito administrativo (DIAS, 2008, p. 74).

interpretação" (PEREIRA, 1962, p. 217). Enfim, a discricionariedade somente pode surgir do processo interpretativo[117].

Apesar de correlacionáveis no sentido de que a apuração da discricionariedade pressupõe a atividade interpretativa, ambas as figuras não se confundiriam[118]: se a discricionariedade refere-se a uma pluralidade de decisões postas ao administrador público em razão da norma de textura aberta, sendo que, qualquer que seja a decisão subjetivamente tomada, estará ela agasalhada pela validade jurídica, a interpretação refere-se simplesmente ao encargo de o administrador público descobrir a única decisão desejada pela norma jurídica, delimitando, portanto, seu sentido e alcance.

A discricionariedade informa-se pelo seu conteúdo volitivo (criador), ao passo que a interpretação informa-se pelo seu caráter intelectivo (precisador); da interpretação somente poderia nascer uma única alternativa, acessível pela cognição do administrador; pela discricionariedade eclodem várias alternativas, devendo uma ser selecionada pela vontade do administrador[119].

Os atos administrativos estampados pela marca da discricionariedade não se confundem também com os chamados **atos de governo ou atos políticos**. O poder executivo, como se sabe, acolhe em torno de si duas funções tidas como opostas: a função política ou governamental e a função administrativa.

A função política firma as diretrizes econômicas e sociais que deverão nortear a atuação estatal na busca dos interesses considerados mais essenciais, na realização das necessidades mais prementes de uma dada coletividade. A função política pode, nesse sentido, ser observada através de dois ângulos diversos: (i) no plano intraestatal, verifica-se com as relações firmadas entre os poderes legislativo e executivo na apuração dos objetivos

---

[117] "No fim de contas, decorrido o processo interpretativo, fica sempre ao órgão um campo circunscrito de liberdade quanto à determinação de sua competência, e portanto também do conteúdo do seu agir." (QUEIRÓ, 1940, p. 22).

[118] "A discricionariedade conduz o intérprete a mais de uma solução legítima, enquanto a interpretação procura e só aceita uma única solução. A interpretação parte de dados objetivos e concretos, enquanto a discricionariedade parte diante da ausência destes elementos." (DEL CLARO, 2004, p.167).

[119] Evidentemente, essa postura de separação austera entre a cognição e a volição não mais se apresenta, atualmente, com ares inquestionáveis; de fato, no laborar aplicativo das disposições normativas, entrecruzam-se os dois elementos no mesmo recorte empírico. Aliás, Hans Kelsen já alertara para essa possibilidade: "a teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas **uma única** solução correta (ajustada), e que a 'justeza' (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo." (KELSEN, 2003, p. 391, grifos do autor).

fundamentais da coletividade nacional[120]; (i) no plano extraestatal, refere-se às relações estabelecidas entre a comunidade nacional e as mais diversas soberanias operativas na conjuntura internacional[121]. Desse pano de fundo é que emerge a fugidia noção de atos políticos ou governamentais: na medida em que representam o delineamento de orientações ético-teleológicas de um povo assentado em determinado território, é natural que tal atividade reclame espaços de manobra[122] capazes de bem ajustar o programa político aos anseios sociais[123].

A função administrativa, por seu turno, é atividade a cargo da administração pública voltada para a realização prática das diretrizes centrais emanadas do núcleo político do governo. Dito de outro modo, a função administrativa concretiza, através de vários instrumento jurídicos postos à disposição da administração pública, a programação política (validada via democracia representativa) de certa coletividade. Claro, a discricionariedade administrativa mostra-se instituto impostergável para tanto.

Qual seria então a diferença entre os atos políticos e os atos discricionários? A distinção reside em que, nos atos políticos, a discricionariedade deflui principalmente de disposições normativas previstas na constituição, ao passo que os atos discricionários teriam tal característica advinda de lei infraconstitucional[124]. Ademais, a discricionariedade dos atos políticos seria mais ampla do que aquela prevista nos atos administrativos.

Logo, a caracterização[125] dos atos políticos poderia ser assim enunciada: os atos políticos ou governamentais seriam atos administrativos ornamentados com maior parcela de discricionariedade praticados no exercício de função governamental constitucionalmente

---

[120] São exemplos de atos políticos intraestatais: apresentação de projetos de lei, formulação de políticas públicas, veto e sanção, decretação de estado de defesa e estado de sítio etc.

[121] Como exemplos de atos políticos extraestatais estão a declaração de guerra, a celebração de paz, tratados internacionais dos mais variados matizes etc.

[122] Desse modo, entendia-se que o ato político afastava o controle jurisdicional (CAVALCANTI, 1955, p. 250); as Constituições brasileiras de 1934 (art. 68) e de 1937 (art. 97) vedavam ao poder judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas. Hoje, contudo, isso não é mais amparável na realidade constitucional pátria, haja vista a consagração, pela Constituição de 1988, do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto em seu art. 5º, XXXV (BRASIL, 2007, p. 9). O ato político, assim, pode ser analisado pelo poder judiciário; o que não se sabe ao certo é a intensidade da sindicância jurisdicional.

[123] Se tais anseios não são passíveis de petrificação histórica surge a necessidade recorrente de realinhamento das diretrizes políticas às exigências sociais.

[124] Se bem que, por uma particular concepção de princípio da juridicidade, tal distinção teria sua capacidade persuasória corroída.

[125] Antes dessa concepção baseada em critérios de maior discricionariedade e de inserção na função governamental, várias outras perspectivas teóricas – já decadentes – tentaram caracterizar o ato político, dentre as quais (i) a teoria do móvel político, pela qual o ato seria político se o fim assim o fosse e (ii) a teoria do perfil dos atos, que tentava arrolar topicamente os atos que deveriam ser considerados políticos. Seabra Fagundes (2010, p. 198) é um dos que se filiam à teoria do móvel político.

regulada[126]. Os atos administrativos discricionários comuns seriam praticados na função administrativa; os atos administrativos discricionários políticos seriam praticados por ensejo da função governamental.

Por fim, a relação entre **mérito e discricionariedade administrativa**. Conforme já firmado anteriormente, a discricionariedade administrativa, na medida em que se constitui como margem de liberdade para escolha entre várias opções legalmente possíveis, comporta um núcleo político[127] decorrente da ausência de uma decisão jurídica fornecida de modo peremptório pelo legislador: a omissão de uma decisão jurídica abre espaço para uma decisão política, ainda que vigiada pelo direito, através de limites estabelecidos com a finalidade de evitar a transformação da discricionariedade em arbitrariedade. O mérito do ato administrativo[128] refletiria o viés político da discricionariedade[129].

Nesse sentido é que se diz que o binômio "oportunidade e/ou conveniência" compõe a parcela política meritória do ato administrativo: o mérito ergue-se precisamente da oportunidade e/ou conveniência deixadas ao remate subjetivo do administrador. E essa complementação articula-se com os elementos do ato administrativo aptos a alojar a discricionariedade: o objeto e o motivo.

Com efeito, a oportunidade refere-se ao motivo; a conveniência ao objeto. Daí que a oportunidade[130] significa a determinação volitiva do administrador quanto aos pressupostos de

---

[126] Nesse sentido: "Os demais pretendidos atos de governo, todos os demais, creio que sem exceção, são atos administrativos puros e simples, só que dotados de uma especial importância política (ordinariamente em sentido de luta política) [...]." (GARCIA DE ENTERRÍA, 1974, p.61-62, tradução nossa). (No original: "Los demás pretendidos actos de gobierno, todos los demás, creo que sin excepción, son actos administrativos puros y simples, sólo que dotados de una especial importancia política (ordinariamente en el sentido de la lucha política) [...]."; "Atualmente, fala-se em atos de governo como aqueles atos estatais dotados de 'mais ampla discricionariedade' e há os que identificam como todos os atos de execução direta de uma disposição formal da constituição [...]." (ARAÚJO, 1992, p. 82); "o ato de governo apresenta-se como resultante da atuação do Poder Executivo, como desdobramento do gênero 'ato administrativo'." (MEDAUAR, 1993, p. 175).

[127] Essa é a razão para a confusão entre ato administrativo discricionário expedido por ocasião de função governamental e ato administrativo discricionário praticado no desenrolar de função administrativa: ambos ostentam uma faceta política, sendo, todavia, mais intensa no primeiro do que no segundo.

[128] Esclareça-se que a noção de mérito administrativo é desigual ao mérito processual: o primeiro indica a decisão politizada do administrador público quanto ao preenchimento e à complementação dos elementos oportunidade e conveniência, ao passo que o segundo atém-se à polêmica substancial encapsulada na relação processual; "na técnica processual moderna, o mérito da causa é a própria lide, ou seja, o fundo da questão substancial controvertida." (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 696).

[129] "O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração, ou noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo." (FAGUNDES, 2010, p. 180).

[130] "O ato é oportuno ao interesse público agora ou mais tarde? Já ou depois?" (GASPARINI, 2000, p. 87).

fato e de direito que fazem deslanchar a atuação administrativa; já a conveniência[131] traduz a determinação volitiva do administrador quanto ao conteúdo do ato a ser expedido.

Veja-se: para a prática de determinado ato administrativo, o administrador público pode se ver diante de disposição normativa determinativa que estabeleça, de antemão, todos os elementos que farão compor a anatomia do ato administrativo. Ou seja, competência, objeto, motivo, forma e finalidade encontram-se perfeitamente delineados pela lei, não se encontrando quaisquer desses elementos à disposição do administrador, haja vista que o próprio legislador plasmou, em sua inteireza, o ato administrativo a ser praticado.

Contudo, em outras vezes, o legislador outorga ao administrador a possibilidade de preencher, complementar dois desses elementos, a saber, o motivo e o objeto, porque o aparato administrativo é que teria condição, no caso concreto, de acertar a conduta que fosse mais conforme ao interesse público. Nesse caso, o administrador utilizará valorações subjetivas quanto ao preenchimento daqueles elementos, perguntando-se da conveniência (objeto) e da oportunidade (motivo) do ato.

E nessa atividade de complementação explodem várias alternativas, várias possibilidades, o que lhe concede uma margem de liberdade para firmar o interesse público concreto no contexto em que os elementos motivo e objeto não são previamente determinados pelo legislador. É aí que entra a discricionariedade administrativa.

Tendo diante de si uma miríade de opções para responder às indagações reclamadas pela oportunidade e pela conveniência, a decisão finalmente tomada (atinente à definição do objeto e do motivo) será resultado de apreciações subjetivas do administrador – decisão esta imbuída de conotações políticas. É aí que entra o mérito do ato administrativo discricionário[132].

Logo, e é importante dizer da forma mais clara possível, mérito e discricionariedade administrativa não[133] se confundem, apesar de o primeiro pressupor a segunda[134]. Como diz

---

[131] "A conveniência refere-se à utilidade do ato. O ato é bom ou ruim, interessa ou não, satisfaz ou não ao interesse público." (GASPARINI, 2000, p. 87).

[132] Por conseguinte, o mérito é exclusividade dos atos administrativos discricionários: "ato vinculado é aquele que só tem aspecto de legalidade. Ato discricionário é aquele que, além de legalidade, tem mérito." (FERREIRA, 1985, p. 103). O ato vinculado não tem mérito porque o objeto e o motivo são determinados pela lei e, assim, não pedem uma construção subjetiva pelo administrador, na medida em que já fornecidos pelo legislador.

[133] Nesse sentido: Luciano Ferreira Leite (1981, p. 66-67), Ricardo Emílio Medauar Ommati (2004, p. 34), Germana de Oliveira Moraes (1999, p. 43) e Andreas Krell (2013, p. 26). Da doutrina estrangeira: Pietro Virga (1987, p. 11). Confundindo mérito e discricionariedade: José Eduardo Martins Cardozo (2005, p. 57) e Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 38).

[134] Uma metáfora é capaz de melhor elucidar a relação entre mérito e discricionariedade: um quadro – ainda branco – a ser pintado por um artista. O que pintar? Uma paisagem? Um retrato? Um autorretrato? Algo concreto? Algo abstrato? Descortinam-se alternativas, eclodem possibilidades... Aqui, na margem de liberdade para se optar por pintar isto ou aquilo, está-se no âmbito da discricionariedade. Até que os pincéis deram origem

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2002, p. 47) a discricionariedade administrativa é uma técnica de integração de norma carente de objeto e/ou motivo, sendo o resultado[135] dessa técnica (traduzida em uma decisão fruto de lucubrações praticadas pelo administrador público) o mérito administrativo.

A discricionariedade administrativa designa o conjunto de decisões juridicamente possíveis que está à disposição do administrador público, sendo que quaisquer delas encontram amparo de validade pelo ordenamento normativo; já o mérito designa **a** decisão, encartada no rol de decisões potenciais, tida como mais oportuna e/ou conveniente para o interesse público do caso concreto, que somente pode ser determinada através de insumos políticos ponderados subjetivamente pelo administrador público[136].

O interesse na distinção entre mérito e discricionariedade administrativa – apesar de ambas as figuras estarem sincronizadas no mesmo hábitat – reside na capacidade de desmontar algumas imprecisões quanto à atividade de controle desenvolvida pelo órgão jurisdicional. Controlar a discricionariedade administrativa seria equivalente a controlar o mérito da decisão discricionária? As distintas configurações de mérito e discricionariedade comportariam controles similares? As respostas a essas perquirições serão propostas em momento posterior. Por ora, é preciso deixar claro que mérito e discricionariedade, apesar de entrelaçados, são figuras dotadas de identidades próprias.

Esse é o fragmentado panorama geral da discricionariedade administrativa: um panorama caracterizado por polêmicas que vão desde a nomenclatura utilizada para se referir ao fenômeno discricionário até a relação – simbiótica ou não – entre mérito e discricionariedade. Mas o espanto pode ser maior ao se asseverar que a discricionariedade tem problemas muito maiores em relação a três outros pontos, a seguir apresentados.

---

a uma paisagem: a decisão, após meditação por parte do artista, foi tomada. Do leque de opções escolheu-se uma: eis o âmbito do mérito administrativo.

[135] Em sentido aproximado: "Entendemos por mérito do ato administrativo o resultado da valoração que o agente administrativo elabora, quanto aos dados contingentes, que deverá ter em conta como pressuposto da atividade administrativa." (FERRAZ, 1995, p. 297).

[136] O mérito, segundo Emerson Garcia (2005, p. 215), representaria uma "reserva de administração" que afastaria o controle jurisdicional. A noção de "reserva de administração", contudo, é combatida por vários autores, entre os quais Mariano Bacigalupo (1997, p.102) e Miguel Beltrán de Felipe (1995, p. 183).

3 TRÊS PROBLEMAS CAPITAIS QUE ENVOLVEM A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: LIMITES, CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E CONTROLE JUDICIAL

Conforme já dito, a problemática a respeito da discricionariedade administrativa torna-se mais aguda quando se depara com três questões cujo dissenso é ainda maior do que aquele pertinente ao panorama geral anteriormente apresentado. As desavenças teóricas doravante expostas avultam em importância porque tocam na própria funcionalidade prática da discricionariedade administrativa.

São, pois, as questões mais enfrentadas pelos operadores jurídicos que lidam cotidianamente com o fantasma da discricionariedade administrativa: a atuação do administrador no desempenho de atividade discricionária ultrapassou os limites legais? Aliás, quais seriam esses limites? Toda indeterminação linguística contida em disposições normativas gera sempre discricionariedade? Ou daí poderia decorrer vinculação? Diante de exercício abusivo da discricionariedade administrativa, pode o judiciário anular a decisão? Seria lícito o órgão judiciário, ao contrário, substituir a decisão apontada anteriormente pelo administrador público? Quem teria a "última palavra" sobre a discricionariedade, o administrador público ou o juiz? O juiz controla o mérito ou a discricionariedade? Ou ambos? Mais dificuldades à vista, portanto.

3.1 Embargando a arbitrariedade pela legalidade: os limites para o exercício da discricionariedade administrativa

A discricionariedade administrativa, consoante já afirmado, não se confunde com a arbitrariedade porque seu exercício não se dá em um vácuo normativo: o administrador público, quando se socorre da discricionariedade para integrar disposição normativa carente de objeto e/ou motivo, deve observar o ordenamento jurídico em totalidade[137]; se assim não se comportar, sua atuação será simplesmente arbitrária, fruto de caprichos e voluntarismos francamente incompatíveis com a noção de um autêntico Estado de Direito. Os limites são

[137] "O direito a exercitar sua potestade discricionária não libera a Administração de um comportamento adequado nem da observância do Direito. Também o exercício da potestade discricionária se move, com efeito, dentro do marco da ordem jurídica." (FORSTHOFF, 1958, p. 138, tradução nossa). (No original: "El derecho a ejercitar su potestad discrecional, no libera la Administración de un comportamiento adecuado ni de la observancia del Derecho. También el ejercicio de la potestad discrecional se mueve, en efecto, dentro del marco del orden jurídico.").

parte integrante da identidade da discricionariedade administrativa[138]. Não pode existir discricionariedade sem limites. A vontade desprovida de limites é arbitrária, não discricionária.

Portanto, os limites postos à atuação discricionária confiada à administração pública representam freios que obstaculizam a transformação da discricionariedade em arbitrariedade[139]; são termômetros capazes de auferir a legalidade[140] do comportamento do administrador público no desempenho de faculdades discricionárias; e são precisamente eles que dão a tônica do controle[141] a ser exercido sobre a discricionariedade por parte dos órgãos jurisdicionais.

A grande dificuldade quanto aos limites externamente dispostos[142] para o exercício da discricionariedade administrativa é identificá-los, uma vez que eles não estão explicitamente dispostos no ordenamento jurídico. Consequentemente, vários podem ser os limites que criam peias à subjetividade do administrador público competente para desempenhar a atividade discricionária: os arranjos variam de acordo com a perspectiva do direito comparado, bem como com o ponto de vista dos ordenamentos jurídicos nacionais – muitos estudiosos enredados sob o mesmo arcabouço normativo podem propor distintos limites à discricionariedade.

---

[138] "Se, de fato, a concessão de uma mais ou menos ampla esfera de discricionariedade é praticamente indispensável [...] não é dito que a esfera de apreciação do interesse público que à administração deve ser deixada não deva ser de qualquer modo limitada." (ALESSI, 1949, p. 129, tradução nossa). (No original: "Se, infatti, la concessione di una più o meno ampia sfera di discrezionalità è praticamente indispensabile [...] non è detto che la sfera di apprezzamento dell'interesse pubblico che all'amministrazione deve faltamente essere lasciata no debba essere in qualche modo limitata.").

[139] "[...] a falta de limites para sua ação [ação discricionária do executivo] seria ampla oportunidade para degenerar no exercício de um poder arbitrário." (FRAGA, 1973, p. 99, tradução nossa). (No original: "[...] la falta de límites para su acción, tendría amplia oportunidad para degenerar en el ejercicio de un poder arbitrario.").

[140] A legalidade, além de origem da discricionariedade administrativa, é também limite ao seu exercício: "¿ [*sic*] Quais serão os limites do poder discricionário da Administração? Os limites são os da própria lei. O limite é a legalidade, e só a legalidade." (QUEIRÓ, 1940, p. 54).

[141] Os limites seriam uma das técnicas de controle disponíveis ao judiciário quanto à legalidade da atuação discricionária da administração. Nesse sentido: "Em verdade, a total irrecorribilidade da atividade administrativa não pode logicamente se apresentar, porque existem por sua vez certos limites jurídicos das faculdades discricionárias da Administração e o juiz, para determinar se esses limites foram violados ou não, deve necessariamente rever também a parte discricionária do ato." (GORDILLO, 1977, p. 183).

[142] Pergunta-se Miguel Beltrán de Felipe (1995, p. 195): poderia a administração autolimitar a discricionariedade a ela concedida pelo legislativo? A resposta somente pode ser positiva, haja vista a autolimitação representada por regulamentos, circulares e práticas administrativas e deliberações colegiadas *pro futuro* (ALESSI, 1970, p. 200). Essa concepção autolimitativa da discricionariedade administrativa pode ser conferida em Juan Francisco Linares: "Bem poderia ocorrer que outras normas de igual ou superior hierarquia [...] borrem ou neutralizem o arbítrio extraordinário [discricionariedade] [...]. Em certos casos, também normas de inferior hierarquia em relação à que confere arbítrio extraordinário, podem, em princípio, suprimir essa faculdade, como ocorre com as 'instruções administrativas'." (FRANCISCO LINARES, 1958, p. 41, tradução nossa). (No original: "Bien pudiera ocurrir que otras normas de igual o superior jerarquía [...] borren o neutralicen el arbitrio extraordinario [...]. En ciertos casos, también normas de inferior jerarquia respecto a la que confiere arbitrio extraordinario, pueden en principio, suprimir esa facultad, como ocurre con las 'instrucciones administrativas'.").

Do direito comparado[143], veja-se: (i) do direito alemão: Adolfo Merkl (1935, p. 207) diz dos limites do desvio de poder e do abuso de poder; Ernst Forsthoff (1958, p. 138-139) faz entender a existência dos limites da moralidade e do desvio de poder; Hartmut Maurer (2001, p. 50-51) menciona os vícios que podem advir do desprezo por limites genericamente postos no ordenamento jurídico, quais sejam, o não uso do poder discricionário, o excesso do poder discricionário, o uso defeituoso do poder discricionário e a infração contra direitos fundamentais e princípios administrativos gerais; (ii) do direito italiano: Renato Alessi (1949, p. 129) divide os limites em formais (atinentes às formas e formalidades da atividade discricionária e à competência para o exercício da faculdade discricionária) e substanciais (o grau mínimo de interesse público que a discricionariedade deve atender); Arnaldo de Valles (1951, p. 164-165) estabelece um único limite à discricionariedade, qual seja, o excesso de poder, que comportaria quatro figuras típicas (falta de nexo lógico entre premissas e providências, distorção dos fatos, desvio de poder e violação de normas internas); já Pietro Virga (1987, p. 8-9) estabelece três limites à atividade discricionária – o interesse público, a causa do poder e os preceitos de lógica e imparcialidade; (iii) do direito argentino: Héctor Jorge Escola (1990, p. 162) aduz os limites respeitantes à finalidade, à razoabilidade, à boa-fé e à própria ordem jurídica; Agustín Gordillo (2003, p. X/20-X/25) defende os limites da razoabilidade, da proporcionalidade, do desvio de poder, da boa-fé e do princípio *alterum non laedere* (não se pode causar dano a ninguém, salvo com fundamento para tanto); Bartolomé Fiorini (1952, p. 89-130) agrupa três conjuntos de limites, os negativos (basicamente a constituição), os relativos (o sistema constituição e leis administrativas) e os positivos (desvio de poder, proporcionalidade, razoabilidade, motivos determinantes); (iv) do direito espanhol: Bocanegra Sierra (2002, p. 56) traz os limites do excesso de poder, o não exercício da competência discricionária e a vulneração aos princípios informadores do exercício da discricionariedade (igualdade, imparcialidade, objetividade, interdição da discricionariedade) ou dos direitos fundamentais; (v) do direito português: Afonso Rodrigues Queiró (1940, p. 54) afirma, de modo deveras genérico, que os limites da discricionariedade encontram-se nos meandros da legalidade, além, é claro, do desvio de poder.

No direito brasileiro, também não se constata consenso quanto aos pretensos limites postos ao desempenho da competência discricionária: Ricardo Emílio Medauar Ommati (2004, p. 45-48) arrola os limites do abuso de poder, do excesso de poder, do desvio de

[143] Aqui não se fará uma rigorosa análise de direito comparado; as opiniões doutrinárias em seguida apresentadas são ilustrações da ausência de uniformidade quanto à indicação dos limites ao exercício da discricionariedade administrativa.

finalidade e da arbitrariedade; Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991, p. 98-170) estabelece como limites à discricionariedade o princípio da moralidade administrativa, os princípios gerais de direito administrativo, o princípio da razoabilidade e o princípio da supremacia do interesse público; de Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 49-106) podem-se vislumbrar os limites do desvio de poder, da razoabilidade, da proporcionalidade, da lealdade, da boa-fé, da igualdade e da motivação; Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2002, p. 49-78) inova particularmente ao dizer que os limites podem ser de realidade (quanto ao motivo, de sua existência e suficiência; quanto ao objeto, de sua possibilidade) ou de razoabilidade (quanto ao motivo, de sua adequabilidade, compatibilidade e proporcionalidade; quanto ao objeto, de sua conformidade e eficiência); Germana de Oliveira Moraes (1999, p. 105-152) coloca os princípios de publicidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade como limites ao exercício da discricionariedade administrativa; José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 24-27) diz que os limites são atinentes aos próprios elementos vinculados do ato administrativo (competência, finalidade e forma), listando também a razoabilidade como limite; Edimur Ferreira de Faria (2011, p. 165-184) firma como limites à discricionariedade administrativa a finalidade da lei, os motivos determinantes e os motivos de fato, a razoabilidade, a proporcionalidade, o abuso de poder e a arbitrariedade; Marcus Vinícius Filgueiras Júnior (2007, p. 174-178) define um único limite à atividade discricionária – a razoabilidade; Odete Medauar (2009, p. 117-118) erige vários limites à discricionariedade, a saber, observância da constituição, da lei, dos princípios constitucionais da administração pública, dos princípios do direito administrativo e dos princípios gerais de direito, o interesse público, as normas de competência, a veracidade dos fatos, a motivação das decisões, as normas processuais e procedimentais, as formalidades necessárias e as garantias organizacionais; Regis Fernandes de Oliveira (1978, p. 77-80) coloca como limite à discricionariedade o desvio de poder; Hely Lopes Meirelles (2004, p.118) afirma que são limites à discricionariedade administrativa os princípios gerais de direito e as regras de boa administração; Caio Tácito (1975, p. 68) divide os limites da discricionariedade administrativa em externos ou horizontais (referentes à competência, à forma e à existência dos motivos) e internos ou verticais (a finalidade legal); para Lúcia Vale Figueiredo (1995, p. 128), a proporcionalidade, a boa-fé, a lealdade e a igualdade constituem-se como limites na dinâmica da discricionariedade administrativa; Regina Helena Costa (1989, p. 41) aponta como limite da discricionariedade administrativa a razoabilidade; Almiro do Couto e Silva (2004, p. 104) fixa como limites ao poder discricionário os previstos na lei, os que derivam da *ratio legis* e da finalidade de utilidade pública, assim como normas e princípios regentes da

atuação estatal; e Miguel Reale (2012, p. 1.173) elenca como limites o abuso de direito e o desvio de poder.

Nota-se, pelas formulações doutrinárias apresentadas, a disparidade qualitativa, quantitativa e terminológica quanto aos potenciais limites cerceadores da discricionariedade administrativa: não há uniformidade capaz de indicar, com precisão cirúrgica, os verdadeiros limites à atuação discricionária dado que a fixação de tais limites muitas vezes é desacoplada de positivações jurídicas.

O primeiro ponto a ser salientado nessa discussão é que o ordenamento jurídico, em sua globalidade normativa, apresenta-se em bloco como limite ao desempenho discricionário do administrador público. Nesse sentido, os princípios informativos da administração pública, seja de índole constitucional[144], seja de índole infraconstitucional[145], afiguram-se como mecanismos preventivos quanto à convolação da discricionariedade em arbitrariedade. Logo, juridicidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, proporcionalidade/razoabilidade[146], finalidade, ampla defesa, contraditório, interesse público, transparência, segurança jurídica, oficialidade e gratuidade são normas que, necessariamente, devem ser observadas pelo administrador público na ocasião de realização de atitudes discricionárias[147] reservadas à administração.

Todavia, existem técnicas mais sensivelmente atreladas à atribuição de limites ao comportamento discricionário do administrador público, ou seja, que contribuem proficuamente para prevenir o exercício abusivo da discricionariedade administrativa. Tais instrumentos são a teoria do desvio de poder, a teoria do excesso de poder e a teoria dos motivos determinantes[148].

---

[144] Arrolados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2007, p. 41).

[145] Em especial os previstos no art. 2º da Lei n. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal) (BRASIL, 1999). Em Minas Gerais, tais princípios encontram-se nos arts. 2º e 5º da Lei n. 14.184/2002 (Lei do Processo Administrativo Estadual) (MINAS GERAIS, 2002).

[146] Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, apesar de conjugados no texto, são distintos: a razoabilidade importa dever de harmonização (entre medida adotada e o critério que a dimensiona, entre a norma e suas condições externas de aplicação e entre a norma geral e o caso individual), ao passo que a proporcionalidade opera-se através da relação de causalidade entre meios e fins (inexistente na razoabilidade) (ÁVILA, 2003, p. 101-103). O princípio da proporcionalidade encontra-se positivado na Lei n. 9.784/99, em seu art. 2º, parágrafo único, VI (BRASIL, 1999). Não obstante, é objeto de severas críticas por parte dos adeptos do procedimentalismo discursivo. A propósito, conferir o estudo de Leonardo de Araújo Ferraz (2009).

[147] Essencialmente, tais princípios apresentam-se como peias à vontade do administrador em relação a um específico elemento do ato administrativo: o objeto ou conteúdo. Ou seja, o efeito jurídico imediato que deflui do ato administrativo dotado de parcelas de discricionariedade não pode desprezar a matriz principiológica orientadora do comportamento administrativo.

[148] Tais teorias, como bem diz Gustavo Binenbojm (2008, p. 199) constituem formas de controle da discricionariedade administrativa cujos parâmetros são extraídos implicitamente da lei.

3.1.1 *Excesso de poder*

Cronologicamente, a figura do excesso de poder foi o primeiro instrumento utilizado como forma de conter os comportamentos administrativos imbuídos de algum resquício de discricionariedade. O Conselho de Estado francês, com espeque no Decreto de 2.11.1864, poderia anular atos administrativos expedidos pela administração quando a parte se sentisse lesada em seus direitos em razão de atitude administrativa não prevista dentre o rol de atribuições da autoridade administrativa.

Nesse sentido, o recurso por excesso de poder era visto, inicialmente, como mecanismo coibidor de decisões administrativas exaradas fora do feixe de competências legalmente arrolado para determinada autoridade administrativa. O excesso de poder, portanto, era encarado como um vício de certa incompetência[149].

Posteriormente, constatou-se ampliação dos casos permissivos de controle por excesso de poder: da investigação da incompetência passou-se, inclusive, para a análise quanto às formalidades indispensáveis para a confecção da decisão administrativa. A legalidade desta não se restringia apenas à competência, mas também ao modo como a vontade administrativa foi exteriorizada, o que requereria a estrita observância das formalidades indispensavelmente previstas em lei[150].

Fixou-se, então, o perfil do excesso de poder: vício de competência e vício de formalidade[151]. A decisão administrativa que estivesse, de algum modo, deslocada do núcleo de competência do administrador ou que fosse exarada sem o cumprimento das formalidades legalmente previstas era objeto de anulação por parte dos órgãos de controle da função administrativa, por ser manifestamente abusiva[152].

No Brasil, o excesso de poder ficou conhecido como o vício que acomete a decisão do administrador[153] que, apesar de competente para tanto, exorbita dos confins de suas

---

[149] Destarte, excesso de poder e incompetência não se confundem: no primeiro, a autoridade administrativa é competente para a prática do ato, mas vai além daquilo que é legalmente permitido; no segundo, a autoridade administrativa não está investida legalmente, de modo algum, para a prática do ato administrativo.

[150] "O recurso de *excès de pouvoir* francês visa à anulação dos atos administrativos praticados em ofensa à lei. Num primeiro momento, a anulação decorria tão-somente da incompetência do agente, para em seguida abranger também os casos de vício de forma. Tratava-se, então, de um recurso contra vícios externos de ilegalidade dos atos administrativos." (MELLO, 2002, p. 44).

[151] Evidentemente, os casos de vícios atinentes à competência eram mais numerosos que os vícios de formalidade.

[152] O abuso de poder comporta, nessa medida, dois vieses: o excesso de poder e o desvio de poder.

[153] Principalmente discricionária, mas nada impede que haja a ocorrência de excesso de poder em atos tidos como vinculados.

prerrogativas de atuação[154]. Exemplo: a autoridade administrativa, utilizando-se de seu poder de polícia, fiscaliza particular que incorre em conduta antijurídica. Nesse caso, tem a autoridade o dever legal de aplicar multa cuja grandeza pode variar de R$ 100,00 a R$ 200,00. Se aplicar multa no montante de R$ 201,00, excede de seu âmbito de competência normativamente prescrito, o que oportuniza ao particular socorrer-se ao judiciário[155] com o fito de pleitear a anulação da multa por vício de excesso de poder[156].

Deve-se registrar que o excesso de poder, como espécie de abuso de poder, pode ser enquadrado, no direito brasileiro, como abuso de autoridade para fins criminais, conforme as prescrições normativas previstas na Lei n. 4.898/65.

3.1.2 *Desvio de poder*

A origem do desvio de poder ou desvio de finalidade também deve ser creditada à capacidade do Conselho de Estado francês de estabelecer meios de controle da atividade administrativa implicitamente hauridos do ordenamento jurídico.

O desvio de poder surge, assim, por propulsão do Conselho de Estado[157] em ampliar a vigilância sobre a função administrativa estatal – precipuamente a exercida sob pálio da

---

[154] "No excesso a Administração vai além do permitido, estendendo direitos, deveres e obrigações, favorecendo interesses ou retirando faculdades, inobservando a norma legal e as condições extrínsecas nela prescritas. Haverá excesso, não desvio, quando o ato administrativo ultrapassa dos limites legais ou provoca efeitos além dos normalmente previstos na finalidade imposta ao ato pela lei. O problema aqui não é de fim diverso, mas de alcance excessivo na finalidade." (FRANCO SOBRINHO, 1980, p. 215-216).

[155]"ESTADO-MEMBRO. PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA. TRANPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL POR FRETAMENTO. EXCESSO OU DESVIO DE PODER NÃO CARACTERIZADO. - Sendo discricionário o poder de polícia, a norma legal que o confere não minudeia o modo e as condições da prática do ato de polícia. Esses aspectos são confiados ao prudente critério do administrador público. Mas se a autoridade ultrapassar o permitido em lei, incidirá em abuso de poder, corrigível por via judicial. **O ato de polícia, como ato administrativo que é, fica sempre sujeito à invalidação pelo Poder Judiciário, quando praticado com excesso ou desvio de poder**. - O requisito previsto em decreto de autorização para o contrato de transporte de passageiros por fretamento, não atrita com a legislação de trânsito; antes não se satisfaz apenas com os requisitos para a habilitação do motorista, mas exige da empresa que se candidata à atividade de transporte de pessoas por fretamento que o motorista tenha atributo a mais do que os que se exigem para a sua simples habilitação como profissional." (MINAS GERAIS, 2008, grifos acrescidos).

[156] Outro exemplo, agora fora da especulação imaginativa: o art. 147 da Lei n. 8.112/90 (BRASIL, 1990) (que trata do regime jurídico dos servidores públicos) dispõe que o servidor investigado, no devido processo administrativo disciplinar, pode ser afastado preventivamente de seu cargo com o objetivo de impedir sua influência indevida na apuração das irregularidades, por até 60 dias, podendo ocorrer a prorrogação por igual prazo. Se a autoridade instauradora do processo disciplinar – a autoridade competente para determinar tal medida no caso vertente – afastá-lo por 61 dias, tal decisão encontra-se viciada por excesso de poder, merecendo, portanto, censura judicial.

[157] O caso "Lesbats" foi a mola propulsora para a consolidação da teoria do desvio de poder pelo Conselho de Estado francês: "Em concreto, o caso 'Lesbats' é o seguinte: o prefeito da cidade francesa de Fontainebleau proibira que certo motorista estacionasse o ônibus no pátio interno da Estação daquela cidade do interior da França. A proibição baseava-se no intuito de assegurar o cumprimento de contrato celebrado entre a empresa

discricionariedade administrativa – para fins de verificação da legalidade do comportamento administrativo. Trata-se, no caso, de desdobramento[158] do recurso por excesso de poder, direcionado não para a interceptação anulatória de competência excedida ou formalidade desprezada, mas sim para a repreensão de desempenho administrativo divorciado de finalidade extraída da lei – o interesse público.

A teoria tem fulcro na própria noção de função administrativa[159]. Como se sabe, a função é caracterizada pela existência de ferramentas conferidas a determinado organismo para que tutele não o próprio interesse, mas o de outrem. Levando essa concepção para o direito administrativo, infere-se que a função administrativa[160] nada mais é que a tutela de interesses sociais por parte de entidades estatais, o que pressupõe a outorga de poderes instrumentais para sua efetiva e eficiente realização.

Daí já se pode entrever a importância do elemento finalidade na seara do direito administrativo: os poderes legalmente atribuídos aos administradores públicos somente podem ser utilizados em benefício geral da sociedade, e não na realização de interesses particulares dos próprios administradores. Estando encartados dentro de uma função, precisamente a função administrativa, os administradores públicos manejam prerrogativas teleologicamente endereçadas à contemplação do interesse público reflexivo dos anseios sociais de dada comunidade juridicamente organizada[161]. O menoscabo à concepção de função somente pode ter por consectário o desvirtuamento de finalidade, dado o arrojo do

---

ferroviária e outro proprietário de ônibus, pelo qual só este último teria o direito de estacionamento e desembarque. Havia texto de lei anterior, promulgada a 15 de novembro de 1846, que conferia à autoridade poderes para regular o estacionamento e circulação de veículos, mas o Conselho de Estado anulou a decisão do Prefeito, porque este não podia exercer seus poderes de polícia para fins estranhos aos de manutenção da ordem e da organização do trânsito (Conselho de Estado, Sessão de 15 de fevereiro de 1864, Sirey, refront. T. 9, III, p. 46).” (CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 139).

[158] “As decisões desse órgão [Conselho de Estado da França] de jurisdição administrativa acrescentaram ao recurso por excesso de poder a modalidade, de elaboração puramente jurisprudencial, que consagrou, como condição de legalidade, o respeito ao fim legal da competência.” (TÁCITO, 1975, p. 72).

[159] As várias nuances sobre a função administrativa podem ser encontradas no estudo de José Carlos Tosseti Barrufini (1978).

[160] “Função **administrativa** é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na **intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos** e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser **desempenhada mediante comportamentos infralegais** ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos **todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.**” (MELLO, 2009, p. 36, grifos do autor). Explique-se: a função, caracterizando-se por ser atividade em proveito de outro, requer poderes para seu bom exercício. Contudo, tais poderes não são ilimitados, uma vez que a ordem jurídica impõe cerceamentos à atuação estatal, o que remete à noção da necessidade de controle por parte do poder judiciário. Ademais, a função administrativa distingue-se das demais funções estatais – legislativa e jurisdicional – por ser uma atividade voltada para a concretização da lei pela própria Administração.

[161] “Afinal, se o poder pertence ao povo, que delega seu exercício a determinados órgãos, natural que estes o utilizem visando ao atendimento dos interesses do próprio povo. É com tal finalidade que ocorre a mencionada delegação, e não para que os agentes estatais utilizem o poder que lhes é conferido em interesse próprio, como se deles fossem titulares.” (MELLO, 2002, p. 33).

acoplamento entre as duas figuras – a função restaria descaracterizada quando não mediada por uma finalidade definida.

Portanto, desvio de poder é o vício do ato administrativo pelo qual o agente público exercita sua competência com vistas a finalidade diversa daquela estabelecida pela lei[162]. Esta pode fixar a finalidade de modo expresso, demandando do administrador uma operação lógico-jurídica interpretativa para a definição do interesse público, ou de modo implícito, em que a volição administrativa desempenha papel fundamental na definição do interesse público. Por conseguinte, o desvio de finalidade ou de poder pode acometer tanto atuações administrativas vinculadas quanto comportamentos administrativos discricionários[163].

Ainda no plano conceitual, deve-se investigar a natureza do desvio de poder, o que importa em examinar qual princípio normativo tal vício transgride. Assim, inicialmente acreditou-se[164] que o desvio de poder comportava um vício de natureza subjetiva, pelo qual a conduta desvirtuada do administrador violava o princípio da moralidade administrativa: o desvio de poder se originaria de intenção viciada do agente, que infringiria o espírito da lei, mas não a lei em si. Desse modo, a questão seria de moralidade, e não de legalidade; o desvio de poder designaria um vício subjetivo, não objetivo[165].

Contudo, essa visão subjetivista/moralista do desvio de poder não tardou a apresentar sua inconveniência, basicamente por uma contradição e uma dificuldade nada desprezáveis: (i) mesmo agindo com boa-fé, retidão e probidade, o agente administrativo poderia, no exercício de sua atividade, por obra de falsa percepção da realidade circundante, desviar-se da finalidade legal; (ii) a comprovação das intencionalidades recônditas do administrador constitui tarefa árdua, muitas vezes impassível de ser demonstrada induvidosamente, dado que o agente que assim age cerca-se de precauções destinadas a encobrir seu real propósito.

Logo, consolidou-se posição no sentido de que o desvio de poder denotava autêntica violação do princípio da legalidade: não se deve valorizar excessivamente, na apreciação do desvio de poder, a vontade real[166] do administrador, mas sim averiguar se de seu

---

[162] Na mais elaborada formulação de Percival Júlio Vaz Cerquinho: "Desvio de Poder é um vício, de natureza objetiva, de um ato, caracterizado pelo desencontro entre seu conteúdo e o legalmente adequado para o atingimento da finalidade traçada pela norma autorizadora de sua prática." (CERQUINHO, 1977, p. 22).

[163] Claro, o desvio de finalidade tem maior propensão de ocorrência nos domínios da discricionariedade, uma vez que a regulação normativa rarefeita é um convite para a realização de interesses sectários e particulares: a discricionariedade oportuniza acrobacias capazes de ocultar a real intenção do agente.

[164] Especialmente em razão dos seminais estudos sobre a moralidade administrativa empreendidos por Maurice Hauriou.

[165] "Tratando-se de um problema ético, importava verificar a intenção do agente, seu móvel viciado, que deliberadamente conspurcava a competência administrativa que o legislador lhe havia conferido. Aí sim fazia sentido considerar o desvio de finalidade um vício subjetivo." (MELLO, 2002, p. 58).

[166] Não obstante, a intenção pode-se revelar como significativo indicativo de real desvio de finalidade.

comportamento vislumbra-se incompatibilidade entre a atitude por ele realizada e a finalidade legal buscada pelo exercício da competência. O desvio de poder, desde então, é entrevisto como vício objetivo/legal, encontrando adesão pela moderna doutrina administrativista[167].

A discussão a respeito da natureza do desvio de poder anteriormente apresentada permite a distinção entre duas espécies de desvio de poder, ambas, logicamente, reprováveis por constituírem ilegalidade não tolerada pelo ordenamento jurídico. Nessa medida, existe o desvio de poder não correlato e o desvio de poder correlato.

O desvio de poder não correlato é aquele pelo qual o administrador público, no desempenho da função administrativa, persegue finalidade completamente distinta do interesse público especificamente extraído da lei. Em outras palavras: o administrador público persegue qualquer coisa, menos o interesse público. É desvio de poder não correlato porque não relacionado com qualquer interesse público, mas sim com meros interesses egoísticos ou sectários do agente[168]. Corresponde ao que Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 62) chama de "desvio de poder alheio a qualquer finalidade pública".

Já o desvio de poder correlato é aquele pelo qual o administrador público, no desempenho da função administrativa, persegue finalidade de interesse público, mas que não pode fundamentar sua atuação, haja vista que a norma atributiva de competência para agir autoriza o agente a buscar outro interesse público legalmente previsto que não aquele. Em outras palavras: o administrador público persegue interesse público diverso daquele indicado pela regra de competência[169]. É desvio de poder correlato porque relacionado a um interesse público[170], mas distinto do autêntico interesse público que deveria nortear sua conduta, à vista

---

[167] "O que o Direito sanciona no desvio de poder, consoante entendemos, é sempre o objetivo descompasso entre a finalidade a que o ato serviu e a finalidade legal que por meio dele poderia ser servida. É, pois, um desacordo entre a norma abstrata (lei) e a norma individual (ato). Como a norma abstrata é fonte de validade da norma individual, se esta (ato) não expressa, *in concreto*, a finalidade daquela (lei), terá desbordado de sua fonte de validade. Daí ser inválida." (MELLO, 1996, p. 73); "Eis porque se diz que a legitimidade ou ilegitimidade, qualquer que seja ela, não deve (ou não pode) ser buscada tão só na existência ou inexistência de vício ou dolo por parte do produtor da norma, e, sim, no encontro ou desencontro entre a significação objetiva da norma e a previsão, também normativa, da possibilidade válida de sua significação." (CERQUINHO, 1977, p. 22); "Trata-se, portanto, de ofensa à lei, e justamente no ponto que lhe é mais relevante, que revela o seu espírito e razão de ser no ordenamento jurídico: a finalidade. Sendo assim, salta aos olhos que o desvio de poder é um vício de legalidade." (MELLO, 2002, p. 51).

[168] "[...] o agente competente pratica o ato não para atender o interesse público que fundamenta sua atribuição, mas sim para atingir interesses particulares, seus ou de outros. É o caso do ato praticado para prejudicar terceiros ou beneficiar o próprio agente e seus comparsas. Enfim, atos inspirados no intuito de perseguir ou de privilegiar, sem que a perseguição ou o privilégio decorram do comando legal. Há aqui um vício de intenção, sendo o móvel do agente censurável." (MELLO, 2002, p. 55).

[169] "[...] o agente administrativo não tem em mira interesse particular, mas sim interesse público, diverso, todavia, do interesse público que deve ser alcançado através do ato administrativo praticado." (MELLO, 2002, p. 55).

[170] A célebre distinção alessiana entre interesse público primário e interesse público secundário elucida o caso: se o agente público contempla um interesse público, ainda que secundário, incide em desvio de poder, porque toda

da competência legalmente estipulada. Corresponde ao que Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 64) cognomina de "desvio de poder praticado por agente que atua com vistas a uma finalidade legal".

Nos dois casos, como já dito, não há tolerância por parte do universo normativo. Ou se contempla o interesse público específico que deflui da regra de competência ou não. Não há espaço para meios-termos. Logo, a consequência somente pode ser uma: a invalidade[171] do comportamento imbuído de desvio de finalidade, o que pode ser realizado tanto pela administração, por meio da autotutela, quanto pelo judiciário, via provocação do interessado.

Evidentemente, para que ocorra a invalidação da conduta administrativa eivada de desvio de poder, faz-se necessária a devida comprovação. Se a prova do desvio de poder depender da demonstração das reais intenções do agente de afastar-se da finalidade legal, ela restaria tarefa hercúlea.

Contudo, dada a natureza objetiva do desvio de poder, pela qual a mera contradição entre o comportamento fático e a norma abstrata seria indicativo de desvio de poder, a prova, apesar de ainda um pouco embaraçosa, é perfeitamente possível. Isso porque se altera a perspectiva: não é imperioso atestar o móvel que anima o comportamento do agente; basta patentear que a conduta do administrador afastou-se da finalidade legal.

De qualquer modo, o órgão de controle pode contentar-se, nessa fase de comprovação de que o administrador público agiu em desconformidade com a finalidade legal, com indícios ou sintomas capazes de entrever, no caso, a real ocorrência de desvio de poder. Ou seja, existe uma gama de manifestações aptas a formarem a convicção do órgão de controle quanto à verificação do desvio de poder, mesmo que este não tenha sido cabalmente comprovado. Tais indícios ou sintomas são vários, e vão desde a incompatibilidade lógica entre dois atos temporalmente distintos até um conjunto de indícios similares[172].

---

atuação estatal somente pode ser direcionada para o cumprimento do interesse público primário – o genuíno interesse público, noção da qual se ergueu o edifício normativo do direito administrativo.

[171] "Sendo assim, o elemento finalidade uma condição de prévia especificação legal, a sua inobservância por parte do administrador vicia, irremediavelmente, o ato administrativo. A ação da autoridade pública que se endereça a um objetivo extralegal, mesmo se condicionado a outro interesse público imprevisto, não poderá produzir efeitos [...]. A anulação operará *ex tunc*, dissolvendo, por ilícitas, quaisquer repercussões do ato substancialmente viciado." (TÁCITO, 1975, p. 100).

[172] "Entre esses índices, indícios ou sintomas, é possível arrolar os seguintes: 'contradição do ato com atos posteriores'; 'contradição do ato com atos anteriores'; 'motivação contraditória'; 'motivação insuficiente'; 'alteração dos fatos'; 'ilogicidade manifesta'; 'manifesta injustiça'; 'disparidade de tratamento'; 'derrogação de norma interna'; 'precipitação com que o ato foi editado'; 'inexistência, de fato, dos motivos apresentados pelo administrador para justificar a decisão tomada'; 'desigualdade de tratamento dispensada aos interessados'; 'caráter sistemático de certas proibições'; 'caráter geral atribuído a medida que deveria permanecer particular'; 'circunstâncias locais que antecederam a edição do ato'; 'feixe convergente de indícios'." (CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 108).

Desse modo, evita-se o tolhimento da própria efetividade da teoria do desvio de poder, colocando-a como um dos principais instrumentos para o controle das atuações administrativas, principalmente as desenvolvidas com margem de liberdade concedida ao administrador por meio de normas de textura aberta – a discricionariedade administrativa.

Pelo exposto, vê-se que a teoria do desvio de poder é um mecanismo de controle da atividade administrativa com capacidade de se alastrar por todos os ordenamentos jurídicos. Onde houver separação de poderes, haverá função administrativa; onde há função administrativa, existe o atrelamento entre comportamento administrativo e finalidade legal. A teoria do desvio de poder ostenta inatas qualidades cosmopolitas. Não é sem razão que tenha sido recepcionada por várias ordens normativas[173], inclusive o Brasil.

Por aqui, a teoria do desvio de poder demorou certo tempo para ser acolhida. A primeira referência sobre a teoria do desvio de poder recai sobre a Lei n. 221 de 1894, que, sem fazer alusão à referida teoria, possibilitou a anulação de atos administrativos eivados por excesso de poder[174] – não se pode esquecer que, em sua origem francesa, a teoria do desvio de poder constitui-se em um desdobramento do excesso de poder. Tal lei representa, assim, um marco de controle de legalidade das decisões administrativas tomadas pelo Poder Público, com destaque para aquelas atinentes ao exercício do poder discricionário.

Mas foram as impecáveis mãos de Seabra Fagundes que fizeram da teoria do desvio de poder uma realidade no direito brasileiro. E isso se deu em duas dimensões: (i) através de suas lições doutrinárias, principalmente as contidas em seu magnífico *O Controle Dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário*[175], cuja primeira edição data de 1941; e (ii) através de

---

[173] Para uma análise comparativa do desvio de poder, consultar os estudos de José Cretella Júnior (1978) e Márcia Fratari Majadas (2004).

[174] Rezava o art. 13, § 9º da referida lei: "Verificando a autoridade judiciária que o ato de resolução em questão é ilegal, o anulará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor: a) considerando ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente, a autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade; b) a medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder." (*apud* CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 229).

[175] Diz Seabra: "A atividade administrativa sendo condicionada, pela lei, à obtenção de determinadas consequências, não pode o administrador, ao exercê-la, ensejar consequências diversas das visadas pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as conseqüências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade. Tratando, por exemplo, de desapropriação, a Carta Constitucional a permite para atender a interesse social e a necessidade ou utilidade pública. Decretada a expropriação de um imóvel no interesse direto de pessoa privada, o ato será inválido por falta de finalidade legal. Terá havido aí **desvio de finalidade**, ou seja, o que os franceses denominam **détournement de pouvoir**. A lei previu que o ato fosse praticado visando a certa finalidade, mas a autoridade o praticou com finalidade diversa. Houve burla da intenção legal. A autoridade agiu contrariando o espírito da lei. Não importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido, por divergir da orientação legal." (FAGUNDES, 2010, p. 87-89, grifos do autor). Percebe-se, pelo final da transcrição, que Seabra via o desvio de poder como de natureza subjetiva.

sua atividade de magistrado que, na condição de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, aplicou seus escólios doutrinários em caso concreto (do qual era relator), datado de 1948, que se tornou o *leading case*[176] no direito brasileiro sobre o controle da discricionariedade administrativa através da teoria do desvio de poder.

A partir de então, houve o progressivo desenvolvimento da teoria do desvio de poder na doutrina[177] e na jurisprudência[178] brasileiras, cuja culminação foi a previsão expressa da figura em sede de direito positivo, através do que dispõe o art. 2º, parágrafo único, *e*, da Lei n. 4.717/65 (que regula a ação popular): "o desvio de poder se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência" (BRASIL, 1965).

Assim, pela lei citada, o ato impregnado de desvio de poder é sancionado como nulo, por ser lesivo ao patrimônio público, incorporando-se a teoria do desvio de poder, definitivamente, como instrumento capaz de coibir o exercício abusivo da discricionariedade administrativa.

---

[176] Trata-se da apelação cível n. 1.422, de 28 de julho de 1948, decidida pelo TJ-RN. O próprio Seabra sumariou o caso: "Caso interessante de desvio de finalidade teve ocasião de julgar o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Duas empresas de ônibus concorriam ao transporte de passageiros entre a capital e a cidade de São João de Mipibu. Tendo o Departamento de Trânsito fixado, para a segunda obter concessão, horários dentro das faixas de menor afluência de passageiros, deixando-se com a outra as horas de maior procura do transporte, essa empresa impetrou mandado de segurança, alegando tratamento discriminatório em seu desfavor. A corte, reformando sentença de 1ª Instância, concedeu o mandado porque, embora àquela repartição competisse, como atribuição necessariamente discricionária, a fixação de horários aos transportes coletivos, segundo o Código de Trânsito (arts. 56, § 2º, e 57, c), a competência se exercera com o fim de favorecer uma empresa prejudicando outra, quando a sua outorga se prendia a razões de interesse público (segurança de trajeto, comodidade do público etc.) [...]." (FAGUNDES, 2010, p. 89, n. 138).

[177] Uma análise da doutrina brasileira sobre a teoria do desvio de poder foi empreendida por José Cretella Júnior (1978, p. 217-226).

[178] Exemplo de aplicação recente da teoria do desvio de finalidade encontra-se no seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: "REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – REMOÇÃO DE SERVIDORA – MOTIVAÇÃO – AUSÊNCIA – NULIDADE DO ATO IMPUGADO – CONFIGURAÇÃO – SENTENÇA CONFIRMADA. 1. A transferência e remoção de servidor público constituem prerrogativas da Administração Pública, contra as quais não se podem opor os servidores, desde que feitas na forma estatutária. 2. O ato administrativo deve guardar consonância com os motivos de fato e de direito que ensejaram sua prática, quer dizer, a situação fática que autoriza a realização do ato deve corresponder, necessariamente, à sua previsão legal, sob pena de nulidade, por desvio de finalidade. 3. Uma vez não enunciado pelo agente os motivos que se calçou, o ato de remoção deve ser reputado inválido, sob pena de se permitir a ocultação de eventuais abusos, favorecimento e arbitrariedades no seio do Poder Público, práticas intoleráveis no Estado Democrático de Direito." (MINAS GERAIS, 2013a). Uma seleção de jurisprudências atinentes ao desvio de finalidade foi realizada por Galba Velloso (2007, p. 23-29).

3.1.3 *Teoria dos motivos determinantes*

A teoria dos motivos determinantes deve ser creditada a Gaston Jèze (1949), que, analisando a jurisprudência emanada do Conselho de Estado francês, conseguiu sistematizar, doutrinariamente, os aspectos jurídicos relevantes atinentes ao elemento motivo.

A concepção de motivo de Jèze (1949, p. 223) é altamente pessoal e subjetiva, variando conforme os indivíduos entrelaçados em atuações que requerem alguma propulsão. Daí que, para Jèze, motivos "são considerações de **fato** ou de **direito** que impulsionam um indivíduo a realizar determinado ato jurídico." (JÈZE, 1949, p. 223, grifos do autor, tradução nossa[179]).

Os motivos seriam relevantes tanto para o direito privado[180] quanto para o direito público. Assim, os motivos tidos como determinantes para certo comportamento influenciariam na própria regularidade jurídica das manifestações de vontade, sejam elas bilaterais ou unilaterais[181]. Por conseguinte, motivos determinantes faticamente inexistentes, impregnados de ilicitude ou considerados imorais viabilizam o controle jurisdicional ou administrativo voltado para a retirada, do mundo jurídico, de seus efeitos (invalidação).

Mas é no direito público que a teoria dos motivos determinantes encontra maior fertilidade. E isso por uma razão: os motivos determinantes que devem impulsionar o comportamento dos agentes públicos devem estar relacionados com o cumprimento do interesse público[182]. Logo, no direito privado, a capacidade é negativa, não informada por um fim preciso, ao passo que, no direito público, a competência é positiva, sendo necessário ser

---

[179] No original: "Son consideraciones de **hecho** o de **derecho** las que impulsan a un individuo a realizar determinado acto jurídico.".

[180] Jèze (1949, p. 227-230) arrola inúmeros exemplos que permitiriam vislumbrar a importância dos motivos determinantes no direito privado: (i) um indivíduo adota outro porque acredita que este lhe salvara a vida, evitando um afogamento; se os herdeiros provarem que tal salvamento de fato não aconteceu, pode-se anular a adoção – falta do motivo determinante; (ii) o empréstimo de dinheiro para que um indivíduo jogue não produz efeitos jurídicos porque o motivo determinante é ilícito; (iii) do mesmo modo, o empréstimo de dinheiro para aquisição de uma casa de tolerância seria inválido porque o motivo determinante seria imoral.

[181] Nas palavras do próprio Jèze: "A ideia geral, no direito **privado** como no direito **público**, é que os motivos podem influir no valor jurídico de uma manifestação **unilateral** de vontade ou de um acordo bilateral de vontades, se tiverem sido **determinantes** da vontade de realizar um ato jurídico." (JÈZE, 1949, p. 225-226, tradução nossa, grifos do autor). (No original: "La idea general, en derecho **privado** como en derecho **público**, es que los motivos pueden influír sobre el valor jurídico de una manifestación unilateral de voluntad o de un acuerdo bilateral de voluntades, si han sido **determinantes** de la voluntad de realizar un acto jurídico.").

[182] "Por conseguinte, em qualquer ato jurídico realizado por um agente público, todos os interessados podem sustentar que o ato teve um motivo determinante **distinto do interesse público**, o qual dá lugar a um desenvolvimento considerável da teoria dos motivos determinantes no direito público." (JÈZE, 1949, p. 231, grifos do autor, tradução nossa). (No original: "Por consiguiente, en cualquier acto jurídico realizado por un agente público, todos los interesados pueden sostener que el acto ha tenido un motivo determinante distinto **del interés público**, lo cual da lugar a un desarrollo considerable de la teoría de los motivos determinantes en derecho público.").

exercida com o propósito de contemplar determinado fim – o interesse público (JÈZE, 1949, p. 231).

De posse dessas premissas teóricas gerais, Jèze (1949), observando a jurisprudência do Conselho de Estado francês, traçou 11 regras referentes aos motivos determinantes, o que conferiria a tal teoria sistematicidade e coerência. Tais regras são: (i) primeira regra: os agentes públicos somente devem motivar seus atos quando tal exigência estiver arrolada em lei ou regulamento. Portanto, a falta de imposição legal ou regulamentar desonera o agente de motivar suas decisões, o que não significa que não possa motivá-las ou que o juiz não deva investigar os motivos determinantes da atuação administrativa (JÈZE, 1949, p. 232); (ii) segunda regra: quando, porém, o agente administrativo está obrigado, por lei ou regulamento, a motivar suas decisões, deve fazê-lo, sob pena de nulidade do respectivo ato (JÈZE, 1949, p. 232-233); (iii) terceira regra: os motivos expressados pelo agente, que nortearam seu comportamento, são determinantes para a validade do respectivo comportamento; tal diretriz aplica-se tanto à motivação obrigatória quanto à motivação espontânea (JÈZE, 1949, p. 233); (iv) quarta regra: quando a lei ou o regulamento exigem do agente administrativo a motivação, esta deve ser realizada de forma clara e precisa, excluindo-se fórmulas estilísticas ou frases destituídas de significação exata (JÈZE, 1949, p. 235); (v) quinta regra: os motivos apontados pelo agente devem ser materialmente exatos[183] (JÈZE, 1949, p. 235); (vi) sexta regra: o motivo determinante apontado deve ser lícito[184] (JÈZE, 1949, p. 238); (vii) sétima regra: na mixórdia entre motivos de direito determinantes lícitos e ilícitos, deve o juiz analisar se os primeiros são suficientes para legitimar o ato jurídico (JÈZE, 1949, p. 268); (viii) oitava regra: os agentes públicos não podem fugir do controle jurisdicional sob a alegação de que os motivos determinantes são de estirpe política (JÈZE, 1949, p. 269); (ix) nona regra: a análise, pelo juiz, dos motivos determinantes não é, via de regra, realizada de ofício[185], sendo

---

[183] "O simples fato de que o motivo alegado seja materialmente falso, **poderá** ter como consequência a nulidade do ato, embora o agente não estivesse obrigado a motivá-lo, mesmo quando não se pudesse estabelecer que o autor do ato tenha perseguido um fim que não era de interesse público," (JÈZE, 1949, p. 236, grifo do autor, tradução nossa). (No original: "El solo hecho de que el motivo alegado sea materialmente falso, **podrá** tener como consecuencia la nulidad del acto, aunque el agente público no estuviese obligado a motivarlo, aun cuando no se pudiese establecer que el autor del acto há perseguido un fin que no era el interés público.").

[184] A ilicitude do motivo determinante pode ser agrupada em quatro categorias: (i) o agente busca fim proibido por lei; (ii) o agente busca fim de interesse geral, mas que não é de sua competência; (iii) o agente busca fim de interesse geral, de sua competência, mas se utiliza, para tanto, de poder jurídico inapropriado para o contexto; e (iv) o agente busca fim que não é de interesse geral (JÈZE, 1949, p. 239).

[185] "Contudo, admite-se que quando o motivo determinante é **flagrante** e tem por resultado fazer sair **manifestamente** ao agente de sua competência legal para invadir a competência de outro agente, o juiz tem o dever de comprovar de ofício o motivo determinante ilícito [...]." (JÈZE, 1949, p. 279, grifos do autor, tradução nossa). (No original: "Sin embargo, se admite que cuando el motivo determinante es **flagrante** y tiene por resultado hacer salir **manifiestamente** al agente público de su competencia legal para invadir la competencia de otro agente, el juez tiene el deber de comprobar de oficio el motivo determinate ilícito [...].").

dependente, pois, de provocação pelo interessado (JÈZE, 1949, p. 279); (x) décima regra: ao juiz é vedado apreciar a oportunidade das medidas adotadas pelos agentes administrativos, principalmente quando os motivos determinantes são exatos e lícitos[186] (JÈZE, 1949, p. 279-280); (xi) décima primeira regra: a prova do motivo determinante incumbe a quem o contesta, devendo o acervo probatório ser extraído das peças do expediente (JÈZE, 1949, p. 281).

A sistematização de Jèze merece elogios e críticas. Se, de um lado, a teoria dos motivos determinantes, tal como aqui esboçada, oportuniza uma técnica de controle dos motivos impulsionadores da atuação administrativa, principalmente a atuação administrativa discricionária, por outro lado peca por sua excessiva amplitude, na medida em que promove confusões[187] entre aspectos materiais e processuais, entre motivo e motivação, entre motivo e finalidade, entre motivo e competência, entre motivo e moralidade e entre os motivos determinantes e desvio de poder[188].

A solução para tais incoerências metodológicas foi apartar os fenômenos que não fossem relacionados, restringindo, então, a teoria dos motivos determinantes exclusivamente aos motivos[189]. Ou seja, da vasta teoria gestada por Jèze focou-se tão somente no elemento motivo, o que, na formulação original, significa aproveitar, de modo imediato para o novo perfil da teoria dos motivos determinantes, as regras terceira e quinta ("os motivos são determinantes para a validade do ato administrativo" e "os motivos devem ser materialmente exatos", respectivamente). Essa foi, com algumas possíveis modulações, a lapidação final da teoria dos motivos determinantes, tendo sido recepcionada por vários ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro[190].

---

[186] "Esta apreciação da oportunidade transformaria o juiz em administrador, em **superior hierárquico** dos agentes administrativos, o que seria contrário ao princípio da separação e da divisão das competências." (JÈZE, 1949, p. 280, grifos do autor, tradução nossa). (No original: "Esta apreciación de la oportunidad trasformaría al juez en administrador, en superior jerárquico de los agentes administrativos, lo que sería contrario al principio de la separación y de la división de las competências.").

[187] Diz Antônio Carlos de Araújo Cintra: "Mas o que se verifica, com um exame mais atento da teoria dos motivos determinantes de Jèze é que ela assumiu proporções demasiadamente amplas, abrangendo e superando a teoria do desvio de poder – que diz respeito, de modo imediato ao fim e não aos motivos do ato administrativo –, vinculando-se ainda ao problema da competência, de modo a tornar um tanto imprecisa a idéia de motivo do ato administrativo." (CINTRA, 1978, p. 97).

[188] Aliás, Jèze tinha plena consciência da extensão de sua teoria, ao afirmar que "esta teoria geral jurisprudencial dos motivos determinantes no direito público engloba e supera a teoria do desvio de poder." (JÈZE, 1949, p. 232, grifos do autor, tradução nossa). (No original: "Esta teoría general jurisprudencial de los motivos determinantes en derecho público, engloba y supera la teoría de la desviación de poder.").

[189] "Estas regras [enunciadas por Jèze], embora já vetustas para este início de novo século, são sem dúvida ainda atuais, especialmente no tema referente ao exame, pelo Poder Judiciário, da **matéria de fato do ato administrativo** [...]." (ARAÚJO, 2009, p. 465, grifos acrescidos).

[190] "A doutrina dos motivos determinantes é definida pela doutrina brasileira, com poucas variações, como aquela pela qual a validade de um ato administrativo motivado depende da existência ou veracidade dos motivos de fato alegados." (NOHARA, 2004, p. 79). Veja-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça referente à aplicação dos motivos determinantes: "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL.

Por conseguinte, a teoria dos motivos determinantes estabelece que os motivos (razões de fato e de direito, em especial as primeiras) recolhidos para impulsionar a atuação administrativa não estão à disposição[191] – mesmo discricionária[192] – da administração pública: ou eles existem ou não existem; ou eles são verazes ou não o são; ou eles aconteceram ou não. Logo, os motivos estão no domínio do empírico, e não da mera especulação volitiva.

Se os motivos alegados pelo administrador público como propiciadores de sua conduta forem resultado imaginativo de sua criatividade – em descompasso patente com a

---

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MILITAR. REMOÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. TRANSFERÊNCIA DE LOCAL DE SERVIÇO. DEFERIMENTO. MORA IMOTIVADA PARA EFETIVAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF. ACÓRDÃO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ENUNCIADO 83, DA SÚMULA DO STJ. 1. A Administração, ao autorizar a transferência ou a remoção de agente público, vincula-se aos termos do próprio ato, portanto, submete-se ao controle judicial a morosidade imotivada para a concretização da movimentação (Teoria dos Motivos Determinantes). 2. Pela Teoria dos Motivos Determinantes, a validade do ato administrativo está vinculada à existência e à veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos. 3. No caso, em harmonia com a jurisprudência do STJ, o acórdão recorrido entendeu indevida a desvinculação do procedimento administrativo ao Princípio da Razoabilidade, portanto considerou o ato passível ao crivo do Poder Judiciário, *verbis*: 'a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, devendo, assim, todo ato administrativo, mesmo que discricionário, ser devidamente motivado, conforme os preceitos da Teoria dos Motivos Determinantes, obedecendo ao Princípio da Razoabilidade' (fls. 153). 4. Pretensão e acórdão *a quo*, na via especial, firmados em preceito constitucional elidem o exame do STJ. 5. Acórdão *a quo* em consonância com a jurisprudência deste Tribunal (Enunciado 83 da Súmula do STJ). 6. Agravo regimental a que se nega provimento." (BRASIL, 2010).

[191] "Motivo é, pois, acontecimento objetivo, antecedente ao ato, mas que o recomenda ou determina. O motivo determinante do ato administrativo não deve, por conseguinte, estar na vontade do agente. Esse não dispõe de faculdade para criar ou supor o motivo, mas apenas para verificar a sua existência." (FARIA, 2011, p. 169-170).

[192] "Toda potestade discricionária apoia-se em uma realidade de fato que funciona como suposto de fato da norma de cuja aplicação se trata. Esse fato há de ser uma realidade como tal fato, e ocorre que a realidade é sempre uma: não pode ser e não ser ao mesmo tempo ou ser simultaneamente de uma maneira e de outra. A valorização política da realidade poderá acaso ser objeto de faculdade discricionária, porém a realidade como tal, se ocorreu o fato ou não ocorreu e como ocorreu, isto já não pode ser objeto de uma faculdade discricionária, porque não pode ficar ao arbítrio da Administração discernir se um fato é cumprido ou não é cumprido, ou determinar que algo tenha ocorrido se realmente não tenha sido assim. O milagre, podemos dizer, não tem lugar no campo do Direito Administrativo." (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1974, p. 31-32, tradução nossa). (No original: "Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho, y ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de outra. La valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una faculdad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una faculdad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se há cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo."). Não se pode ignorar, alerta Miguel Sánchez Morón, a evolução por que tem passado a teoria dos motivos determinantes na Espanha, ao se obervar os posteriores estudos de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández: "O controle dos fatos determinantes passou de uma mera verificação de sua existência a um controle também de sua 'qualificação jurídica' [com referência ao *Curso de Derecho Administrativo*, de García de Enterría e Fernández] efetuada pela Administração, e, dando um passo mais de enorme significação, a um controle da 'congruência ou discordância da solução eleita com a realidade a que se aplica'." (SÁNCHEZ MORÓN, 1994, p. 20-21, tradução nossa). (No original: "El control de los hechos determinantes ha pasado de una mera verificación de sua existencia a un control también de su 'calificación jurídica' efectuada por la Administración, y, dando un paso más de enorme significación, a un control de la 'congruencia o discordancia de la solución elegido con la realidad a que se aplica'.").

realidade fática –, deve o ato exarado ser, portanto, invalidado pelo órgão de controle competente.

3.1.4 *O papel jurídico-instrumental*[193] *da motivação quanto à aferição dos limites*

Em relação aos limites postos à atividade discricionária realizada pela administração pública, pode-se fazer a seguinte sistematização: (i) em relação à competência, o limite é estabelecido através do excesso de poder; (ii) também no que se refere à formalidade, o excesso de poder é a figura disponível para evitar o desprezo de formalidades tidas como essenciais à manifestação de vontade exteriorizada pela administração; (iii) no que tange ao objeto, os princípios administrativos, seja aqueles assentados na constituição, seja os arrolados em leis infraconstitucionais, têm especial aptidão para evitar vícios relativos ao próprio conteúdo da declaração de vontade administrativa; (iv) os vícios que tocam aos motivos são prevenidos graças à teoria dos motivos determinantes; e (v) a finalidade da atuação administrativa é assegurada pela teoria do desvio de poder.

Logo, para cada elemento do ato administrativo existem técnicas direcionadas para precatar eventuais vícios que surjam do exercício da função administrativa discricionária que despreze os referidos limites. Os limites indicam até onde o administrador pode ir; ultrapassadas tais barreiras erigidas em prol da legalidade, emergem os vícios do comportamento administrativo, cuja respectiva invalidação tem o condão de restaurar a juridicidade violada.

Nesse sentido, a motivação detém papel importante quanto à constatação da ocorrência ou não da transgressão dos limites postos à função administrativa, em especial a função administrativa discricionária. A motivação delata os vícios decorrentes da transgressão dos limites legalmente erigidos à atividade administrativa.

Mas antes de sublinhar a específica função da motivação quanto aos limites, é recomendável traçar uma visão geral que forneça seus contornos básicos. O primeiro ponto a se destacar é que a motivação não se confunde com os motivos. Na verdade, é comum[194]

---

[193] Conforme será visto, a motivação, além do papel jurídico-instrumental, tem também um papel político-jurídico-instrumental, que se identifica, à sua maneira, com a noção de *accountability*, imanente à democracia deliberativa.

[194] Esta dissertação não compactua, conforme será visto, com a versão restritiva da motivação, focalizada somente nos motivos. Na verdade, a motivação cumpre um papel de destaque também em relação aos outros elementos do ato administrativo. "[A motivação] não é simples exposição dos motivos do ato, isto é, das circunstâncias de fato que estão na sua base, mas sim uma demonstração ampla dos vários aspectos que influem em sua legalidade." (SUNDFELD, 2012a, p. 653).

afirmar que a motivação consiste na exibição das razões de fato e de direito que impulsionaram o agir administrativo. A motivação traçaria, então, de forma fundamentada[195], as condicionantes fático-jurídicas determinantes ou autorizadoras da emanação de uma declaração de vontade exteriorizada pelo aparato administrativo[196].

A motivação é ato adjunto ao ato que se deve motivar. Em tal condição, o ato que deve ser motivado deve vir acompanhado[197] da respectiva motivação. O ato de motivar não tem existência errante na medida em que é dependente do ato designativo da própria declaração de vontade[198] oriunda da administração pública. A motivação somente tem sentido jurídico, assim, quando acoplada ao ato sobre o qual incide o dever de motivação[199].

O dever de motivação encontra guarida normativa porquanto corolário do Estado de Direito, cuja principal característica semântica é a repulsa à arbitrariedade. Se desprezado o dever de motivação: (i) fica nebulosa a adequação do comportamento administrativo aos contornos da legalidade e (ii) debilita-se o controle de legalidade e oportunidade dos atos administrativos, vez que o não detalhamento das razões impulsionadoras da atuação administrativa impede uma fiscalização eficaz de sua conformidade aos vetores do ordenamento jurídico. Desse modo, a motivação é uma garantia dos cidadãos-particulares que

---

[195] Existe controvérsia quanto a se a motivação é similar ou não aos termos "fundamentação" e" justificação". José Carlos Vieira de Andrade distingue motivação de fundamentação, ao aduzir que "os resultados serão diferentes, no entanto, se a fundamentação for vista como exigência abstracta, legislativa, não destinada apenas ao controle, mas logo à reflexão decisória determinada pela realização do interesse público." (ANDRADE, 1992, p. 22). Contudo, entende-se, aqui, que a motivação tem o mesmo significado de fundamentação, principalmente ao se analisar a função político-instrumental da motivação, respeitante à *accountability*. Assimilando, outrossim, motivação, fundamentação e justificação, está Florivaldo Dutra de Araújo (1992, p. 94).

[196] "Uma coisa são os motivos do ato e outra a motivação. Todo ato administrativo há de basear-se em uns motivos, porém a motivação o que supõe é a exigência formal de que se expressem as razões que servem de fundamento à decisão." (GONZALES PEREZ, 1964, p. 341, tradução nossa). (No original: "Una cosa son los motivos del acto y otra la motivación. Todo acto administrativo ha de basarse en unos motivos, pero la motivación lo que supone es la exigencia formal de que se expresen las razones que sirven de fundamento a la decisión.").

[197] A regra é que o ato a motivar e a motivação sejam concomitantes, ou seja, presentes na mesma documentação. Mas há a possibilidade de motivação *per relationem* ou *aliunde*, quando a motivação dá-se em oportunidade distinta daquela em que foi praticado o ato a motivar. Logo, a motivação *per relationem* é uma motivação indireta, "[...] ou seja, referindo-se aos atos anteriormente realizados no curso do procedimento (pareceres, propostas, relatórios técnicos." (AUTIERI, 2002, p. 54, tradução nossa). (No original: "[...] rinviando cioè agli atti precedentemente compiuti nel corso del procedimento (pareri, proposte, rapporti tecnici.)".

[198] Mas veja: se a motivação provê sua subsistência do ato de declaração de vontade, esta também depende, para sua validade, da motivação.

[199] Trilhando esse posicionamento: "Pensamos que a motivação é um ato de administração acessório a um ato administrativo. Ato de administração porque, em si mesma, é desprovida de eficácia jurídica, tendo valor meramente indicativo para a avaliação do próprio ato administrativo motivado, nos seus diferentes aspectos. Ato acessório a um ato administrativo porque somente existe em função do ato administrativo motivado, não apresentando qualquer autonomia." (CINTRA, 1978, p. 119-120).

denuncia práticas arbitrárias perpetradas pela administração e, como tal, afigura-se como instrumental indispensável para a consolidação de um genuíno Estado de Direito[200].

Por conseguinte, a motivação torna juridicamente saudável a própria atuação administrativa, porque: (i) oportuniza ao administrador maior reflexão quanto ao seu comportamento, evitando desacertos e precipitações que muitas vezes podem desencadear a responsabilidade civil estatal[201]; (ii) estimula a efetividade da atuação administrativa, através de seu potencial de racionalização, o que importa no convencimento e na adesão do cidadão-particular quanto à compatibilidade do agir administrativo à ordem jurídica, prevenindo, então, posturas agonísticas que somente fazem aumentar a litigiosidade na seara administrativa[202]; e (iii) aprofunda e otimiza o controle dos atos administrativos, na lógica segundo a qual a exposição fundamentada das razões articuladas pela administração permite ao cidadão-particular preparar melhor seus eventuais contra-argumentos[203] voltados para a contestação da atuação administrativa[204].

Não é sem razão, portanto, que a motivação mereceu tratamento positivo[205] por parte da Lei n. 9.784/99 – Lei do Processo Administrativo no âmbito federal. O art. 50, e seus

---

[200] "No Estado de Direito o que confere legitimidade ao poder estatal é sua adequação à vontade popular expressa nas leis. Esta adequação deve, portanto, estar demonstrada caso a caso, para que a especial eficácia do ato administrativo encontre nela, e não na força, sua explicação." (SUNDFELD, 2012a, p. 660). No mesmo estudo, Sundfeld (2012a, p. 654-655) assevera que o fundamento jurídico da motivação encontra-se no controle e na legalidade. As lições de Florivaldo Dutra de Araújo (1992, p. 96-106) particularizam a concepção de Estado de Direito como fundamento ao dever de motivar, ao listar também os seguintes argumentos: (i) princípio da legalidade; (ii) a identidade publicística entre direito administrativo e direito processual; (iii) o princípio da moralidade administrativa; (iv) princípio da razoabilidade; (v) Estado democrático; e (vi) regime jurídico-administrativo.

[201] "[...] a motivação tende a impedir que prejuízos e danos juridicamente injustos afetem direitos de terceiros. Em outras palavras, a motivação revela-se prestimosa para evitar danos indenizáveis." (FREITAS, 2009, p. 61).

[202] Nesse sentido: "Com isto, o agente público procura provocar a adesão e, talvez, a própria colaboração do particular interessado naquele específico pronunciamento da Administração [...]." (CINTRA, 1978, p. 122).

[203] Correlacionado a isso, a motivação demarca mais efetivamente a interpretação do cidadão-particular quanto ao conteúdo do ato administrativo: "Ao expor as razões do ato, o Poder Público, sem dúvidas, dá maiores subsídios ao desenvolvimento de seu conteúdo, deixando mais claro o sentido da manifestação da vontade, com grande repercussão no controle do ato." (ARAÚJO, 1992, p. 109).

[204] Conforme averba José Carlos Vieira de Andrade, uma das finalidades da motivação é "[...] o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle da legitimidade das decisões administrativas de autoridade, designadamente no que respeita aos seus momentos discricionários, tendo em especial consideração a garantia do exercício efectivo do direito de recurso contencioso dos administrados." (ANDRADE, 1992, p. 79). Claro, a referência ao contencioso administrativo – inexistente no Brasil por força do art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988 – não invalida a lição no sentido de que a motivação fornece elementos decisivos para a argumentação do cidadão-particular direcionada a refutar um pronunciamento administrativo.

[205] A Constituição Federal de 1988 é silente quanto a um princípio da motivação. No entanto, seu art. 93, X (BRASIL, 2007, p. 78), firma que as decisões administrativas tomadas pelos tribunais deverão ser motivadas. Ora, se o judiciário, no exercício de função atípica – função administrativa –, deve motivar suas decisões, seria despropositado pensar que a administração pública, no exercício de sua função típica – a função administrativa –, estaria desonerada do dever de motivar suas decisões. Nesse sentido, citando Lucia Valle Figueiredo, também o escólio de Marcelo Harger (2001, p. 122). Frise-se que a Constituição do Estado de Minas Gerais, em seu art. 13, § 2º, dispõe que "o agente público motivará o ato administrativo que praticar, explicitando-lhe o fundamento legal, o fático e a finalidade" (MINAS GERAIS, 2013b, p. 18).

respectivos incisos[206], fixa os casos em que a motivação dos comportamentos administrativos é dever incontornável; sendo assim, a ausência da exposição fundamentada das razões fáticas e jurídicas que embasam a atuação administrativa leva a sua invalidação.

À luz desse dispositivo, pode-se dizer que existe um dever geral[207] de motivação dos atos administrativos. A empoeirada discussão sobre se a motivação deve incidir em atos discricionários ou vinculados, revocatórios ou não, denegatórios ou ampliativos, não se sustenta frente à regulação normativa da motivação: (i) o art. 50 e seus incisos (BRASIL, 1999) não fazem distinção, para fins de motivação, entre atos discricionários ou vinculados, de tal modo que nas duas espécies teóricas de ato administrativo a exposição fundamentada das razões de fato e de direito propulsoras da atividade administrativa é condição inequívoca de validade do pronunciamento administrativo; (ii) os atos revocatórios devem ser motivados, conforme dispõe expressamente o art. 50, VIII, da Lei n. 9.784/99 (BRASIL, 1999); (iii) os atos denegatórios também devem ser motivados, em consonância com o estabelecido no art. 50, I, da Lei n. 9784/99 (BRASIL, 1999); quanto aos atos ampliativos, o melhor entendimento é aquele segundo o qual tais atos devem ser, igualmente, motivados[208].

O dever geral de motivação não se coaduna, contudo, com qualquer motivação. Uma motivação implícita, obscura, hermética, ilógica, contraditória ou desarmônica é sinônima de ausência de motivação, passível, assim, de correção. A motivação deve ser, portanto, suficiente para o adequado esclarecimento das razões que impeliram a administração a agir de determinado modo. E será suficiente quando for explícita, clara e congruente, conforme estabelece expressamente o art. 50, § 1º, da Lei n. 9.784/99 (BRASIL, 1999).

---

[206] Art. 50 da Lei n. 9.784/99: "Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V – decidam recursos administrativos; VI – decorram de reexame de ofício; VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo." (BRASIL, 1999). Cada uma dessas hipóteses foi analisada detidamente por Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara (2009, p. 319-329).

[207] O art. 50, com seus respectivos incisos, transcrito na nota anterior, não é taxativo quanto às hipóteses em que deve ocorrer a motivação; pelo contrário, o rol ali previsto é meramente exemplificativo. Nesse sentido: "É certo que as situações alinhavadas nos incisos do *caput* do art. 50 contemplam as mais diversas hipóteses. Não menos correto seria pontuar que o inciso I do citado dispositivo estaria a abarcar boa parte dos processos administrativos. Fato é que a diversidade de situações com as quais se deparará o administrador público ao longo de sua gestão não cabe mesmo nos oito incisos contidos no referido artigo." (CAMARÃO; FORTINI; PEREIRA, 2008, p. 168). Adotando entendimento contrário: "Tal pressuposto comporta a conclusão de que, exigindo a motivação apenas para os atos que enumera, a lei considera que **outros atos administrativos, praticados no processo, independem de menção expressa às razões administrativas**." (CARVALHO FILHO, 2001, p. 225, grifos do autor). Dada a amplitude do art. 50, I, pode-se dizer que a motivação será desnecessária quando não se negar, afetar ou limitar direitos ou interesses.

[208] "Ressalte-se que os atos que beneficiam agentes públicos, deferindo-lhes uma comodidade ou proteção especial e excepcional, demandam fundamentação, diante dos princípios da impessoalidade, moralidade e isonomia." (FRANÇA, 2007, p. 113).

A motivação será explícita quando não ocultar qualquer dado necessário à devida elucidação do conjunto de razões fáticas e jurídicas que impulsionam o agir administrativo; será clara quando o conjunto de razões fáticas e jurídicas que impulsionam o agir administrativo puder ser inteligivelmente apreendido pelo cidadão-particular, o que afasta elaborações linguísticas incompreensíveis ou pedantes; por fim, será congruente quando for perceptível a correlação lógica entre o conjunto de razões fáticas e jurídicas que impulsionam o agir administrativo e o conteúdo da decisão administrativa, sem que haja entre esses dois elementos qualquer contradição.

Traçado esse panorama geral, deve-se investigar o papel jurídico-instrumental da motivação em relação aos limites postos à atividade administrativa discricionária – excesso de poder, motivos determinantes, desvio de poder e princípios administrativos.

A motivação tem a capacidade de denunciar eventuais vícios que inquinam o pronunciamento administrativo discricionário por violação dos limites colocados à discricionariedade. Ao expor, de modo fundamentado, as razões propulsoras do ato administrativo, a administração pública oportuniza ao cidadão-particular o instrumentário necessário para analisar se: (i) o ato administrativo foi de fato praticado pela autoridade legalmente apontada como competente para sua prática, ou dentro dos confins do feixe de competência demarcado (competência/excesso de poder); (ii) o ato administrativo respeitou as formalidades indispensáveis para a exteriorização da vontade administrativa (forma/excesso de poder); (iii) o ato administrativo não violou os princípios jurídico-administrativos que devem, de forma inexorável, ser observados pelo administrador público, em especial no exercício de competência discricionária (objeto); (iv) os motivos – razões fáticas e jurídicas que encetam a atuação administrativa – apontados pelo administrador público realmente aconteceram no contexto empírico (motivo/motivos determinantes); (v) se o ato administrativo respeitou a finalidade, implícita e/ou explícita, decorrente da regra de competência (finalidade/desvio de poder).

Vê-se, nessa medida, que a motivação, apesar de atrelada mais agudamente ao elemento motivo, repercute sobre todos os demais elementos do ato administrativo[209]. Isso deve-se ao fato de que o ato administrativo é um todo unitário; a partir dessa constatação,

---

[209] Tal perspectiva fica clara na seguinte passagem escrita por Carlos Ari Sundfeld: "Assim, à pergunta **por que foi praticado um ato?** [o que demanda uma motivação] responde-se: porque um sujeito tinha competência para tanto, ocorreram os motivos que o exigiam ou autorizavam, haviam sido obedecidos os trâmites procedimentais, havia uma finalidade pública a buscar e o conteúdo do ato era, ante os fatos ocorridos, idôneo a atingi-la." (SUNDFELD, 2012a, p. 666, grifos do autor).

conclui-se que o que se motiva é o próprio ato administrativo em sua inteireza (composto por competência, objeto, forma, motivo e finalidade), e não somente os motivos.

A motivação desvela-se, assim, como o instrumento posto para averiguar se a atuação administrativa exercida sob o escudo da discricionariedade ultrapassou ou não os limites estabelecidos pelo universo normativo[210], se a atuação administrativa dotada de liberdade juridicamente vigiada degenerou-se ou não em arbitrariedade/ilegalidade[211]. Enfim, a motivação é a peça-chave para o descobrimento de indícios de excesso de poder, desvio de poder, desvirtuamento dos motivos determinantes ou decisão cujo conteúdo seja colidente com os princípios administrativos.

3.2 Entre a cognição e a volição: a disputa sobre os conceitos jurídicos indeterminados

Uma das questões mais problemáticas que envolvem a temática da discricionariedade administrativa refere-se aos conceitos jurídicos indeterminados[212]: seriam eles atributivos de discricionariedade administrativa ou, pelo contrário, comportariam padrões de vinculação que amarrariam, rigidamente, o comportamento administrativo[213]?

A controvérsia é, de fato, relevante na medida em que, ao se entenderem os conceitos jurídicos indeterminados como consagradores de discricionariedade administrativa, a atividade a ser realizada pelo administrador, quanto a tais conceitos, é volitiva, criativa, o que tem por consectário a minimização do controle a ser realizado pelo judiciário.

Se, todavia, entendem-se os conceitos jurídicos indeterminados como exemplários de vinculação administrativa, a atividade a ser realizada pelo administrador, quanto a tais

---

[210] "Mas a contrapartida necessária da preservação da discricionariedade consiste no dever de se motivarem os atos praticados com exercício de liberdade de escolha. E isso não para justificar política ou eticamente as escolhas realizadas, mas para demonstrar que estas, quaisquer sejam, estão contidas nos limites postos pela lei." (ARAÚJO, 1992, p. 133).

[211] "A motivação da decisão começa, pois, por marcar a diferença entre o discricionário e o arbitrário e isso, porque, se não há motivação que a sustente, o único apoio da decisão será a simples vontade de quem a adota, apoio insuficiente, como é óbvio, em um Estado de Direito, em que não há margem, por princípio, para o poder puramente pessoal.". (FERNÁNDEZ, 2002, p. 87, tradução nossa). (No original: "La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal.").

[212] Assinala Mariano Bacigalupo (1997, p. 25) que, na verdade, a terminologia mais adequada seria "conceitos normativos indeterminados", haja vista que não somente as leis, mas também aquelas normas de categoria inferior às leis podem agasalhar indeterminação. A observação é correta. Contudo, dada a ampla primazia dada ao rótulo "conceitos jurídicos indeterminados", esta dissertação manterá essa concepção terminológica.

[213] Conforme será indicado, existe entendimento pelo qual os conceitos jurídicos indeterminados podem conceder ou não poder discricionário, dada a natureza do próprio conceito indeterminado. Assim, a análise seria tópica, e não metanarrativa.

conceitos, é meramente cognitiva, intelectiva, o que tem por consectário a maximização do controle a ser realizado pelo poder judiciário.

Assentada a importância da análise dos conceitos jurídicos indeterminados, deve-se, antes de se partir para uma investigação jurídico-dogmática voltada para o esclarecimento de sua natureza cognitiva ou volitiva, adentrar e apreender alguns pressupostos teóricos capazes de elucidar melhor os contornos da discussão a que se propõe nesta sede enveredar.

3.2.1 *Pressupostos teóricos para a compreensão dos conceitos jurídicos indeterminados: linguagem e indeterminação*

A estruturação linguística do direito é algo que não se pode menoscabar. O direito é aquilo que se diz dele. Os comandos que o direito reproduz somente podem ser encarados como enunciados linguisticamente articulados com o propósito de serem compreendidos por todos aqueles que se encontram sob a égide de determinado ordenamento jurídico. Daí se conceber a linguagem como instrumento constitutivo do direito[214].

Há aí uma consequência interessante: o direito não é, por si só, uma linguagem dotada de características próprias capazes de estimular a noção de uma linguagem jurídica artificial, tecnicizada por obra de legisladores e juristas, totalmente apartada da realidade social. Isso porque o direito lastreia-se nas linguagens naturais[215]. O fato de o direito basear-se nas linguagens naturais faz com que se torne uma eficiente técnica de controle social, na medida em que se faz compreensível por todo o corpo social submetido às suas coerções normativas (RUBEN CARRIÓ, 1972, p. 37).

Assim, em resumo: o direito é uma linguagem; o direito é uma linguagem que busca seus fundamentos na linguagem natural; o direito é uma linguagem que busca seus fundamentos na linguagem natural porque é uma técnica de controle social; o direito é uma linguagem que busca seus fundamentos na linguagem natural porque é uma técnica de controle social cuja efetividade depende da eficaz apreensão, por parte dos destinatários, de

---

[214] "[...] é preciso averbar que a necessária situação comunicacional da experiência jurídica não se instaura sem a linguagem, porque a linguagem é o que permite transcender a subjetividade, ligando-a ao mundo e, portanto, às demais pessoas." (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 29).

[215] "Espero que se me conceda sem necessidade de uma elaborada demonstração que as normas jurídicas, enquanto autorizam, proíbem ou fazem obrigatórias certas ações humanas, e enquanto subministram aos súditos e às autoridades pautas de comportamento, estão compostas por palavras que têm as características próprias das linguagens naturais ou são definíveis em termos delas." (RUBEN CARRIÓN, 1972, p. 37, tradução nossa). (No original: "Espero que se me conceda sin necesidad de una elaborada demostración que las normas jurídicas, en cuanto autorizan, prohiben o hacen obligatorias ciertas acciones humanas, y en cuanto suministran a los súbditos y a las autoridades pautas de comportamiento, están compuestas por palabras que tienen las características propias de los lenguajes naturales o son definibles en términos de ellas.").

seus enunciados. Se os destinatários não compreendessem as formulações jurídicas não teriam as condições necessárias para compatibilizar suas condutas às respectivas prescrições normativas.

Mas o fato de o direito sugar sua compreensibilidade das linguagens naturais traz alguns inconvenientes incontornáveis. É que as linguagens naturais não são, muitas vezes, dotadas de sentidos unívocos, havendo, então, empecilhos para uma apreensão total de seus enunciados[216]. As linguagens naturais são um tanto quanto indeterminadas, o que se reflete no próprio direito.

A indeterminação do direito, advinda do repertório das linguagens naturais, deve ser imputada à ambiguidade e à vagueza[217]. A ambiguidade é a causa de indeterminação do direito pela qual uma formulação linguística pode albergar dois ou mais sentidos diferentes[218]. Ou seja, um termo, isolado de qualquer contexto comunicacional específico, pode ser vislumbrado com diferentes semânticas.

Um exemplo dado por Carrió (1972, p. 26) é capaz de aclarar o sentido operativo da ambiguidade. Se alguém pergunta o que quer dizer "rádio", a pessoa interpelada somente pode dizer: "em qual frase ou oração?". Isso porque, como se sabe, "rádio" pode indicar, concomitantemente, conforme o contexto: (i) o eletrodoméstico capaz de receber sinais radiofônicos; (ii) o aparato capaz de emitir sinais radiofônicos; (iii) o osso presente no antebraço; e (iv) o metal alcalino terroso. A palavra "rádio", portanto, comporta várias significações no âmbito do mesmo significante e, desse modo, é ambígua, causando indeterminação na linguagem natural, o que é transportado, por via reflexa, ao direito[219].

A vagueza, por sua vez, é a causa de indeterminação do direito pela qual o significado de uma formulação linguística não encontra limites precisos para sua aplicação. Ou seja, dada a amplitude do termo enfrentado, não se pode saber peremptoriamente se seus

---

[216] "[...] os termos da linguagem natural apresentam, de um modo geral, ao nível de sua significação de base, algumas características de sua estrutura designativa e denotativa, que, por si só, determinam a impossibilidade de acesso a uma significação plena." (WARAT, 1984, p. 76).

[217] Marcos Vinícius Filgueiras Júnior (2007, p. 114-144) arrola, além da vagueza e da ambiguidade, também a contestabilidade dos conceitos técnicos (mesmo os conhecimentos técnicos utilizados pelo direito não são passíveis de uma única resposta correta, o que pode ensejar indeterminação) e a vagueza pragmática ou casuística (conceitos aprioristicamente determinados, mas que, no desenrolar dos processos de aplicação, tornam-se indeterminados) como causas de indeterminação no direito.

[218] "Podemos caracterizar a ambigüidade nos casos em que um termo possui mais de um conjunto de propriedades designativas, isto é, um mesmo rótulo ou significante veicula propriedades designativas aplicáveis a âmbitos denotativos claramente diferenciáveis." (WARAT, 1984, p. 78).

[219] No âmbito do direito, veja-se exemplo de indeterminação por ambiguidade: "No Direito, a expressão posse é, em si mesma, ambígua, pois significa a aceitação de um cargo público e o compromisso de bem servir; mas também rotula um instituto de Direito Civil." (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 132).

confins semânticos foram ou não respeitados durante o processo de aplicação do termo em questão[220].

Outro exemplo, também fornecido por Carrió (1972, p. 29), ilustra o sentido da vagueza. Sabe-se o que é juventude e o que é calvície. Todavia, qual é a precisa idade em que uma pessoa deixa de ser jovem? Quantos fios de cabelo são necessários para que determinada pessoa seja apontada como calva? Tais significantes, portanto, não trazem critérios específicos para aferição de seu eventual enquadramento a determinados contextos, o que resulta em fator de indeterminação linguística. Como tal, verificada a relação entre linguagem natural e direito, vê-se que este[221] também acolhe formulações jurídico-linguísticas imbuídas de vagueza.

Segundo Marcos Vinícius Filgueiras Júnior (2007, p. 118-126), a vagueza das normas jurídicas pode ser justificada e tem causas que estimulam seu surgimento. A vagueza se justificaria na própria limitação em que se encontra o legislador em formular prescrições normativas capazes de recolher todos os fatos (normatizando-os) que ocorrem na realidade social – seja os presentes, seja os futuros[222]. Logo, o legislador, diante da contingência de suas aptidões premonitórias, lança mão da indeterminação jurídica – em especial, a vagueza – para que as autoridades implicadas em discursos de aplicação possam eficazmente concretizar os preceitos normativos.

As elaborações linguísticas vagas não dificultariam a concretização normativa; pelo contrário, removeriam **inações**, no sentido de que se os aplicadores do direito tivessem de esperar por normas jurídicas precisas, contempladoras de minúcias, a cargo dos legisladores – uma impossibilidade, como se viu –, estariam engessados em razão do princípio da legalidade – as normas são pressupostas para o agir. A vagueza, portanto, concilia-se, apesar dos limites imprecisos de aplicação que lhe são imanentes, com a própria juridicidade.

Ademais, a vagueza surge em razão de quatro fenômenos distintos: (i) a imprecisão, em que é impossível averiguar o alcance semântico dos objetos inseridos em formulações linguísticas vagas/imprecisas (exemplos: gordo, magro, alto, baixo, calvo); (ii) a

---

[220] "Um termo é vago, em sentido lato, nos casos onde não existe uma regra definida quanto a sua aplicação. Na prática, os critérios mediante os quais se pretende explicar o significado dos termos gerais da linguagem natural não permitem decidir, na totalidade dos casos, os limites precisos para sua denotação, devendo os usuários decidir pragmaticamente se incluem ou não determinadas situações, objetos ou subclasses de termos dentro da denotação." (WARAT, 1984, p. 76).

[221] A própria noção de interesse público, tão recorrente no direito administrativo, caracteriza-se limpidamente pela ausência de pautas apriorísticas capazes de nortear sua aplicação aos casos concretos com que se defronta o administrador público.

[222] Nada é por acaso. A ordem de ideias que fundamenta a vagueza coincide, em linhas gerais, com a ordem de ideias que fundamenta a discricionariedade administrativa.

incompletude, em que há a ausência de elemento essencial para a compreensão da formulação linguística vaga/incompleta (exemplo: norma a ser aplicada a menores de 17 anos, afastada a aplicação a maiores de 18 anos – a regra em tela é aplicável ou não àqueles que têm exatos 17 anos?); (iii) as palavras gerais, identificadas pela textura aberta (exemplo: a norma que proíbe a entrada de veículos em determinado parque abrangeria skates utilizados por jovens?); e (iv) as expressões valorativas, cujo preenchimento depende de visões idiossincráticas por parte daquele a quem incumbe a aplicação dessas palavras dotadas de conteúdo axiológico (exemplos: interesse público, conduta ilibada, notório saber).

Enfim, as linguagens naturais são caracterizadas pela indeterminação, resultante de dois fatores principais: a vagueza e a ambiguidade. Se o direito deita suas raízes nas linguagens naturais, é perceptível que também as fórmulas linguísticas incrustadas no fenômeno normativo também se caracterizam pela indeterminação, igualmente incitada pela vagueza e ambiguidade.

Desse modo, os conceitos, por serem, evidentemente, elaborações linguísticas, da mesma forma represam a indeterminação que essencialmente acompanha as linguagens naturais. Mas o que são os conceitos? Conceitos[223] são formulações linguisticamente estruturadas de uma suma de ideias[224]. Assim, os conceitos dão significação a uma suma de ideias, sendo expressos através dos termos – que são os enunciados, as palavras que veiculam o conceito[225]. Termo e conceito, portanto, não se confundem, porque o primeiro é a válvula de escape do segundo[226].

---

[223] A noção de conceito, no plano filosófico, comportou duas linhas de compreensão distintas: (i) uma, substancialista, pela qual os conceitos são encarados como receptáculos das essências das coisas, o que é em si para si, a substância inexpurgável da realidade; essa visão abarca filósofos das mais distintas tradições, como Kant, Hegel, Aristóteles e Husserl; (ii) noutra perspectiva, o conceito é visto como signo de um objeto, dando-lhe significação, tendo formulação em filósofos como Frege e Ockham. Tal análise filosófica da noção de conceito poder se encontrada no estudo de Nicola Abbagnano (2007, p. 164-169). Mas "seja o conceito a própria essência ou substância do objeto, seja um signo que significa o objeto, importa é observar que somente nos comunicamos ou nos entendemos por meio de palavras que são signos e que estes significam algo. Vale dizer, continuamente nos servimos de conceitos. Conceitos que, na linguagem comum, em geral, são mais ou menos vagos e, não raro, imprecisos, indeterminados e equivocados." (JANNOTTI, 2012, p. 1.194).

[224] "[...] o conceito é uma suma de ideias, produto da apreensão e reflexão do ser que conhece" (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 35); "O conceito – essencialista ou não – é produto da reflexão, expressando uma **suma de idéias**." (GRAU, 1995, p. 313, grifos do autor).

[225] "A cada conceito corresponde um **termo**. Este – o **termo** – é o **signo linguístico** do conceito. Assim, o conceito, **expressado no seu termo**, é coisa (**signo**) que representa outra coisa (seu **objeto**)." (GRAU, 1995, p. 313, grifos do autor).

[226] Diverge a doutrina se a indeterminação reside, propriamente, no termo ou no conceito. Enquanto, para Eros Grau (1995, p. 315), o que é indeterminado é o termo que veicula o conceito (este, por ser uma suma de ideias, deveria ser minimamente determinado), para Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 20-21), é o conceito mesmo que é indeterminado, ao argumento de que, se a palavra é que fosse indeterminada, seria suficiente substituí-la por outra que lhe concedesse precisão. Por enquanto, o presente estudo não se posicionará quanto a esta celeuma.

O que se pode notar de toda a discussão aqui bosquejada é que o direito assimila a indeterminação das linguagens naturais, levando à indeterminação mesma de vários conceitos firmados pelo legislador em sede normativa, o que importa em dizer que muitos dos conceitos jurídicos são indeterminados e, nessa condição, caracterizados pela vagueza e pela ambiguidade.

3.2.2 *Conceitos jurídicos indeterminados: conceito, estruturação e tipos*

Antes de analisar se os conceitos jurídicos indeterminados concedem ou não ao administrador público prerrogativas discricionárias, deve-se investigar o próprio conceito de conceito jurídico indeterminado[227], bem como as possíveis estruturações que eles podem receber e as tipologias em que podem ser enquadrados.

As averbações feitas anteriormente sobre a relação entre direito, linguagem e indeterminação já dão pistas de qual seria o conceito de conceito jurídico indeterminado. Conceitos são sumas de ideias. Conceitos jurídicos são sumas de ideias tematicamente pertinentes ao universo do direito. O direito, uma vez que é fundamentado nas linguagens naturais, está impregnado de indeterminação (vagueza/ambiguidade). Por conseguinte, tem-se que os conceitos jurídicos indeterminados são aquelas sumas de ideias jurídicas marcadas pela ambiguidade e pela vagueza cujo processo de determinação somente pode ocorrer frente às peculiaridades do caso concreto, que permitirão saber se o conceito é ou não aplicável naquele contexto. Não sem razão Karl Engisch denomina[228] conceito jurídico indeterminado como

---

[227] Conceitos jurídicos indeterminados fazem pressupor, por todo o horizonte histórico em que estão inseridos, a existência de conceitos jurídicos determinados, que seriam aqueles destituídos de vagueza e de ambiguidade, ou seja, sua ossatura linguística é composta pelos elementos precisão e certeza. "Os conceitos determinados delimitam o âmbito de realidade ao que se referem de uma maneira precisa e inequívoca. Por exemplo: a maioridade se produz aos dezoito anos; o prazo para interpor o recurso de alçada é de quinze dias; a aposentadoria se declarará ao completar o funcionário setenta anos. O número de dias assim precisados, estão perfeitamente determinados e a aplicação de tais conceitos nos casos concretos se limita à pura constatação, sem que se suscite (uma vez determinado pela lei o modo do cômputo e efetuada a prova correspondente) dúvida alguma a respeito do âmbito material a que tais conceitos se referem." (FERNÁNDEZ; GARCÍA DE ENTERRÍA, 1990, p. 393).

[228] Confiram-se outras denominações de conceitos jurídicos indeterminados: "Os 'conceitos jurídicos indeterminados' são expressões propositadamente vagas utilizadas pragmaticamente pelo legislador com a finalidade de propiciar o ajuste de certas normas a uma realidade cambiante ou ainda pouco conhecida; graças a esses conceitos, o intérprete pode adequar a legislação às condições sócio-econômicas, políticas e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei." (FARIA, 1993, p. 139); "[Conceitos jurídicos indeterminados] são expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação para o caso concreto." (JUSTEN FILHO, 2005, p. 167-168); "No âmbito do Direito, deve-se entender por conceitos jurídicos indeterminados aqueles cuja realidade a que se referem não aparece bem definida, cujo conteúdo e extensão não estão delimitados precisamente" (COSTA, 1989, p. 37); "Pode-se afirmar que os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujos limites de sua extensão não podem ser traçados precisamente, a fim de permitir a identificação de quais objetos ou as realidades que abarcam ou

"[...] um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos." (ENGISCH, 1996, p. 208).

Os conceitos jurídicos indeterminados não são, contudo, cabalmente indeterminados, uma vez que são passíveis de determinação no caso concreto. Ademais, a própria estruturação dos conceitos jurídicos indeterminados facilita o respectivo processo de lapidação do sentido que o contexto comporta. Duas são as tradicionais formas de estruturação dos conceitos jurídicos indeterminados: a bizonal e a trizonal.

Na estruturação bizonal, constata-se no conceito indeterminado um núcleo conceitual e um halo conceitual. Quando, no caso concreto em que se deve enfrentar um conceito jurídico imbuído de indeterminação, não há dúvidas quanto ao significado do conceito naquele contexto, diz-se que se está no âmbito do núcleo conceitual; já quando as dúvidas surgem quanto à aplicação semântica do conceito, diz-se que se está no âmbito do halo conceitual[229].

Já na estruturação trizonal encara-se o conceito jurídico indeterminado com três aspectos distintos: (i) existe uma zona de certeza positiva, em que não há dúvidas quanto à aplicação do conceito jurídico indeterminado no caso concreto; (ii) existe, também, a zona de certeza negativa, em que não há dúvidas quanto à não aplicação do conceito jurídico indeterminado no caso concreto; e (iii) a zona de penumbra ou de incerteza, em que há dúvidas quanto à aplicação ou não do conceito jurídico indeterminado no caso concreto[230].

Enfim, os conceitos jurídicos indeterminados, no caso concreto, podem se comportar de modo plurivalente, no sentido de que ora existe certeza sobre a compatibilidade do conjunto fático com a hipótese abstrata do conceito, ora existe certeza sobre a incompatibilidade do conjunto fático com a hipótese abstrata do conceito, ora existe incerteza sobre a compatibilidade ou não do conjunto fático com a hipótese abstrata do conceito[231].

---

deixam de abarcar, perante uma situação concreta." (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 99); "A expressão 'conceito jurídico indeterminado' [...] [é] empregada para designar vocábulos ou expressões que não têm um sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontrados com grande freqüência nas normas jurídicas dos vários ramos do direito." (DI PIETRO, 1990, p. 65).

[229] Nesse sentido: "Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito." (ENGISCH, 1996, p. 209).

[230] "[...] o conceito apresentaria uma zona de certeza positiva (o que é certo que é), dentro do qual não existe dúvida acerca da utilização da palavra que o designa, e uma zona de certeza negativa (o que é certo que não é), em que inexiste dúvida acerca de sua não utilização. No entanto, há uma zona intermediária, de penumbra, uma zona de dúvidas e incertezas sobre a abrangência de situações sob aquele signo." (MORAES, 1999, p. 58).

[231] Na bonita metáfora de Carrió: "Há um foco de intensidade luminosa onde se agrupam os exemplos típicos, aqueles frente aos quais não se duvida que a palavra é aplicável. Há uma mediata zona de obscuridade circundante onde caem todos os casos em que não se duvida que não é. O trânsito de uma zona a outra é gradual; entre a total luminosidade e a obscuridade total há uma zona de penumbra sem limites precisos." (RUBEN CARRIÓ, 1972, p. 31-32, tradução nossa). (No original: "Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan

A vagueza e a ambiguidade fazem surgir, também, vários tipos de conceitos jurídicos indeterminados[232]. A tipologia, contudo, varia de autor para autor[233], sendo a classificação mais recorrente aquela referente aos conceitos jurídicos indeterminados empíricos e aos conceitos jurídicos indeterminados de valor.

Os conceitos jurídicos indeterminados empíricos são atinentes aos conceitos que fazem alusão a realidades empíricas, objetivas, dos quais são exemplos as noções de "dia", "noite", "morte" etc. Já os conceitos jurídicos indeterminados de valor são aqueles que exigem, para aquisição de sentido frente ao caso concreto, uma valoração do aplicador – conforme sua subjetividade idiossincrática. São os casos, por exemplo, de "conduta ilibada", "bons antecedentes", "medidas adequadas" etc.

Essa distinção[234] tem relevância prática, porque, conforme exposto a seguir, determinado tipo de conceito jurídico indeterminado pode conceder ou não faculdades discricionárias para o administrador público quando desafiado pela aplicação de conceitos dotados de vagueza e ambiguidade.

3.2.3 *Os possíveis relacionamentos entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*

Viu-se que o direito, ao se utilizar do substrato das linguagens naturais, termina por compactuar com formulações linguísticas dotadas de indeterminação (vagueza ou ambiguidade), e que os conceitos jurídicos são, por excelência, os exemplos mais sintomáticos da indeterminação presente no universo normativo. Sobre isso não há divergência.

As dificuldades surgem ao se analisar se a indeterminação dos conceitos jurídicos leva à atribuição ou não de competência discricionária ao aplicador do direito – no presente estudo, em específico, ao administrador público.

---

los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caem todos los casos en los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos.").

[232] "Por ser vago e impreciso, o termo indeterminado enseja o surgimento de conceitos diversos." (FRANÇA, 2000, p. 105).

[233] Queiró (1940, p. 31) menciona conceitos práticos e conceitos teoréticos; Karl Engisch (1996, p. 210) fala de conceitos normativos e conceitos descritivos; Gustavo Binenbojm (2008, p. 214) registra conceitos que requerem do intérprete da norma uma valoração e conceitos objetivos. Como se pode notar, os primeiros tipos de conceito enquadram-se, em linhas gerais, nos conceitos jurídicos indeterminados de valor, e os segundos, nos conceitos jurídicos indeterminados empíricos.

[234] Do mesmo modo, as diversas zonas dos conceitos indeterminados – seja as de recorte bizonal, seja as de recorte trizonal – também têm importância para o deslinde da questão de se saber se dos conceitos jurídicos indeterminados pode defluir discricionariedade administrativa ou não. O próximo item tratará do ponto.

É de longa data essa discussão. Basta registrar que, já nos fins do século XIX, na Áustria, Edmund Bernatizik e Friedrich Tezner formulavam distintas concepções para os conceitos jurídicos indeterminados. Bernatizik publicou um livro em 1886 defendendo a concepção segundo a qual os conceitos jurídicos indeterminados gerariam discricionariedade ao administrador público[235], no que foi seguido, com algumas modulações, por Walter Jellinek[236] e Walter Schmidt[237].

Desde então, a posição seminal de Bernatzik consolidou-se como teoria da multivalência[238], informada pelo entendimento firmado no sentido de que os conceitos jurídicos indeterminados levam, sempre, a várias respostas corretas, no que se assemelha com os parâmetros gerais da discricionariedade administrativa. Em outras palavras, o administrador público, diante dos conceitos jurídicos indeterminados, opera com uma margem de liberdade oriunda da própria indeterminação do conceito jurídico vertente, cuja consequência mais sensível seria afastar, de certo modo, o controle jurisdicional.

Tezner foi contrário à teorização originária de Bernatizik (que sustentava a correspondência entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa). Para Tezner[239], em obra publicada em 1888, ao contrário, os conceitos jurídicos indeterminados admitiam somente uma única resposta correta, o que abriria as comportas do controle jurisdicional pleno.

---

[235] "Bernatizik partiu da ideia de que a interpretação do direito consistiria em puro silogismo, operação incapaz de assegurar critérios seguros para a definição do sentido dos conceitos indeterminados, devido à extrema complexidade do juízo referente à sua aplicação. Restaria, portanto, a alternativa de reconhecer que a vagueza dos conceitos geraria discricionariedade." (SICCA, 2011, p. 39).

[236] "Poder discricionário é o mesmo que fixação feita por um indivíduo de um conceito indeterminado, especialmente dum conceito de valor prático, no campo marcado por seus próprios limites." (JELLINEK *apud* QUEIRÓ, 1940, p. 33). Todavia, Jellinek entendia que mesmo os conceitos jurídicos indeterminados que cedessem padrões discricionários poderiam ser limitados por um senso comunitário espraiado socialmente.

[237] "Walter Schmidt diferencia a indeterminação resultante da 'incerteza condicionada pela imprecisão da linguagem' e a resultante da 'incerteza de avaliação da situação concreta', e dentre esta, aquela em que o legislador intencionalmente atribui uma margem de livre decisão ao administrador, para que o sentido dos conceitos indeterminados seja preenchido, a seu critério exclusivo, mediante juízos de prognose. Para ele, os conceitos indeterminados de prognose atribuem ao administrador uma 'margem de livre decisão', resultante das incertezas de avaliação da situação concreta, insindicável pelos juízes, o que não ocorre quando se trata de conceitos, cujas incertezas são condicionadas pela imprecisão da linguagem, e por isso mesmo justiciáveis." (MORAES, 1999, p. 63).

[238] "[A teoria da multivalência] sustenta que, na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, constantes das leis, são possíveis várias decisões certas, confundindo-se com a função discricionária [...]." (GUERRA, 2008, p. 56).

[239] "Tezner parte da ideia de que todos os conceitos normativos são conceitos jurídicos, sendo irrelevante a questão de saber se o seu conteúdo é determinável com base na experiência comum, ou só com ajuda de certas ciências técnicas especiais. Não há, assim, para a Administração, qualquer liberdade na apreciação dos conceitos jurídicos que a lei incorpora em si. Mesmo nos casos em que essa liberdade parece existir, por restar à Administração a faculdade de escolher uma de duas atitudes, ainda aí, ela está vinculada por qualquer interesse público específico. E, o interesse público, como qualquer outro conceito jurídico, é uma categoria delimitada." (GROTTI, 1998-1999, p. 72).

A partir da lição de Tezner, firmou-se a teoria da univocidade[240], pela qual não há identidade entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, porquanto nos primeiros somente pode-se extrair uma única resposta adequada ao caso sob análise, ao passo que a segunda caracteriza-se pela multiplicidade de respostas compatíveis com o ordenamento jurídico, sendo quaisquer delas cobertas pelo manto da validade jurídica. A consequência lógica dessa concepção é que os conceitos jurídicos indeterminados podem ser amplamente analisados pelos tribunais, que, inclusive, estão autorizados a modificar a decisão administrativa aplicativa de tais conceitos, no sentido de substituí-la pelo suposto único comportamento possível[241].

Entre a teoria da multivalência e a teoria da univocidade está a teoria da margem de apreciação, formulada por Otto Bachof na década de 1950. Em sua versão original[242], a teoria da margem de apreciação advogou a tese de que existe, nos conceitos jurídicos indeterminados, um campo conceitual que reserva à administração um espaço de estimação de tais conceitos.

Nesse caso, ocorre a primazia da interpretação administrativa[243] – veja-se que é **interpretação**, da qual somente se pode extrair, em consonância com o entendimento

---

[240] "[A teoria da univocidade] [...] expõe o entendimento segundo o qual os conceitos legais indeterminados comportam apenas uma solução válida em conformidade com a lei. Portanto, a decisão seria vinculada e não discricionária." (FARIA, 2011, p. 186).

[241] A teoria da unicidade angariou ampla adesão por parte da jurisprudência e da doutrina germânicas, sendo matizado o rigor de sua aplicação pela excepcional utilização da teoria da margem de apreciação, adiante apresentada. Hoje, todavia, conforme noticia Andreas Krell (2013, p. 35), a teoria da univocidade não mais ostenta a condição de doutrina majoritária na Alemanha.

[242] Segundo Mariano Bacigalupo (1997, p. 136-150), há cinco variações dogmático-metodológicas da teoria da margem de apreciação na Alemanha: (i) a vertente teórico-normativa da margem de apreciação, segundo a qual esta ocorre nas zonas de penumbra dos conceitos jurídicos indeterminados; (ii) a vertente que identifica a margem de apreciação a certos tipos de decisão (exames de concursos, decisões coletivas de órgãos etc.), que é majoritária na Alemanha; (iii) a vertente jurídico-funcional, que vê a margem de apreciação como intrínseca à função administrativa; (iv) a vertente da habilitação normativa, que concebe a margem de liberdade como resultado de autorização por via legal; e (v) a vertente tópica, que recolhe elementos de todas as outras vertentes, enxergando a teoria da margem de apreciação através de quatro *topoi*, a saber, a expertise administrativa, a participação procedimental, a estruturação dos órgãos administrativos e a habilitação normativa. Essas cinco vertentes, portanto, arregimentam argumentos capazes de sustentar a margem de apreciação, o que tem por consectário a moderação do controle jurisdicional.

[243] Discricionariedade administrativa e margem de apreciação não se confundiriam: "[...] há que ter presente que, embora a discricionariedade também passe por uma abertura do **Tatbestand** da norma jurídica administrativa, são diferentes os processos de preenchimento na discricionariedade e na margem de livre apreciação. A decisão de avaliação ou de prognose para efeito do preenchimento valorativo, no caso concreto, de um conceito jurídico indeterminado utiliza uma permissão de **alargamento disjuntivo do Tatbestand**, ou seja, de uma permissão de ampliação do campo de aplicação de uma norma em conjugação com a averiguação do conteúdo semântico desta. Trata-se de verificar que tipos mais concretizados cabem num pressuposto que a norma enuncia de modo altamente abstractizante. Pelo contrário, a decisão discricionária encontra o seu sentido graças a um **alargamento conjuntivo do Tatbestand**: perante a insuficiência dos pressupostos já constantes da norma, há que aditar novo ou novos pressupostos, ou seja, elementos da situação concreta que, nela manifestando interesses relevantes, pesem em favor de um certo sentido de decisão." (CORREIA, 2008, p. 50, grifos do autor). Todavia,

clássico, uma única resposta correta – sobre possível interpretação que o judiciário possa realizar sobre determinado conceito jurídico indeterminado[244].

A preferência hermenêutica do sentido semântico proferido pela administração fundamenta-se nos seguintes argumentos[245]: (i) a administração é quem tem a expertise necessária para tomar a decisão que envolve complexas ponderações técnicas; (ii) a administração é quem tem a experiência necessária para tomar a decisão que não se apresenta como clara para determinado contexto nebuloso; (iii) em casos de decisões irrepetíveis ou insubstituíveis a serem tomadas pelo aparato administrativo, deve-se privilegiar o entendimento daí oriundo (MORAES, 1999, p. 67-68).

A lista de hipóteses nas quais pode incidir a teoria da margem de apreciação é bastante restrita na doutrina alemã, abrangendo: (i) a avaliação e a qualificação de exames e provas de aptidão profissional, fundamentada na expertise administrativa; (ii) a avaliação do rendimento dos agentes administrativos, também fundamentada na expertise administrativa; (iii) decisões tipicamente valorativas tomadas por órgãos colegiados e plurais, fundamentadas no fato de que os pronunciamentos vindos de tais órgãos podem não ser repetidos ou mesmo ser impassíveis de substituição; (iv) no proferimento de juízos prospectivos de índole valorativa, técnica ou político-administrativa, fundamentado na pressuposição do acúmulo de experiência por parte da administração (BACIGALUPO, 1997, p. 129-134).

Em síntese: a teoria da margem de livre apreciação baseia-se no respeito que o judiciário deve ter em relação a assuntos que são mais intimamente ligados à administração pública, donde a predileção inicial pelo discurso administrativo. No entanto, a precedência pela manifestação interpretativa administrativa somente subsiste caso calcada em argumentos convencíveis, o que torna mediano – nem máximo, nem mínimo – o controle jurisdicional.

As três matrizes históricas[246] aqui apresentadas – teoria da multivalência, teoria da unicidade e teoria da margem de apreciação – foram as principais balizas para as possíveis relações entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados.

---

como o próprio Sérvulo Correia (2008, p. 47) aponta, vem ganhando volume o coro dos que identificam margem de livre apreciação e discricionariedade administrativa.

[244] Veja-se o comentário de Martin Bullinger: "[A teoria da margem de apreciação] [surge] como um espaço livre para o prosseguimento de um fim próprio da administração para a legitimação de ampla e oscilante interpretação subjetiva do sentido da lei, no qual o tribunal administrativo deve dar primazia à interpretação feita pela administração, se ela lhe parece defensável." (BULLINGER *apud* GROTTI, 1998-1999, p. 79).

[245] Bem resumidos por Almiro do Couto e Silva: "Nesses casos altamente duvidosos, como a Administração Pública está mais perto dos problemas e, de regra, está mais bem aparelhada para resolvê-los, parece que só a ela deve caber a decisão final, não indo, pois, excepcionalmente, o controle judicial a ponto de modificar ou de substituir a decisão administrativa." (SILVA, 2004, p. 104).

[246] Assim, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, surgida na Alemanha, espraiou-se por vários ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro. Para a colação das posições doutrinárias de autores filiados a

A partir dessas três teorias, firmam-se os seguintes arranjos[247] para a dicotomia discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados: (i) os conceitos jurídicos indeterminados jamais proporcionam faculdades discricionárias ao administrador, tratando-se, portanto, de hipótese de vinculação que afasta qualquer liberdade subjetiva para apreciação do conceito; (ii) os conceitos jurídicos indeterminados podem conceder ou não faculdades discricionárias aos administradores públicos, a depender do tipo de conceito enfrentado ou da zona em que o caso concreto ficou, finalmente, agasalhado; (iii) os conceitos jurídicos indeterminados ostentam o mesmo regime de tratamento da discricionariedade administrativa, de modo que não seriam hipótese de vinculação.

No item (i), adota-se a teoria da univocidade. Por conseguinte, os conceitos jurídicos indeterminados excluiriam a existência de verdadeiros conceitos discricionários. Nesse caso, os conceitos jurídicos indeterminados somente admitiriam uma única resposta correta em relação à indeterminação do conceito por se tratar de hipótese de vinculação.

A coerência metodológica leva ao entendimento de que a discricionariedade administrativa somente pode localizar-se, em relação à estruturação lógica da norma, nas consequências, na estatuição, no preceito ou no comando. Eventual indeterminação que resida na hipótese não seria caso de discricionariedade administrativa, mas sim de conceitos jurídicos indeterminados que, ao admitirem a unidade de solução justa – a hipótese seria sempre vinculada –, preservariam a legalidade do comportamento administrativo.

Isso leva à conclusão de que o judiciário tem ampla possibilidade de análise da decisão tomada pelo administrador, sendo o controle pleno, o que importa em dizer que aquela decisão pode, inclusive, ser substituída pelo judiciário, caso esteja divorciada daquele único parâmetro de decisão apto para resolver o caso.

O alcance e o sentido dos conceitos jurídicos indeterminados seriam apreendidos através de uma mera atividade interpretativa, intelectiva, que não comportaria várias opções para o administrador. Da doutrina estrangeira, é o posicionamento de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (1990)[248], e, na doutrina brasileira, de Eros Roberto Grau (2005)[249].

---

diferentes ordens jurídicas – não se trata, pois, de um autêntico e rigoroso estudo de direito comparado – consultar os estudos de Gerson dos Santos Sicca (2011, p. 37-106), Marcus Vinícius Filgueiras Júnior (2007, p. 45-99) e Leonardo de Araujo Ferraz (2012, p. 106-115).

[247] Tais possibilidades de relacionamento entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados podem ser observadas nos estudos de Dinorá Adelaide Musetti Grotti (1998-1999, p. 103-104) e José Eduardo Martins Cardozo (2005, p. 70).

[248] "[...] com a técnica do conceito jurídico indeterminado, a lei refere a uma realidade cujos limites não aparecem bem precisados no seu enunciado, não obstante o qual é claro que tenta delimitar uma hipótese concreta. [...]. A lei não determina com exatidão os limites desses conceitos porque se trata de conceitos que não

Através do item (ii), prestigia-se, de modo mediato e imediato, a teoria da margem de apreciação. De modo mediato, a teoria é consagrada ao se fazer a distinção entre conceitos empíricos e conceitos de valor: os primeiros, por se referirem a dados da realidade, não comportariam margem de manobra para sua concretização; ao passo que os segundos, por se referirem a conteúdos axiológicos que somente podem ser preenchidos por aquele a quem incumbe a aplicação do conceito, permitiriam a adoção de padrões de decisão tipicamente discricionários. Os conceitos jurídicos indeterminados empíricos seriam caso de vinculação; os conceitos jurídicos indeterminados valorativos seriam caso de discrição. Da doutrina estrangeira, é a posição de Afonso Rodrigues Queiró (1940)[250], e, da doutrina brasileira, de Regina Helena Costa (1989)[251].

---

admitem uma quantificação ou determinação rigorosas, porém em todo caso, é manifesto que se está referindo a uma hipótese da realidade que, não obstante a indeterminação do conceito, admite ser determinado no momento da aplicação. A lei utiliza conceitos de experiência (incapacidade para o exercício de suas funções, premeditação, força irresistível) ou de valor (boa-fé, padrão de conduta do bom pai de família, justo preço), porque as realidades referidas não admitem outro tipo de determinação mais precisa. Porém, ao estar referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito, ou há boa-fé ou não há; ou o preço é justo ou não é; ou faltou-se à probidade ou não se faltou. *Tertium no datur*. Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma 'unidade de solução justa' em cada caso concreto." (FERNÁNDEZ; GARCÍA DE ENTERRÍA, 1990, p. 393). Mas e se, na aplicação do conceito, este estiver, mesmo assim, na zona de penumbra? Respondem os autores: "Em último extremo, com esse julgamento final, o juiz reduz a 'zona de incerteza' e **reconduz** o caso concreto a uma das duas zonas de certeza, a positiva ou a negativa, que é exatamente o mesmo que faz frente a todo problema interpretativo, porque a existência de incerteza, de imprecisão ou de dúvidas, é consubstancial em todo litígio" (FERNÁNDEZ; GARCÍA DE ENTERRÍA, 1990, p. 397, grifo acrescido). Esse entendimento, originariamente apresentado por García de Enterría (1974, p. 35) foi posteriormente reafirmado por Tomás-Ramón (2002, p. 105).

[249] "Então é certo, nítido como a luz solar passando através de um cristal (bem polido): a superação da indeterminação (o preenchimento) dos 'conceitos indeterminados' se opera no campo da interpretação, não no campo da discricionariedade; importa a formulação de juízo de legalidade, não de juízo de oportunidade." (GRAU, 2005, p. 329, grifos do autor). Acompanham a perspectiva de Grau, Vladimir da Rocha França (2000, p. 109) e Rita Tourinho (2004, p. 324-325).

[250] "Quando, pois, o conceito legal relativo às condições-de-facto requeridas para o exercício duma determinada competência é um conceito prático [valorativo] susceptível duma série mais ou menos determinada de sentidos entre si diferentes, estamos no domínio da competência discricionária dos órgãos administrativos. [...]. Quando essas condições, pelo contrário, são enunciadas em conceitos teoréticos [empíricos] (supondo uma 'Gesetzlichkeit' da natureza), então incumbe ao órgão administrativo determinar exactamente o conceito e os factos, e só quando a subsumpção dos factos no conceito legal fôr precisa êle deverá agir: sua competência está vinculada à verificação no domínio da realidade natural dum facto cujos contornos são exactamente os implícita ou explícitamente delineados nesse conceito." (QUEIRÓ, 1940, p. 31).

[251] "Destarte, para nós, a menção a conceitos indeterminados pela lei pode ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária à Administração Pública. Pensamos que a solução à questão só pode ser fornecida casuisticamente, tendo em vista o tipo de conceito empregado pela norma. Se não, vejamos. Os conceitos jurídicos indeterminados podem ser classificados em conceitos de experiência e conceitos de valor. E, conforme pretendemos demonstrar, entendemos que, quando se tratar de conceitos de experiência, o administrador, após socorrer-se do processo interpretativo, torna preciso o conceito, não lhe restando qualquer margem de liberdade de escolha de seu significado. Quando estivermos diante de conceitos de valor, diversamente, caberá àquele, terminada a interpretação, uma vez restando ainda um campo nebuloso do conceito que esta não foi suficiente para eliminar, definir o conceito por intermédio de sua apreciação subjetiva, que outra coisa não é que a própria discricionariedade." (COSTA, 1989, p. 48). No mesmo sentido, fazendo a distinção entre tipos de conceito com

Por outro lado, a teoria da margem de apreciação é contemplada, de modo imediato, quando se constata que, apesar de todos os esforços interpretativos do administrador em tornar o conceito indeterminado em determinado – a tentativa de saber se o conceito está em algumas das zonas de certeza (positiva ou negativa) –, o conceito insiste, no contexto em que deve ser aplicado, em permanecer na zona de incerteza ou zona de penumbra[252].

Circunscrito, apesar de todos os intentos de tornar claro o conceito obscuro, na zona de incerteza, o conceito jurídico indeterminado concederia liberdade discricionária ao administrador público, o que teria por consectário a assimilação dos regimes jurídicos[253] (dos conceitos jurídicos e da discricionariedade), cujo principal efeito é a minimização do controle levado a cabo pelo poder judiciário. É a posição, na doutrina estrangeira, de Miguel Beltrán de Felipe (1995)[254] e, no Brasil, de Celso Antônio Bandeira de Mello (1996)[255].

Em resumo: seja focando-se no tipo de conceito – valorativo ou empírico –, seja respeitando a zona em que o conceito encontra-se no caso concreto – positiva, negativa ou de penumbra –, essas duas vertentes prelecionam que os conceitos jurídicos indeterminados

---

o fito de saber se deles pode-se defluir discricionariedade ou não, estão os estudos de José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 32), Emerson Garcia (2005, p. 220-221) e Andreas Krell (2013, p. 48).

[252] Os conceitos jurídicos indeterminados valorativos seriam aqueles mais resistentes à tentativa de determinação empírica.

[253] Para Bacigalupo (1997, p. 205-206), nesse caso, discricionariedade e conceito jurídico indeterminado não se diferenciariam qualitativamente, na medida em que ambas as figuras seriam técnicas de aperfeiçoamento de supostos de fato imperfeitos – indeterminados ou inacabados. Ou seja, conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa seriam exemplos de técnicas legislativas de normas detentoras de textura aberta, carecedoras de complementação (KRELL, 2013, p. 48).

[254] "Trata-se [a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados] de um importantíssimo avanço na teoria geral do Direito e em sua aplicação ao Direito administrativo, porém sua utilização ante determinadas realidades não deixa de levantar dúvidas desde o momento em que se admite a existência de uma 'zona de penumbra' (*Begriffshof*: Jesch) em que permaneceria uma margem de apreciação em mãos da Administração (*Beurteilungsspielraum:* Bachof), que em ocasiões [como tal] pode ser muito dificilmente controlável pelos tribunais." (BELTRÁN DE FELIPE, 1995, p. 39-40, tradução nossa). (No original: "Se trata de un importantísimo avance en la teoría general del Derecho y en su aplicación al Derecho administrativo, pero su utilización ante determinadas realidades no deja de plantear dudas desde el momento en que se admite la existência de una 'zona de penumbra' (*Begriffshof*: Jesch) en la que permanecería un margen de apreciación en manos de la Administración (*Beurteilungsspielraum:* Bachof) que en ocasiones puede ser muy difícilmente controlable por los tribunales.").

[255] "Logo – é esta a conclusão até aqui – **a discricionariedade ensejada pela fluidez significativa do pressuposto ou da finalidade da norma cingir-se-á sempre ao campo de ineliminá veis dúvidas sobre o cabimento dos conceitos utilizados pela regra de direito aplicanda**. Fora daí não haverá discricionariedade, mas, vinculação." (MELLO, 1996, p. 31-32, grifos do autor). É bem verdade que Bandeira de Mello não faz menção, nessa colação, a zona de incerteza ou a margem de apreciação, mas, de modo geral, a uma análise casuística dos conceitos indeterminados. Contudo, tal análise casuística contempla a noção de zona de incerteza: se, no caso concreto, restarem dúvidas – zona de incerteza – há discricionariedade para o administrador. Além de Bandeira de Mello, pode-se citar Dinorá Adelaide Musetti Grotti (1998-1999, p. 108) como exemplo de quem, afeita a uma análise contextual do conceito, pode ser incluída dentre aqueles que veem a zona de incerteza como atributiva de discricionariedade administrativa.

podem[256] ou não conceder discricionariedade ao administrador durante o processo de sua aplicação: (i) se o conceito é empírico, não há discricionariedade; (ii) se o conceito é valorativo, há discricionariedade, concedendo à administração **certa** margem de apreciação; (iii) se o conceito está em zonas de certeza positiva ou negativa, não há discricionariedade; (iv) se o conceito está na zona de incerteza, há discricionariedade, concedendo à administração uma **autêntica** margem de apreciação.

Por fim, o item (iii) corresponde à teoria da multivalência. Nesse sentido, os conceitos jurídicos indeterminados não se diferenciariam da discricionariedade administrativa, o que implica aceitar que, na aplicação dos conceitos indeterminados, surgem para o administrador várias possibilidades de decisão, sendo que, qualquer que seja a indicada pelo agente, estará protegida pelo manto da validade jurídica. A operação de aplicação do conceito jurídico indeterminado é volitiva, o que significa dizer que a vontade do administrador público tem peso substancial na configuração concreta do conceito.

Se a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados confunde-se com a discricionariedade administrativa, a consequência é que, nos dois casos, o controle jurisdicional fica tolhido, tornando-se, portanto, meramente formal. Dentre a bibliografia compulsada, não se tem notícia de quem, da doutrina estrangeira, adote tal entendimento; no Brasil, existe adesão inequívoca de Onaldo Franco Jannotti (2012)[257].

Se os regimes da discricionariedade administrativa e dos conceitos jurídicos indeterminados são equivalentes, pode-se concluir que, no que tange à localização da discricionariedade na configuração lógico-normativa, ela pode surgir tanto da hipótese quanto do mandamento.

Esse é, um tanto quanto fragmentado e obscuro, o panorama doutrinário. Ao se passar para a jurisprudência, em especial a brasileira, o cenário torna-se ainda mais confuso. Na verdade, não se conhece, ao certo, qual o pensamento da jurisprudência brasileira sobre os conceitos jurídicos indeterminados e sua relação com a discricionariedade administrativa.

Gerson dos Santos Sicca (2011, p. 158) diz que a jurisprudência predominante encara os conceitos jurídicos indeterminados como manifestações normativas de prerrogativas discricionárias concedidas ao administrador; já Leonardo de Araújo Ferraz (2012, p. 127)

---

[256] Se os conceitos jurídicos indeterminados podem conceder poderes discricionários ao administrador, é evidente que a discricionariedade, nessa hipótese, pode encontrar-se tanto na hipótese quanto no preceito normativo.

[257] "Temos, pois, por indisputável que a aplicação de conceitos indeterminados pela Administração configura o exercício de ação discricionária." (JANNOTTI, 2012, p. 1.206).

emite juízo no sentido de que, na jurisprudência pátria, a tendência é apartar os fenômenos dos conceitos jurídicos indeterminados e da discricionariedade administrativa.

Dois estudos, portanto, em sentidos contrários. A análise jurisprudencial da temática dos conceitos jurídicos indeterminados pressupõe uma profunda e complexa investigação, isso porque se deve saber, de antemão, quais seriam as expressões que precisam ser consideradas "conceitos jurídicos indeterminados", para depois saber se a posição jurisprudencial é no sentido de atribuir-lhes padrão discricionário ou vinculado.

De qualquer forma, a intuição diz que, no Brasil, dois dados reforçam a tese de que os conceitos jurídicos indeterminados confeririam discricionariedade ao administrador: (i) a influência do pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello no direito administrativo nacional, que condicionou e continua a condicionar grande parte do pensamento jurídico-administrativo brasileiro, e (ii) o fato de que a temática que envolve os conceitos jurídicos indeterminados não logrou, por aqui, grande desenvolvimento teórico, o que acaba por estimular confusões entre uma figura e outra.

3.3 Unanimidade, controvérsia e imprecisão: o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa e do mérito administrativo

A discricionariedade administrativa não se dá em um vazio jurídico: o universo normativo fornece pautas capazes de condicionar a vontade administrativa que acompanha a margem de liberdade normativamente consentida ao administrador público no desempenho de faculdades discricionárias.

A lei é, assim, de forma concomitante, a origem e o limite da atividade discricionária administrativa. Se, por um lado, somente da lei podem decorrer liberdades discricionárias, o que se justifica em razão de uma miríade de argumentos (principalmente o fato de que o legislador não tem capacidade prospectiva de normatizar todos os fatos sociais de maneira pormenorizada), por outro, isso não significa uma liberdade discricionária cabalmente desassistida de critérios (que implicaria uma autêntica libertinagem impregnada de conotações arbitrárias), haja vista que, em última análise, o poder discricionário conferido à administração somente pode ser manejado com o fito de consagrar o interesse público que necessariamente, ainda que de forma implícita (mas inequívoca), fornece os cânones de uma legítima atuação administrativa.

O ponto cardeal da discricionariedade administrativa, do qual não se pode jamais se afastar, é a lei, que impede que o administrador público se perca em meio às tentações do

poder, do autoritarismo, da arbitrariedade. Onde há liberdade normativamente vigiada, há parâmetros; onde há parâmetros, ocorre o ensejo do controle voltado para prevenir e reprimir comportamentos desviantes daqueles parâmetros.

O controle é conceitualmente inafastável da discricionariedade administrativa: esta não pode existir, ao menos no mundo das ideias, sem aquele. Isso é **unanimidade** entre os estudiosos da discricionariedade administrativa. **Deve-se controlar a conduta administrativa exercida com apoio em poderes discricionários**. **Mas até onde pode ir esse controle**? Qual o limite entre o controle saudável e o controle sufocante? Isso é bastante **controverso** entre os estudiosos da discricionariedade administrativa, havendo aqueles que se posicionam favoravelmente a um controle mais assertivo, bem como aqueles que são partidários de um controle mais retraído, moderado[258]. O fato de discricionariedade e mérito serem figuras distintas – apesar de entrelaçadas na mesma ambiência – permite fazer diferenças quanto ao respectivo controle? Controlar a discricionariedade administrativa é o mesmo que controlar o mérito do ato administrativo dotado de padrões discricionários? Essa é uma **imprecisão** que grande parte de nossa doutrina e nossa jurisprudência (e mesmo as estrangeiras) ainda não se deram conta.

É, pois, entre certezas e incertezas que se encontra a análise do controle da discricionariedade administrativa – ou, se assim for deveras pertinente, do mérito do ato administrativo discricionário. Pincelada essa introdução, inicialmente será feito um breve bosquejo dos aspectos da atividade de controle; em seguida, será explorado o controle da discricionariedade administrativa; por fim, será apresentado o controle do mérito do ato administrativo.

3.3.1 *Controle sobre a administração pública: aspectos gerais*

A palavra "controle" comporta várias significações: dominação, direção, limitação, vigilância ou fiscalização[259], verificação, registro (MEDAUAR, 1993, p. 14-16). Cada uma

---

[258] Quando se depara com a questão do controle judicial da discricionariedade administrativa, o questionamento a ser enfrentado pode ser assim colocado: quem tem a palavra final sobre o exercício da discricionariedade administrativa, o administrador ou o juiz? No direito brasileiro, esse antagonismo pode ser vislumbrado no confronto entre os que privilegiam o art. 2º da Constituição Federal (a palavra final caberia ao administrador) e os que se agarram ao art. 5º, XXXV, também da Constituição de 1988 (a palavra final caberia ao juiz).

[259] Sérgio de Andréa Ferreira delimita os sentidos de controle e fiscalização do seguinte modo: "**Com efeito, o vocábulo controle, que é empregado, em geral, em sentido lato, comporta essas duas espécies básicas – o controle *stricto sensu* e a fiscalização –, que, por sua vez, aparecem no desdobramento dos três poderes estatais primários: a legislação, a jurisdição e a execução**. O **controle em sentido estrito** envolve uma participação do controlador na atividade controlada; a **fiscalização** posiciona-se exteriormente em relação a essa.

dessas acepções, contudo, é capaz de captar, cada qual à sua maneira, a atividade de controle que recai sobre a atuação administrativa.

Desse modo, o controle, no que tange especificamente à administração pública, traduz-se na operação da constatação, pelos órgãos e entidades competentes, de que a atividade administrativa desenvolveu-se em conformidade com os parâmetros[260] previstos no ordenamento jurídico[261].

O controle, nessa medida, conforme aponta Jessé Torres Pereira Junior (2012, p. 82), tem três funções primordiais: (i) corretiva, visando a tornar legal o eventual comportamento desviante dos padrões normativos, levando, se for o caso, a punições; (ii) preventiva, como forma de impedir com que comportamentos desviantes possam reiterar-se nas práticas administrativas; e (iii) construtiva, no sentido de que o controle permite a criação e o aperfeiçoamento de instrumentos capazes de coibir os comportamentos administrativos desviantes.

Essas funções do controle, acima apontadas, sugerem os benefícios que a atividade de vigilância proporciona, mas não indicam a razão de se controlar a atividade administrativa. A própria noção de administração demonstra a necessidade impostergável de controle sobre a atuação administrativa. Como se viu, a função administrativa caracteriza-se pelo fato de que o administrador público recebe poderes instrumentais direcionados para a realização de interesses que não lhe são próprios, mas de toda a coletividade[262].

Destarte, o **controle em sentido próprio** (**controle direto**) importa a ingerência, a coparticipação na atividade controlada, como a do superior hierárquico em relação ao subordinado. A **fiscalização** (**controle indireto**) é exterior com referência à atividade fiscalizada, como no caso da convocação de Ministros de Estado pelo Congresso Nacional.". (FERREIRA, 1998, p. 384, grifos do autor). Apesar de dar maior precisão aos termos, adota-se aqui a fiscalização como uma faceta impostergável da atividade de controle, ou seja, não existiria uma diferença substancial entre controle e fiscalização.

[260] Ora, o controle somente pode existir quando presentes marcos delimitativos que devem enquadrar a atuação administrativa. Se esta pudesse desenvolver-se livre de qualquer tipo de peia ou recomendação, baseando-se tão somente no arbítrio administrativo, o controle não se faria necessário: controlar o que à luz de quê?

[261] Para conceituações mais completas de controle da administração pública: "[...] controle da administração é a possibilidade de verificação, inspeção, exame, pela própria Administração, por outros Poderes ou por qualquer cidadão, da efetiva correção na conduta gerencial de um Poder, órgão ou autoridade, no escopo de garantir atuação conforme aos modelos desejados e anteriormente planejados, gerando uma aferição sistemática" (GUERRA, 2005, p. 90); "Controle da Administração Pública é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado." (MEDAUAR, 1993, p. 22).

[262] Clássicas as palavras de Ruy Cirne Lima: "Exprime-se, [...], pela palavra **administração**, conceito antagônico ao de propriedade. Propriedade 'lato sensu' pode dizer-se o direito que vincula à nossa vontade ou à nossa personalidade um bem determinado em tôdas as suas relações. Opõe-se a noção de administração à de propriedade nisto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém, à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir. [...]. Em direito público designa, também a palavra **administração** a atividade do que não é senhor absoluto." (LIMA, 1987, p. 20-21, grifos do autor).

O controle, seja de que tipo for, é o modo pelo qual se aufere a relação de fidelidade entre a manifestação de vontade externada pelo administrador no desempenho da função administrativa e a vontade geral externada pela lei oriunda da função legislativa, denunciando e embargando, desse modo, eventuais tentativas de assenhoramento ou mau uso da coisa pública[263] pelo apetite volitivo do agente administrativo.

Controla-se porque o administrador não é livre – nem mesmo quando respaldado por competências discricionárias – para fazer o que bem entender, na medida em que subsistem critérios normativos capazes de orientar sua conduta na busca pela contemplação do interesse público. Logo, o controle justapõe-se entre a atuação administrativa e as pautas normativas que devem conduzi-la, auferindo, destarte, a relação de sintonia jurídica entre uma e outras.

De várias formas pode-se controlar a atuação administrativa. Conforme sistematização de Evandro Martins Guerra (2005, p. 90-97), o controle classifica-se[264] quanto: (i) ao órgão que o exerce, podendo ser administrativo, legislativo ou judicial; (ii) à localização do controlador, podendo ser interno, externo ou social; (iii) ao momento em que se efetua o controle, podendo ser prévio, concomitante ou posterior; e (iv) quanto à extensão do controle, que pode ser de legalidade ou de mérito.

O controle administrativo, ou autocontrole, é aquele exercido pela administração pública sobre si mesma[265]. Ou seja, o próprio aparato administrativo tem o dever de analisar se seus comportamentos encontram-se em conformidade com os padrões normativos informativos da juridicidade administrativa[266]. O controle administrativo pode dar-se de

---

[263] Pode-se dizer que o controle é uma consequência da própria noção de república (acolhida pela Constituição de 1988 em seu art. 1º), como deduz Geraldo Ataliba: "Deveras, o princípio republicano não é meramente afirmado, como simples projeção retórica ou programática. É desdobrado em todas as suas consequências, ao longo do texto constitucional: inúmeras regras dando o conteúdo exato e a precisa extensão da tripartição do poder; mandatos políticos e sua periodicidade, implicando alternância no poder; responsabilidade dos agentes públicos, proteção às liberdades públicas; prestação de contas; **mecanismos de fiscalização e controle do povo sobre o governo, tanto na esfera federal como estadual ou municipal**; a própria consagração dos princípios federal e da autonomia municipal etc." (ATALIBA, 2011, p. 27, grifos acrescidos).

[264] Carlos Pinto Coelho Mota (2012, p. 57-56) faz interessante distinção quanto à classificação dos controles: eles poderiam ser formais (ações ordinárias, mandado de segurança, ação popular, contencioso administrativo, tribunal de contas, corregedoria e auditoria, câmara, conselho municipal de educação etc.) e informais (Instituto dos Advogados do Brasil, Ordem dos Advogados do Brasil, audiências públicas, associações comunitárias, igreja e imprensa etc.).

[265] Tal controle é consubstanciado, no direito brasileiro, na Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal (STF), vazada nos seguintes termos: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial" (BRASIL, 1969).

[266] "Controle administrativo é todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando a mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas de sua realização, pelo que é um controle de **legalidade**, de **conveniência** e de **eficiência**." (MEIRELLES, 2012, p. 69, grifos do autor).

ofício, mediante atitude espontânea[267] da autoridade competente, ou através de provocação do interessado, mediante recursos administrativos (representações, reclamações, pedidos de reconsiderações).

O controle legislativo, por sua vez, refere-se ao controle realizado pelo parlamento sobre a atuação administrativa no sentido de investigar se a atuação administrativa foi consentânea ou não às aspirações políticas da sociedade[268]. É exercido, nesse sentido, pelo Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), pela Câmara Distrital, pelas Assembleias Legislativas e pelas Câmaras Municipais, sendo secundados, quanto à atividade financeira das administrações públicas, pelos Tribunais de Contas[269].

Por fim, tem-se o controle judicial. O controle judicial é aquele realizado pelos órgãos do poder judiciário com o fito de analisar a legalidade da atuação administrativa[270]. Porém, de duas formas pode-se organizar o controle judicial incidente sobre os comportamentos administrativos.

Pela jurisdição una ou judicialista, de origem anglo-saxônica, as demandas que envolvam contendas administrativas são analisadas pelo judiciário comum; pela jurisdição especial ou dupla[271], de origem francesa, criam-se órgãos jurisdicionais administrativos com

---

[267] Nesse caso, a ilegalidade ou inconveniência do ato pode ser constatada pela própria autoridade que editou o ato ou por superior hierárquico a ela.

[268] Alerta Alberto Ramon Real: "Dado seu caráter político e a influência do regime de partidos, este controlador da Administração está muito degradado e nunca poderia cobrir, em forma sistemática, as necessidades de uma grande administração moderna, cuja complexidade e tecnicismo escapam à competência e às possibilidades de trabalho dos parlamentares, absorvidos por seu trabalho legislativo e político. Não obstante, os pedidos de informação, as interpelações e as comissões investigadoras, podem, em certas circunstâncias políticas, exercer uma ação especialmente preventiva e exemplar e suscitar o zelo dos hierarcas e controladores administrativos para corrigir os defeitos identificados." (RAMON REAL, 2012, p. 30, tradução nossa). (No original: "Dado su carácter político y la influencia del régimen de partidos, este contralor de la Administración está muy venido a menos y nunca podría cubrir, en forma sistemática, las necesidades de una gran administración moderna, cuya complejidad y tecnicismo escapan a la competencia y a las posibilidades de trabajo del os parlamentarios, absorbidos por su quehacer legislativo e político. No obstante, los pedidos de informes, las interpelaciones y las comisiones investigadoras, pueden, en ciertas circunstancias políticas, ejercer una acción especialmente preventiva y ejemplar y suscitar el celo de los jerarcas y controladores administrativos por corregir los defectos señalados.").

[269] Conferir os arts. 49, X, 58 e 70 a 75, todos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2007, p. 55/61/67-70).

[270] "Quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver as situações contenciosas entre a Administração Pública e os indivíduos, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas. Os conflitos tomam, então, a forma de pleitos judiciais, estabelecendo-se o debate em torno da situação jurídica, de modo que seja possível esclarecer, definir e precisar com quem se acha a razão. Se com o Estado, negando direitos do administrado ou dele exigindo prestações, se com o próprio administrado, quando pede o reconhecimento de direitos, ou se revela insubmisso, alegando ilegalidade no procedimento administrativo." (FAGUNDES, 2010, p. 133).

[271] Conforme adverte Jorge Silva Censio (2012, p. 112), para que haja autêntica jurisdição especial não basta a criação de órgãos especiais: é necessário, ademais disso, que o contencioso administrativo forme um todo hierárquico cuja cúspide – o tribunal supremo administrativo – seja independente do tribunal supremo judicial. Desse modo, as decisões prolatadas pela jurisdição administrativa não poderiam ser revistas pela jurisdição comum, sendo acobertadas pelo manto da coisa julgada.

competência exclusiva para analisar as lides que envolvam administração pública e cidadãos-particulares[272].

> Pelo primeiro sistema, tem lugar a apreciação das atividades administrativas do Estado, seja no âmbito do direito privado, seja no do direito público, por meio do Poder Judiciário, ou, em outras palavras, toda ou quase toda a matéria do contencioso administrativo incide no seu conhecimento como órgão jurisdicional. Por isso é denominado, também, sistema de **jurisdição única**. [...]. O outro sistema (chamado **jurisdição dúplice**, por oposição ao primeiro) implica um controle exercido mediante tribunais especialmente instituídos para as situações contenciosas em que seja parte a Administração. Os atos administrativos não se submetem de modo algum, ou se submetem em número reduzido, ao Poder Judiciário. Para o seu controle existe, ao lado da jurisdição comum, uma outra, a administrativa, que nela participa absorventemente. (FAGUNDES, 2010, p. 140-141, grifos do autor).

O Brasil, à luz do que dispõe o art. 5º, XXXV[273], da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2007, p. 9), manteve a tradição da jurisdição única ou comum, de modo que todas as controvérsias que envolvam o aparato administrativo pátrio são endereçadas ao poder judiciário[274], não havendo, portanto, órgãos administrativos de julgamento capazes de emitir decisões dotadas de coisa julgada.

Quanto à localização do controlador, o controle pode ser interno ou externo. Será interno quando o órgão controlador inserir-se no interior da estrutura administrativa que se

---

[272] Mesmo os dois grandes sistemas têm gradações internas. Veja-se: "A) Sistema de jurisdição única. I) Com competência atribuída ao foro geral dentro do Poder Judicial: o sistema é originário da Inglaterra e passou aos Estados Unidos com a particularidade, neste último país, de a organização federal e sua correlativa estrutura de tribunais federais que interveem quando é parte a Administração nacional ou uma de suas entidades; II) Com competência atribuída a um foro especial dentro do Poder Judicial: é o caso da Espanha. B) Sistema de dupla jurisdição. I) Com atribuição de competência baseada na matéria da controvérsia: assim ocorre na França, donde, como regra geral, a jurisdição administrativa intervém quando a atividade estatal questionada constitui um serviço público, enquanto que as demais causas em que a Administração é parte correspondem à jurisdição judicial; II) Com atribuição de competência baseada na situação invocada pelo autor: é o sistema italiano, que designa à jurisdição judicial as controvérsias nas quais o particular invoca um direito subjetivo e à administrativa as que compreendem interesses legítimos." (MAIRAL, 1984, p. 17-18, tradução nossa). (No original: "A) Sistema de jurisdicción única. I) Con competencia atribuída al fuero general dentro del Poder Judicial: el sistema es originario de Inglaterra y pasó a los Estados Unidos con la particularidad, en este último país, de la organización federal y su correlativa estructura de tribunales federales que intervienen cuando es parte la Administración nacional o una de sus entidades; II) Con competencia atribuída a un fuero especial dentro del Poder Judicial: es el caso de España. B) Sistema de doble jurisdicción. I) Con atribución de competencia basada en la materia de la controvérsia: así ocurre en Francia, donde, como regla general, la jurisdicción administrativa interviene cuando la actividad estatal cuestionada constituye un servicio público, mientras que las demás causas en que la Administración es parte corresponden a la jurisdicción judicial; II) Con atribución de competencia basada en la situación jurídica invocada por el actor: es el sistema italiano, que asigna a la jurisdicción judicial las controvérsias en las cuales el particular invoca un derecho subjetivo y a la administrativa las que comprenden intereses legítimos.").

[273] "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]; XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"; [...]" (BRASIL, 2007, p. 5/9).

[274] "A Constituição brasileira de 1988, embora inspirada nas constituições portuguesa e espanhola, manteve, com mais rigidez do que as constituições anteriores, a jurisdição unitária." (FARIA, 2011, p. 211).

deve controlar. Assim, todos os poderes – executivo, legislativo e judiciário –, relativamente às suas atividades administrativas, têm instrumentos de controle próprios incidentes sobre seus agentes e os atos por eles praticados, estando previstos no art. 74 da Constituição Federal[275]. Pelo que se vê, o controle interno é um controle administrativo.

Já o controle externo é aquele realizado por órgão controlador que não se encontra integrado à estrutura administrativa que deve ser controlada. Basicamente é o controle exercido pelo judiciário sobre as atuações administrativas dos outros poderes, bem como o controle político do legislativo, abarcando, também, quanto à atividade financeira, o auxílio prestado pelos tribunais de contas.

O controle social é aquele difusamente realizado pela sociedade. Na medida em que a função administrativa está voltada para a gestão de interesses sociais, nada mais natural que a sociedade ter a sua disposição mecanismos direcionados para a verificação da regular atuação administrativa.

Na Constituição, esses mecanismos são os seguintes: (i) direito de petição e de reclamação (art. 5º, XXXIV); (ii) mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX); (iii) *habeas data* (art. 5º, LXXII); (iv) participação dos trabalhadores em órgãos públicos que tratem de seus interesses profissionais e previdenciários (art. 10); (v) plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei (art. 14, I a III); (vi) possibilidade de apreciação das contas municipais (art. 31, § 3º); (vii) possibilidade de denúncia ao tribunal de contas (art. 74, § 2º); (vii) legitimidade de sindicatos e entidades de classe para a propositura de Adin (art. 103, IX); (viii) gestão democrática do ensino (art. 206, VI), dentre muitos outros espraiados pelo ordenamento jurídico (GUERRA, 2005, p. 95).

Quanto ao momento em que se realiza o controle, pode ser prévio, concomitante ou posterior. O controle é prévio quando efetuado antes da realização do comportamento administrativo, visando, portanto, a prevenir ilegalidades; é concomitante quando contemporâneo ao desenvolvimento do comportamento administrativo, permitindo, assim, a ágil reparação de eventuais irregularidades praticadas; por fim, é posterior quando se dá após a prática do ato administrativo, podendo vir a confirmá-lo, caso legal, ou infirmá-lo, caso ilegal.

No que respeita à extensão, o controle pode ser de legalidade ou de mérito. O controle é de legalidade quando visa tão somente a analisar se a conduta administrativa

[275] Sobre o art. 74, veja-se o comentário de Lúcia Valle Figueiredo: "Claro está que, a maioria dos incisos arrolados vai atinar, de maneira mais completa, com o Poder Executivo. Porém, quando o Legislativo e o Judiciário exercem função administrativa, também devem exercer controle interno dentro dos limites de suas próprias atribuições." (FIGUEIREDO, 1991, p. 15).

respeitou os parâmetros legais que devem balizá-la. Já o controle de mérito refere-se à verificação de se o ato foi, de fato, oportuno e/ou conveniente em determinado contexto. Nesse sentido, classicamente, entende-se o controle administrativo como controle de legalidade e de mérito, o controle jurisdicional exclusivamente como controle de legalidade e o controle parlamentar como controle de legalidade e de mérito.

Feitas essas observações propedêuticas sobre o controle que deve incidir sobre a atividade administrativa, deve-se analisar qual a compostura do controle judicial[276] em relação à discricionariedade administrativa e ao mérito do ato administrativo discricionário, investigando-se os efeitos que decorrem de um e de outro, a se manter, como deseja a dissertação, a distinção entre discricionariedade e mérito da discricionariedade[277].

3.3.2 *Controle judicial da discricionariedade administrativa*

O primeiro ponto a se ressaltar é a necessidade de apartar os dois tipos de controle possíveis nessa sede: o controle judicial da atribuição normativa da discricionariedade administrativa e o controle judicial do exercício da discricionariedade administrativa.

O controle judicial da atribuição normativa da discricionariedade administrativa atina à liberdade do legislador de conceder prerrogativas discricionárias ao administrador público. Ou seja: qual a extensão da liberdade do legislador em conferir liberdade de decisão à administração?

A questão imbica-se com o próprio controle do exercício da discricionariedade administrativa. Isso porque uma liberdade discricionária deveras ampla, oriunda de uma programação normativa bastante rarefeita, não oportuniza ao judiciário, pela obscuridade dos parâmetros, um controle efetivo do exercício da discricionariedade administrativa; a intensidade do controle judicial de exercício depende, obviamente, da densidade normativa da atribuição da discricionariedade administrativa.

Nessa medida, o controle da atribuição normativa da discricionariedade administrativa envereda-se para o âmbito do controle de constitucionalidade das leis: a

---

[276] Claro, também o controle parlamentar e o controle administrativo voltam-se para a discricionariedade administrativa e o mérito administrativo. Todavia, o controle judicial é, nesse ponto, mais interessante na medida em que envolve problemas mais agudos do que os demais tipos de controle.

[277] Relembre-se que discricionariedade administrativa e mérito do ato discricionário não se confundem: a discricionariedade é uma técnica de integração normativa de dispositivos normativos caracterizados pela textura aberta da linguagem; já o mérito refere-se ao resultado mesmo daquela técnica de integração normativa, designando a decisão discricionária que resplandece o conteúdo político do ato. Controlar a discricionariedade não é o mesmo, portanto, que controlar o mérito da discricionariedade.

deficiência da regulação normativa mínima, a cargo do legislador, importa em (i) vulneração do princípio da legalidade, pedra de toque para a existência de um genuíno Estado de Direito, e (ii) comprometimento do controle judicial de exercício da discricionariedade administrativa, pedra de toque para a manutenção de um genuíno Estado de Direito.

Infelizmente, a doutrina brasileira ainda não realizou estudos no sentido de investigar até onde a atribuição de faculdades discricionárias pode ser admitida na realidade pátria frente à arquitetônica constitucional de 1988[278]. De qualquer forma, pode-se dizer, acompanhando Mariano Bacigalupo (1997, p. 240-241), que a atribuição normativa de discricionariedade administrativa não pode inviabilizar o controle judicial de seu exercício, o que, no contexto brasileiro, traduz-se na exigência de não se debilitar a garantia fundamental à inafastabilidade da tutela judicial prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2007, p. 9).

Já o controle judicial do exercício da discricionariedade administrativa encontra-se melhor delineado – no direito estrangeiro e no direito brasileiro. A evolução do controle judicial[279] sobre a discricionariedade variou, com o passar do tempo, entre a ausência absoluta de controle e um "certo" controle.

Inicialmente, era terminantemente vedado ao judiciário analisar o comportamento administrativo desenvolvido com amparo na discricionariedade administrativa. Tal postura lastreava-se, essencialmente, na ideia de que a discricionariedade administrativa consistia em um espaço decisório alheio ao direito e, por conseguinte, refratário a qualquer espécie de controle que não fosse aquele realizado pela própria administração[280].

Bastante ilustrativo desse entendimento inicial é o art. 10 da Lei francesa n. 16, de 24 de agosto de 1790, que assim dispunha: "As funções judiciárias são distintas e ficarão separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação,

---

[278] Essa não é, contudo, uma deficiência exclusivamente brasileira: dos estudos estrangeiros compulsados para a feitura desta dissertação, somente Mariano Bacigalupo (2007, p. 219-250) e Miguel Beltrán de Felipe (1995, p. 189-196) tocaram no ponto. Mas o fato de ambos os proponentes citados serem espanhóis não é casual. É que a temática da discricionariedade administrativa, no direito espanhol, é bastante influenciada pela dogmática alemã; a investigação sobre a atribuição normativa de discricionariedade administrativa tem seu auge, precisamente, na doutrina germânica.

[279] O progressivo processo de juridicização da discricionariedade administrativa, com a correlata expansão do controle judicial, deve-se a esforço de duas grandes tradições jurídicas do direito administrativo: o direito francês e o direito alemão.

[280] "Na concepção clássica de discricionariedade permeia uma idéia de escolha livre, de espaço livre, subtraída no seu conteúdo, a toda disciplina legal, por estar baseada somente em apreciações subjetivas da autoridade. Por isso, as decisões decorrentes estariam isentas de controle jurisdicional" (MEDAUAR, 2005, p. 80). Bem representativo dessa postura extirpatória do controle: "Ato discricionário é todo aquêle insuscetível de apreciação por outro poder que não aquêle que o praticou." (CAVALCANTI, 1955, p. 248).

perturbar, por qualquer forma, as operações dos corpos administrativos" (*apud* COELHO, 2002, p. 41-42)[281].

Com a consolidação do Estado de Direito, a concepção abolitiva do controle judicial não teria mais razão de ser: se a função administrativa deve ser consentânea aos modelos normativos plasmados pelo legislador, é natural que haja um controle direcionado para a verificação da relação de conformidade entre o comportamento administrativo fático e a lei[282]. Desse modo, surge um "certo" controle sobre a discricionariedade administrativa, que passou por várias etapas, sucedidas cronologicamente.

Em um primeiro momento, visualizaram-se, para fins de controle judicial da discricionariedade administrativa, os elementos vinculados e discricionários do ato administrativo. Assim é que, no ato administrativo dotado de padrões discricionários, a competência, a forma e a finalidade eram vistas como elementos vinculados, não sujeitos, portanto, à maleabilidade típica da discricionariedade – somente o objeto e o motivo, quando não estampados de forma vinculada pela lei, poderiam encerrar discricionariedade administrativa.

Nesse caso, se a competência não foi exercida pela autoridade vinculativamente apontada pela lei como competente, deveria ser anulado o ato pelo judiciário. Do mesmo modo, se a forma utilizada pela autoridade para fins de exteriorização da vontade administrativa não foi aquela vinculativamente apontada pela lei, deveria o ato ser anulado pelo judiciário. E, se a finalidade buscada pela atuação administrativa não era aquela albergada vinculativamente pela lei ou mesmo divorciada do interesse público, deveria o ato assim viciado ser anulado pelo judiciário.

Se o motivo e/ou o objeto não estivessem arrolados vinculativamente pela lei, restaria para o administrador público a margem de liberdade tão característica da discricionariedade administrativa, devendo a decisão administrativa – o mérito, portanto – ser respeitada pelo judiciário.

Em um segundo momento, vislumbraram-se os limites postos à atividade administrativa como fatores propícios à análise judicial. Como se sabe, três são,

---

[281] Logo, o repúdio ao controle judicial da discricionariedade administrativa vem logo após o antigo regime francês, em razão, principalmente, da desconfiança que recaía sobre os juízes durante aquele regime, sempre invasivos e partidários do régio poder.

[282] "O grande desafio do jovem Estado de Direito era conciliar a tradicional liberdade decisória do Executivo com a observância do princípio da legalidade, ganhando crescente popularidade a ideia de que a Administração Pública deveria ser regulamentada tanto quanto possível e sem lacunas pelas leis e controlada plenamente pelos tribunais. Nesse processo, a discricionariedade administrativa passou a ser considerada um corpo estranho dentro do Estado de Direito, um resquício de arbitrariedade monárquica, que deveria ser eliminado tanto quanto possível." (KRELL, 2013, p. 113-114).

essencialmente[283], os limites postos à atividade administrativa, principalmente a discricionária: o excesso de poder, o desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes. Vejam-se os raciocínios.

Excesso de poder: se o ato administrativo discricionário foi acusado de ser praticado por autoridade competente que exorbitou do círculo de suas atribuições ou com inobservância de formalidades essenciais para a exteriorização da vontade administrativa, abre-se a possibilidade de controle judicial; uma vez verificada a transgressão dos limites postos à competência e à forma, deve-se anular o respectivo ato administrativo.

Desvio de poder: se o ato administrativo discricionário foi acusado de buscar finalidade diversa daquela haurível da regra de competência ou finalidade diversa do interesse público, abre-se a possibilidade de controle judicial; uma vez verificada a transgressão do limite posto à finalidade, deve-se anular o respectivo ato administrativo.

Motivo determinante: se o ato administrativo discricionário foi acusado de ser praticado com base em motivos falsos ou inexistentes, abre-se a possibilidade de controle judicial; uma vez verificada a transgressão do limite posto ao motivo, deve-se anular o respectivo ato administrativo.

Em um terceiro e último momento, o controle dos conceitos jurídicos indeterminados[284] configura instrumento para a expansão do controle judicial[285]: ao se conceber que a indeterminação de todos ou de certos conceitos jurídicos é caso de vinculação, e não de discrição, fica evidente que o controle judicial é expandido, assimilando-se ao controle da atividade administrativa vinculada[286].

Formou-se, então, a partir desses três momentos distintos, o controle sobre a discricionariedade administrativa. Diz-se que é um "certo controle" porque é um controle meramente negativo, formal, das opções administrativas tomadas com espeque na discricionariedade. Ou seja, o controle não investiga o núcleo da decisão, mas o modo pelo

---

[283] A dissertação estipulou que, em relação ao objeto, também existe um limite de materialidade jurídica, principalmente no que tange aos princípios do direito administrativo. Todavia, na época da expansão do controle jurisdicional, os princípios não tinham a condição normativa de destaque que hoje ostentam.

[284] Os conceitos jurídicos indeterminados, advindos do direito alemão, foram estudados no item 2.2 deste estudo.

[285] Claro, a noção de que os conceitos jurídicos indeterminados apresentam-se como instrumento de expansão do controle judicial só tem razão de ser quando for caso de vinculação ou quando a vinculação depender do tipo de conceito indeterminado. Se se entender que os conceitos jurídicos indeterminados sempre concedem prerrogativas discricionárias ao administrador público, a prestabilidade de eles afigurarem-se como ponto de dilação do controle judicial não se sustenta teoreticamente.

[286] O controle judicial da atividade vinculada é pleno, uma vez que pressupõe uma única resposta correta para o caso concreto, podendo o judiciário, havendo decisão não compatível com o padrão normativo, substituir a decisão administrativa por aquela que for mais consentânea com a resposta correta extraível do ordenamento jurídico.

qual a decisão foi tomada; investiga a legalidade do processo de integração normativa, não o mérito da decisão discricionária.

Logo, o judiciário, no desempenho de sua missão institucional de controle de legalidade da discricionariedade, não pode substituir a decisão administrativa discricionária por aquela que lhe parecer, no caso, a mais conveniente e/ou oportuna. Deve, tão somente, anular o processo de integração normativa, o que repercute, retroativamente, no próprio núcleo da decisão. À administração devolve-se a competência de praticar outro ato, dessa vez, porém, livre de vícios de legalidade. Como bem diz Seabra Fagundes (2010, p. 179), a extensão do controle abrange somente a legalidade; a consequência do controle é somente a anulação.

Quatro são os argumentos recorrentes para se afastar o controle judicial substitutivo da discricionariedade administrativa, nos termos ora expostos: (i) a permissão de o judiciário devassar o mérito, e não somente o processo de integração da discricionariedade, faria com que o juiz se transformasse em administrador, malferindo a cláusula de separação de poderes[287]; (ii) a ausência de direitos subjetivos na discricionariedade administrativa minimizaria o controle judicial na medida em que a decisão discricionária não afetaria direito algum do cidadão-particular, fechando-lhe, assim, portas processuais[288]; (iii) a discricionariedade administrativa é exercida pela administração pública, legitimada indiretamente pelo voto popular, podendo, então, fazer ponderações jurídico-políticas sobre a melhor maneira de se atender ao interesse público, o que não é o caso do judiciário, detentor de uma legitimidade técnica, e não política[289]; (iv) o subjetivismo judicial pode não ser mais adequado, justo ou conforme ao ordenamento jurídico do que o subjetivismo administrativo.

---

[287] Na clássica formulação de Seabra, apoiada em Ranelletti: "O mérito é atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, 'faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes'." (FAGUNDES, 2010, p. 181).

[288] "[...] para o juiz ordinário o poder discricionário constitui um limite que impede o controlador de legitimidade do ato administrativo submetido a seu exame, porém esse limite surge não já porque a atividade discricionária não pode, eventualmente, dar lugar a questões jurídicas e constituir matéria de juízo, mas porque, frente ao poder discricionário da administração não pode afirmar-se nenhum direito dos administrados. A falta de controlador deriva, então, do fato de que não pode iniciar-se a ação já que não é possível a tutela do direito do administrado." (MARIA DIEZ, 1961, p. 249, tradução nossa). (No original: "[...] para el juez ordinario el poder discrecional constituye un límite que impide el contralor de legitimidad del acto administrativo sometido a su examen, pero ese límite surge no ya porque la actividad discrecional no puede, eventualmente, dar lugar a cuestiones jurídicas y constituir materia de juicio, sino porque, frente al poder discrecional de la administración no puede afirmarse ningún derecho de los administrados. La falta de contralor deriva, entonces, del hecho de que no puede iniciarse la acción ya que no es posible la tutela del derecho del administrado."). O que há, na verdade, é um direito subjetivo à legalidade (BONNARD *apud* FRANCISCO LINARES, 1958, p. 56) da decisão discricionária.

[289] "[...] restringir ou limitar o controle da discricionariedade administrativa pode ter como efeito manter algumas decisões desacertadas e inclusive injustas. Porém extremar o controle judicial leva ao risco de substituir decisões de autoridades democraticamente eleitas (direta ou indiretamente) ou de órgãos delas dependentes por decisões (que também poderiam ser erradas) de autoridades que carecem de representatividade, ainda que não careçam de

Em resumo: o controle judicial da discricionariedade administrativa analisa o processo de confecção da decisão discricionária. Esse controle tem o propósito de investigar se, durante a feitura da decisão, foram respeitados os elementos regrados do ato, se os limites postos à atuação discricionária foram observados, se a decisão violou princípios basilares do direito administrativo ou se o caso era de conceito jurídico indeterminado ou de lídima discricionariedade administrativa.

O controle, assim, visa unicamente a auferir a legalidade do processo de integração, e não a aquilatar a oportunidade e/ou conveniência da eventual decisão resultante do processo. Nessa medida, constatada a ilegalidade no processo de integração normativa, deve o judiciário anular a decisão – não porque ela não era oportuna e/ou inconveniente, mas porque foi tomada na presença de vícios. Remanesce à administração, no entanto, a oportunidade de prolatar novo ato, livre dos vícios que inquinavam a declaração de vontade anteriormente exarada.

Essa é a posição dominante na doutrina[290] e na jurisprudência brasileiras[291]. A evolução do pensamento brasileiro sobre o tema pode ser melhor visualizada quando se coteja

---

outro tipo de legitimidade constitucional para o exercício de suas funções." (SÁNCHEZ MORÓN, 1994, p. 15, tradução nossa). (No original: "[...] restringir o limitar el control de la discrecionalidad administrativa puede tener como efecto mantener algunas decisiones desacertadas e inclusive injustas. Pero extremar el control judicial conlleva el riesgo de sustituir decisiones de autoridades democráticamente elegidas (directa o indirectamente) o de órganos de ellas dependientes por decisiones (que también podrían ser erradas) de autoridades que carecen de representatividad, aunque no carezcan de otro tipo de legitimidad constitucional para el ejercicio de sus funciones.").

[290] Aderem à concepção de controle formal/negativo da discricionariedade administrativa, ainda que com algumas modulações: Vladimir da Rocha França (2000, p. 144), Eros Roberto Grau (2005, p. 330), Almiro do Couto e Silva (2004, p. 109), Ricardo Emílio Medauar Ommati (2004, p. 67), Odete Medauar (1993, p. 175; 2005, p. 89; 2009, p. 408), José Eduardo Martins Cardozo (2005, p. 57), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2002, p. 84-85), Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 982), Juarez Freitas (2009, p. 44-45), Marcus Vinícius Filgueiras Júnior (2007, p. 186), Edimur Ferreira de Faria (2011, p. 275), Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 119-120), Diogenes Gasparini (2000, p. 88), Onofre Alves Batista Júnior (2007, p. 170), Lúcia Valle Figueiredo (1994, p. 132), João Batista Gomes Moreira (2005, p. 258), Hely Lopes Meirelles (2004, p. 118), Victor Nunes Leal (1997, p. 293), dentre outros.

[291] A título ilustrativo confira-se: "REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – VÍCIO FORMAL – INEXISTÊNCIA – DEVIDO PROCESSO LEGAL – OBSERVÂNCIA – SANÇÃO – MEDIDA DISCRICIONÁRIA – ADEQUAÇÃO. – Ao Poder Judiciário compete o exame da legalidade e moralidade dos atos da Administração Pública, vedada, portanto, a invasão aos aspectos reservados à apreciação subjetiva – discricionariedade (conveniência e oportunidade). – É possível, ainda, o controle jurisdicional dos atos discricionários sob o aspecto da razoabilidade, desde que circunscrito à fixação dos limites ao exercício do poder discricionário, mas não com o intuito de substituir a vontade do administrador. – Malgrado o direito de greve seja previsto constitucionalmente (art. 37, VII), trata-se de norma de eficácia limitada e, como tal, depende de regulamentação, sem a qual é ilegal o movimento paredista, sobretudo quando se trata de serviço essencial. – A adesão a movimento paredista ilegal configura falta disciplinar, passível, portanto, de punição, por intermédio de Procedimento Administrativo Disciplinar que, quando respeitadas as diretrizes legais, caracteriza-se pela inexistência de vício formal. – A anulação da medida punitiva pode, em tese, significar uma ingerência na atividade discricionária, mormente quando não se mostra excessiva a penalidade aplicada." (MINAS GERAIS, 2013c); "ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL. ATO DISCRICIONÁRIO. LEGALIDADE OU ABUSO. INEXISTÊNCIA. – Foge ao limite do controle jurisdicional

o posicionamento atual com a Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, que disciplinou a organização da Justiça Federal da República.

Do art. 13, § 9º, da citada Lei, extrai-se que: (i) a ilegalidade do comportamento administrativo deve ser sancionada com anulação; (ii) a autoridade judiciária não pode perturbar as decisões administrativas discricionárias, sendo-lhe vedado adentrar o mérito do ato administrativo, sob ponto de vista de sua oportunidade e conveniência; (iii) no exercício do poder discricionário, os atos somente poderiam ser anulados quando praticados por autoridade incompetente ou quando verificado excesso de poder.

No quadro atual da doutrina e da jurisprudência brasileiras, os itens (i) e (ii), anteriormente dispostos, não foram substancialmente revisados. Ou seja, continuam-se anulando os atos administrativos ilegais, e o judiciário não pode realizar um juízo de oportunidade e conveniência dos atos administrativos discricionários.

Todavia, em relação ao item (iii), houve acréscimo de hipóteses permissivas de anulação do ato administrativo discricionário. Atualmente, a anulação do ato administrativo discricionário não se dá apenas por incompetência ou excesso de poder. Também os motivos determinantes e os princípios jurídicos informativos da administração pública mostram-se instrumentos capazes de censurar de ilegalidade os atos administrativos, mesmo que discricionários.

Logo, em alguma medida, todos os elementos do ato administrativo discricionário podem ser apreciados pelo judiciário: (i) no que tange à competência, a incompetência e o excesso de poder; (ii) no que tange à forma, o excesso de poder; (iii) no que tange à finalidade, o desvio de poder; (iv) no que tange aos motivos, a teoria dos motivos determinantes; e (v) no que tange ao objeto, os princípios do direito administrativo.

Com efeito, até mesmo o mérito do ato administrativo pode ser analisado pelo judiciário, uma vez que motivo e objeto, pilares das noções de oportunidade e conveniência e, por conseguinte, da ideia de mérito administrativo, encontram-se não totalmente à disposição da administração – como outrora se entendia.

---

o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público. - Recurso ordinário desprovido" (BRASIL, 2003); "Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. 1. Decadência. 2. Candidato aprovado além do número de vagas previstos em edital. Ausência de direito subjetivo à nomeação. 3. Discussão sobre o prazo de validade e sobre a prorrogação do concurso. Discricionariedade administrativa. 4. Não ocorrência de ilegalidade ou de abusividade do ato administrativo. Impossibilidade de exame pelo Poder Judiciário. Precedentes. Recurso ordinário em mandado de segurança ao qual se nega provimento." (BRASIL, 2012).

Isso porque: (i) os motivos apresentados como propulsores do agir administrativo devem ser verdadeiros e exatos – teoria dos motivos determinantes; (ii) o conteúdo da manifestação de vontade administrativa, ainda que discricionária, não pode desprezar a força normativa dos princípios da administração pública, estejam eles dispostos em sede constitucional ou infraconstitucional.

É natural, no estado em que as coisas encontram-se, dizer que o judiciário analisa não só o processo de integração normativa – a discricionariedade –, mas também o mérito do ato administrativo, porquanto motivo e objeto não são mais indevassáveis pela autoridade judiciária[292].

No entanto, este estudo propõe, conforme já várias vezes assinalado, a distinção entre o controle da discricionariedade e o controle do mérito. Assim, adiante será explicado o que se deve entender por controle do mérito, em contraposição com o controle da discricionariedade administrativa como processo de integração normativa.

3.3.3 *Controle judicial do mérito do ato administrativo discricionário*

O controle da discricionariedade administrativa, como processo de integração normativa, ainda que tenha expandido seus limites, chegando, inclusive, a roçar o mérito do ato administrativo, permanece um controle formal e negativo, tendo como extensão somente o controle de legalidade e como consequência unicamente a anulação, afastando-se, destarte, pretensões de substituição porventura manifestadas pelo órgão judicial.

Algo inverso ocorre com o que aqui se denomina de controle do mérito do ato administrativo discricionário. Nessa medida, o controle do mérito do ato administrativo discricionário é um controle positivo e material, incidindo sobre a própria decisão do administrador público que maneja competências discricionárias.

Tal controle tem, portanto, extensão e consequência diversas do controle da discricionariedade administrativa: é, em certa medida, um controle de legalidade combinado ao controle de oportunidade e conveniência cuja consequência não é a anulação da decisão administrativa discricionária, mas a própria substituição da decisão por outra, apontada pelo órgão judiciário como a única cabível no contexto sindicado.

---

[292] Malgrado objeto e motivo serem passíveis de sindicância judicial, isso não autoriza modificar a extensão e a consequência do controle judicial: continua-se, no que respeita à extensão, com o controle de legalidade e, no que atina à consequência, com a anulação.

Logo, o controle do mérito do ato administrativo discricionário, como controle positivo e material, somente é possível nos casos em que ocorre a chamada redução da discricionariedade a zero.

Ocorre o fenômeno da redução da discricionariedade administrativa a zero quando, não obstante a apriorística e abstrata previsão da discricionariedade administrativa, esta não vem a persistir empiricamente, uma vez que, à luz das peculiaridades do caso concreto, somente uma única decisão é possível, por estarem as outras possíveis decisões viciadas, não subsistindo, portanto, a clássica margem de liberdade definidora da discricionariedade administrativa[293].

Em uma formulação mais simples: a redução da discricionariedade a zero refere-se ao contexto em que a discricionariedade abstrata não se confirma no caso concreto[294]. Se, frente ao caso concreto, somente há uma única solução possível, a margem de liberdade típica da discricionariedade advinda da disposição normativa contrai-se a ponto de desaparecer, transmudando algo que era hipótese inicial de discricionariedade em caso final de vinculação.

Desse modo, o controle torna-se material e positivo, devassando o mérito do ato administrativo discricionário. Se a decisão da administração não é consentânea com o caso concreto, deve o judiciário, no exercício de seu mister institucional, substituir a decisão administrativa por aquela considerada a única pertinente na situação fática.

> Com efeito, pode-se dar o caso que – não obstante a natureza discricionária (**em abstrato**) da decisão administrativa impugnada – somente seja possível conforme ao Direito uma **única solução**, ao ser qualquer outra imaginável no caso concreto incompatível com a Constituição ou o Direito, isto é, com direitos ou princípios constitucionais ou princípios gerais do Direito. São estes os casos os quais a doutrina alemã fala de uma *redução a zero* (ou contração ou desaparecimento) da discricionariedade (*Ermessensreduzierung auf Null*), a qual comporta, como consequência lógica no plano processual, a viabilidade, não já de um pronunciamento **anulatório** de qualquer decisão administrativa distinta da única conforme ao Direito, mas de um pronunciamento **positivo** que **condene** a

[293] "Poder discricionário significa que a administração pode escolher entre alternativas diferentes. No caso particular, pode ela, todavia, reduzir a possibilidade de escolha a uma alternativa, se todas as outras alternativas fossem exercício do poder discricionário vicioso. A autoridade, está, então, obrigada a 'escolher' a única decisão ainda restante para ela. Fala-se, nesses casos, de 'redução do poder discricionário a zero' ou de 'contração do poder discricionário'." (MAURER, 2001, p. 52-53); "[...] existe a teoria da 'redução da discricionariedade a zero' [...]: quando circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade de escolha entre diversas opções, tornando-se juridicamente viável somente uma única solução. Todas as demais possibilidades de decisão estariam viciadas, sendo a autoridade administrativa obrigada a tomar a decisão que resta (atrofia do poder discricionário)." (KRELL, 2013, p. 81).

[294] Na arguta observação de Celso Antônio Bandeira de Mello, existiria uma distinção entre a discrição na norma e a discrição no caso concreto: "Em suma: casos haverá em que, para além de qualquer dúvida, qualquer sujeito em uma intelecção normal, razoável (e assim, também, *a fortiori*, o Judiciário) poderá concluir que, apesar da discrição outorgada pela norma, em face de seus termos e da finalidade que a anima, dada situação ocorrida não comportava senão **uma determinada providência**, ou então que, mesmo comportando mais de uma, **certamente não era aquela que foi tomada**." (MELLO, 1996, p. 41, grifos do autor).

> Administração a adotar esta última, ou, inclusive – quando exista base para isso nos autos – imponha diretamente a única solução ajustada ao Direito *por via* **substitutiva**." (BACIGALUPO, 1997, p. 89-90, grifos do autor, tradução nossa)[295].

Perceba-se que o perfil do controle do mérito do ato administrativo discricionário é cabalmente distinto do controle da discricionariedade administrativa: a extensão não é somente de legalidade, uma vez que comporta, também, aspectos de conveniência e oportunidade (somente uma medida, naquele caso, é oportuna e conveniente ao interesse público, o que se pode constatar através de um incontrastável juízo objetivo), e a consequência não é a mera anulação (que preservaria posterior pronunciamento administrativo), mas sim a substituição, caso se verifique que a decisão administrativa foi discrepante daquela unicamente admissível para o caso.

Por isso é que se insiste na distinção entre controle da discricionariedade e controle de mérito. Pelo primeiro: (i) analisa-se o processo de integração normativa, investigando-se eventuais vícios aí presentes; (ii) assim, a sindicância é sobre o modo como a decisão foi tomada, e não sobre a decisão em si; (iii) a extensão do controle refere-se somente à legalidade; (iv) cuja consequência, presentes os mencionados vícios, somente pode ser a anulação, devolvendo a competência decisória à administração, para que refaça seu pronunciamento, agora sem vícios.

Pelo segundo: (i) analisa-se se o caso concreto comporta somente uma única decisão, não obstante a previsão normativa atributiva de discricionariedade; (ii) assim, a sindicância é sobre a própria decisão; (iii) a extensão do controle refere-se não somente à legalidade, adquirindo, igualmente, feições de oportunidade e de conveniência; (iv) cuja consequência, uma vez verificada a desconformidade entre a única decisão reclamada pelo caso concreto e

---

[295] No original: "En efecto, se puede dar el caso de que – no obstante la naturaleza discrecional (*in abstracto*) de la decisión administrativa impugnada – solo sea posible considerar conforme a Derecho una única solución, al ser cualquier outra imaginable en el caso concreto incompatible con la Constitución o el Derecho, esto es, con derechos o principios constitucionales o principios generales del Derecho. Son éstos los casos en los que la doctrina alemana habla de una **reducción a cero** (o contracción o desaparición) de la discrecionalidad (*Ermessensreduzierung auf Null)*, la qual comporta, como lógica consecuencia en el plano procesual, la viabilidad, no ya de un pronunciamiento anulatorio de cualquier decisión administrativa distinta de la única conforme a Derecho, sino de un pronuciamiento **positivo** que **condene** a la Administración a adoptar esta última o, incluso – cuando exista base para ello en los autos – , imponga directamente la única solución ajustada a Derecho por vía **sustitutoria**.". Também nesse sentido: "Em princípio não cabe substituição da discricionariedade, porém quando a discricionariedade inicial tenha sido posteriormente reduzida ou anulada, a substituição será não somente possível (ao vir a solução predeterminada pelo ordenamento), mas também a única que se ajusta à regra da tutela judicial efetiva." (BELTRÁN DE FELIPE, 1995, p. 105, tradução nossa). (No original: "En principio no cabe sustitución de la discrecionalidad, pero cuando la discrecionalidad inicial haya sido posteriormente reducida o anulada, la sustitución será no solamente posible (al venir la solución predeterminada por el ordenamiento) sino que será ló único que se ajuste a la regla de la tutela judicial efectiva.").

aquela apresentada pela administração, somente pode ser a substituição, devendo o judiciário impor a única alternativa que garanta a juridicidade da solução no caso concreto.

Em síntese: no controle de discricionariedade, preserva-se o mérito; no controle de mérito, a decisão que contém o juízo de oportunidade e conveniência firmado pelo administrador está suscetível de ser substancialmente alterado.

Um consectário interessante desse modelo de controle de mérito do ato administrativo discricionário é a relativização do dogma de que a discricionariedade somente surge da norma; na verdade, a discricionariedade não depende tanto da permissão normativa, mas encontra-se atrelada, para sua sobrevivência, às circunstâncias do caso concreto. A previsão normativa da discricionariedade é, portanto, condição necessária, mas não suficiente para o efetivo exercício do poder discricionário, haja vista a relação de subordinação para com o caso concreto[296].

A teoria da redução a zero da discricionariedade administrativa, que fundamenta o controle do mérito do ato administrativo discricionário, é medida excepcional em um ordenamento jurídico que leve minimamente a sério o princípio da divisão funcional do poder. Não é possível tolerar que, de modo indiscriminado, possa o judiciário invadir a decisão resultante das ponderações de oportunidade e conveniência feitas pelo administrador público e autorizadas mediante disposição normativa. O controle de mérito do ato administrativo discricionário somente tem vez quando as circunstâncias da realidade fática denotarem de forma patente a existência de somente uma única decisão possível, encarando-se as demais como viciosas. Esse é o critério do qual se não pode afastar para o bom funcionamento institucional dos poderes constituídos[297].

---

[296] Acertando no ponto, o escólio de José Eduardo Martins Cardozo: "[...] só se pode falar de autêntica discricionariedade quando a partir da regra abstrata da lei, **no mundo concreto dos fatos**, fica evidenciada a existência de mais de uma alternativa válida passível de ser decidida pelo agente administrativo. No plano abstrato, efetivamente, a lei apenas poderá delinear uma mera **discricionariedade potencial** passível de não ser confirmada *a posteriori* pela realidade concreta." (CARDOZO, 2005, p. 55, grifos do autor).

[297] Tomás-Ramón Fernandez é a favor de um controle de mérito do ato administrativo discricionário mais amplo do que aquele permitido pela teoria da redução a zero da discricionariedade administrativa: "O juiz poderá operar a substituição na medida em que lhe sejam subministrados pelas partes elementos de juízo suficientes para realizar uma crítica séria e fundada da decisão atacada e uma valoração das circunstâncias de fato igualmente consistentes. Em definitivo, o problema é, em boa parte, de prova." (FERNÁNDEZ, 2002, p. 108, tradução nossa). (No original: "El juez podrá operar la sustitucióm en la medida en que se le suministrem por las partes elementos de juicio suficientes para realizar una crítica seria e fundada de la decisión atacada e una valoración de las circunstancias de hecho igualmente consistente. En definitiva, el problema es, en buena parte, de prueba."). Assim, o critério de Fernández para a substituição é bem mais amplo do que o previsto para a teoria da redução a zero da discricionariedade administrativa: para o primeiro, a alegação jurídica bem embasada é capaz de provocar o controle de substituição; para a segunda, as circunstâncias fáticas que indicarem uma única resposta adequada é o cânone responsável pela operatividade do controle de substituição.

A teoria da redução a zero da discricionariedade administrativa não é desconhecida pela doutrina[298] e pela jurisprudência[299] brasileiras. Não obstante, suas potencialidades para um efetivo controle da atuação não vinculada da administração pública são ainda tratadas com certa timidez, talvez em razão de uma postura deveras obsequiosa a uma concepção rígida do princípio da separação dos poderes.

3.4 Duas observações finais: legalidade e subjetividade como coordenadas dogmáticas da discricionariedade administrativa

De acordo com Regina Helena Costa (1989, p. 39), as notas básicas caracterizadoras da discricionariedade administrativa são: (i) a margem de liberdade que permite a escolha entre mais de uma solução possível para o caso; (ii) tal margem de liberdade somente pode ser conferida pela lei, ainda que de forma implícita; e (iii) cabe ao administrador público, mediante o exercício de apreciação subjetiva, buscar a vontade legal, de modo a contemplar o interesse prestigiado pela norma.

---

[298] Além de Celso Antônio Bandeira de Mello, José Eduardo Martins Cardozo e Andreas Krell (anteriormente citados), noticiam a teoria da redução a zero da discricionariedade administrativa no Brasil Germana de Oliveira Moraes (1999, p. 162-163), Regina Helena Costa (1989, p. 51), Luís Manuel Fonseca Pires (2009, p. 217-219) e Gustavo Binenbojm (2008, p. 233), dentre outros.

[299] Admitindo a existência da teoria da redução a zero da discricionariedade administrativa: "DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO – TEORIA DA ASSERÇÃO – NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO PARA AFERIR O GRAU DE DISCRICIONARIEDADE CONFERIDO AO ADMINISTRADOR PÚBLICO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. Não viola o artigo 535 do CPC quando o julgado decide de modo claro e objetivo na medida da pretensão deduzida, contudo de forma contrária à pretensão do recorrente. 2. Nos termos da teoria da asserção, o momento de verificação das condições da ação se dá no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. 3. Para que se reconheça a impossibilidade jurídica do pedido, é preciso que o julgador, no primeiro olhar, perceba que o petitum jamais poderá ser atendido, independentemente do fato e das circunstâncias do caso concreto. 4. A discricionariedade administrativa é um dever posto ao administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas, seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal. **5. O grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação do administrador esteja vinculada. Neste caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas restauração da ordem jurídica.** 6. Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise in abstrato da norma jurídica, é preciso o confronto desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir. 7. Em face da teoria da asserção no exame das condições da ação e da necessidade de dilação probatória para a análise dos fatos que circundam o caso concreto, a ação que visa a um controle de atividade discricionária da administração pública não contém pedido juridicamente impossível. 8. A influência que uma decisão liminar concedida em processo conexo pode gerar no caso dos autos pode recair sobre o julgamento do mérito da causa, mas em nada modifica a presença das condições da ação quando do oferecimento da petição inicial. Recurso especial improvido." (BRASIL, 2009, grifos acrescidos).

Na verdade, concorda-se somente com as notas (ii) e (iii). A nota (i) não é, de fato, uma característica da discricionariedade administrativa, uma vez que a ideia de margem de liberdade é somente uma das perspectivas de compreensão da discricionariedade administrativa (perspectiva negativa ou formal). Há ainda, conforme exposto, a perspectiva material ou positiva (segundo a qual a discricionariedade administrativa caracteriza-se pela ponderação de interesses primários e secundários concorrentes) e a perspectiva mista (que enxerga a discricionariedade administrativa como um processo complexo que se compõe de uma margem de liberdade que oportuniza o exercício da ponderação de interesses).

Desse modo, a compleição teórica da discricionariedade administrativa reside nas ideias de subjetividade e de legalidade. Talvez sejam os elementos constitutivos da discricionariedade administrativa sob os quais não recaem grandes controvérsias[300].

Quanto à legalidade, sabe-se firmemente que a discricionariedade tem, concomitantemente, como origem e como limite as disposições normativas engendradas pelo legislador. A discricionariedade, que surge da lei, não pode, jamais, ultrapassar os limites postos pela juridicidade, no que se privilegia a própria ideia de Estado de Direito. A opção administrativa que não se fundamente em uma hipótese de autorização normativa ou que vá além dos confins daquela autorização não pode ser encarada como exercida no suposto da discricionariedade administrativa, mas unicamente no da arbitrariedade administrativa.

Em epítome: "não há, pois, discricionariedade à margem da lei, senão justamente só em virtude da lei e na medida em que a lei tenha disposto." (FERNÁNDEZ; GARCÍA DE ENTERRÍA, 1990, p. 390). A impostergável imbricação entre a opção administrativa e a juridicidade, na via de mão dupla anteriormente assinalada – origem e limite – é primeira coordenada dogmática que anima o espírito da discricionariedade administrativa.

Outra característica indissociável da discricionariedade administrativa é a apreciação subjetiva do caso levada a cabo pela autoridade administrativa legalmente competente. Havendo a margem de liberdade que confere várias possibilidades de comportamento ao administrador público, todas elas abençoadas pela validade normativa, cabe à autoridade, consultando, ainda que ensimesmadamente, o repertório de suas idiossincrasias, determinar a

---

[300] Advertiu-se, logo no início da primeira parte deste estudo que, não obstante os mais de dois séculos de progressivo desenvolvimento do direito administrativo, ainda não se obteve um consenso básico sobre o que seria, em sua completude, a discricionariedade administrativa. E isso se prova ao se analisar atentamente todo o percurso acima realizado. Desde o panorama geral da discricionariedade administrativa – Seção 1 – até os problemas capitais que envolvem a discricionariedade administrativa – Seção 2 – o que se vê é uma constelação de polêmicas sobre vários pontos atinentes à discricionariedade.

decisão que lhe parecer, à luz de suas convicções pessoais, a mais adequada para o caso, a que mais favoreça o interesse público[301].

Com efeito, a subjetividade com que atua o administrador no exercício do poder discricionário tem o beneplácito da própria legalidade: é ela que admite ao administrador que recorra a sua própria visão de mundo como fator integrativo da norma jurídica de textura aberta perante a situação fática. Constitui-se, portanto, como a segunda coordenada dogmática da discricionariedade administrativa.

Como coordenadas dogmáticas que são, sem legalidade e sem subjetividade não se pode falar de discricionariedade administrativa. A discricionariedade é a síntese dialética da relação entre legalidade e subjetividade. Se não há subjetividade – presente, portanto, a objetividade –, não há que se falar em discrição, mas em vinculação; se não há legalidade – ausentes, portanto, os modelos gerais de comportamentos lícitos tidos como resultado da vontade geral popular –, não há que se falar em discricionariedade, mas sim em arbitrariedade. Enfim, o discurso dogmático sobre a discricionariedade administrativa, apesar de extremamente fragmentado, tem como pilares a legalidade e a subjetividade[302].

A dicotomia legalidade/subjetividade mostrou-se eficaz em garantir a juridicidade da discricionariedade administrativa, tornando-a inconfundível com a arbitrariedade. Contudo, até que ponto a concepção de discricionariedade administrativa lastreada dogmaticamente na legalidade e na subjetividade, concepção oriunda do paradigma do Estado de Direito de

---

[301] Dando o destaque necessário ao elemento subjetivo na discricionariedade administrativa: "Ao escolher na norma jurídica de conteúdo discricionário um dos equivalentes, o agente elege a solução que entende compatível com o caso a resolver. Dêsse entendimento individual é que resulta a prática do ato. Por isto se diz que a fonte do **ato discricionário** (fonte imediata) é o agente, embora, como é óbvio, a fonte da possibilidade de o praticar (poder discricionário) seja a lei. É nessa que o intérprete e aplicador (agente), procurando, nas muitas direções que a norma contempla, um ato, exerce escolha e, desta, vai à realização." (ALMEIDA, 2012, p. 1.155-1.156, grifos do autor). Essa subjetividade encontra lugar porque ausente a objetividade: "A apreciação objetiva, sem embargo de que feita por um sujeito, é um exercício lógico de estabelecimento de relações da norma com outras normas (interpretação) ou da norma com a situação fática, e que pode ser controlada por outras pessoas – pelo Judiciário, por exemplo – justamente por se tratar de um relacionamento de objetos (normas, fatos), situados fora dos sujeitos, portanto, visíveis e valoráveis por todos os sujeitos. A apreciação subjetiva, só admissível quando nenhuma apreciação objetiva é mais possível, situa-se dentro de 'um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa'." (SUNDFELD, 1986, p. 9-10).

[302] De forma sintomática, veja-se a definição de discricionariedade administrativa fornecida por Gerson dos Santos Sicca, em que é clara a articulação entre legalidade e subjetividade: "Entendemos ser a discricionariedade uma figura decorrente da **remissão lega**l, e isso porque o **princípio da legalidade** estabelece um grau de vinculação da atividade administrativa que não permite a abertura à **vontade do agente senão** por expressa **autorização do legislativo**. A discrição, portanto, é limitada à concessão, pelo legislador, de um espaço para que o administrador possa fazer preponderar, na aplicação da norma, **sua opção**, nos **termos e limites estabelecidos pela legislação e pela Carta Constitucional**. O **aspecto subjetivo**, **a vontade do administrador**, é o espaço de atuação jurídico-político exigível **dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito**, a fim de garantir o pluralismo inerente a este modelo estatal." (SICCA, 2011, p. 32-33, grifos acrescidos).

matriz liberal, é compatível com os novos reptos propostos pelo paradigma do Estado Democrático de Direito[303]?

É essa, em termos simples, a grande proposição motivadora desta dissertação: analisar até que ponto a noção de discricionariedade administrativa, gravitada em torno da relação entre legalidade e subjetividade, é adequada aos esquemas jurídico-políticos designativos do Estado Democrático de Direito. A Parte II desta dissertação tem o propósito, então, de adentrar esse desafio.

[303] Analisando-se a definição de discricionariedade administrativa elaborada por Sicca e colacionada na nota anterior, é possível concluir, de acordo com esse proponente, que o Estado Democrático de Direito continua a conceber a discricionariedade administrativa como resultado da interação entre legalidade e subjetividade.

PARTE II: DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SUAS NOVAS COORDENADAS DOGMÁTICAS: LEGITIMIDADE (DIRETA) E INTERSUBJETIVIDADE

A reflexão sobre a discricionariedade administrativa, em termos estritamente dogmáticos, conduziu às seguintes colocações: (i) existe um discurso extremamente fragmentado sobre o instituto da discricionariedade, o que se dá em razão da pluralidade de metodologias que abordam a temática; (ii) assim, apesar do multissecular desenvolvimento do direito administrativo, a discricionariedade ainda não obteve ares de certeza quanto a sua operacionalidade; (iii) no entanto, dois pontos são isentos de problematização: (iii.a) o exercício de competências discricionárias não pode dar-se em um vazio de prescrições normativas, de maneira que a legalidade é, concomitantemente, origem e limite do comportamento discricionário levado a cabo pelo administrador público; (iii.b) o exercício de competências discricionárias, calibrado pela necessária legalidade, opera-se em conformidade com a subjetividade ensimesmada e solipsista do administrador público; é este quem deve, através de ponderações pavimentadas por elementos jurídicos e políticos, determinar a decisão final que vise a integrar faticamente a disposição normativa caracterizada pela textura aberta e fluida.

Essa é a discricionariedade administrativa do Estado de Direito, seja de matriz liberal, seja de perfil social. O que se deve enfrentar é até que ponto essa discricionariedade informada pelas coordenadas da legalidade e da subjetividade são compatíveis com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

A intuição, guiada pela noção de um autêntico Estado Democrático de Direito, diz que a discricionariedade administrativa, tal como aqui delineada, não é totalmente adequada a esse novo paradigma estatal. E, para que tal readequação possa ser realizada, devem-se reconstruir[304] os pilares da discricionariedade administrativa; ou seja, as coordenadas da legalidade e da subjetividade necessitam de novas colorações.

Nesse sentido, a coordenada da legalidade convola para coordenada da legitimidade e a coordenada da subjetividade convola para coordenada da intersubjetividade. Somente essas releituras das coordenadas dogmáticas clássicas oportunizam a reconciliação da discricionariedade administrativa com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

---

[304] As coordenadas clássicas da legalidade e da subjetividade, todavia, não podem ser completamente abandonadas: o desafio é reconstruí-las de acordo com as exigências de um genuíno Estado Democrático de Direito.

A coordenada da legitimidade refere-se à compatibilidade do exercício da discricionariedade administrativa não somente com abstratos padrões normativos, mas também com os insopitáveis anseios de participação social. Isso quer dizer que, além de legal, o manejo de competências discricionárias encontra-se também na contingência de refletir, concreta e diretamente, as preferências sociais, o que somente pode ser alcançado através da participação social na confecção do pronunciamento discricionário.

Deve-se sublinhar que o exercício clássico da discricionariedade administrativa não é francamente afastado da noção de legitimidade. Na verdade, a discricionariedade administrativa, plasmada conforme os vetores do Estado de Direito, encontra sua legitimidade de forma indireta, ou seja, a decisão discricionária vem de um administrador público, em geral inserido permanentemente no quadro do funcionalismo graças ao ingresso via concurso público, que não pode desprezar as orientações políticas oriundas da cúpula governamental eleita via voto popular[305].

Em poucas palavras, a conformação da decisão discricionária à programação político-governamental empresta legitimidade indireta à decisão discricionária[306]. E isso é possível porque, repita-se, a discricionariedade é um instituto cuja funcionalidade não é somente jurídica, mas também política.

A legitimidade que aqui se defende é mais palpável que a legitimidade própria do paradigma do Estado de Direito, na medida em que se opera de forma direta, ou seja, a decisão discricionária não deve ser correlata somente às prescrições políticas governamentais, mas também às preferências sociais captadas via participação social durante a construção da decisão discricionária[307].

A legitimidade direta da decisão discricionária, por sua vez, leva ao exercício intersubjetivo da discricionariedade administrativa. Nesse sentido, a confecção da decisão discricionária não se dá ensimesmadamente, de forma solipsista pelo administrador público, na medida em que outras subjetividades são convocadas a colaborar cooperativamente com a

---

[305] "[...] a legitimidade da Administração do Estado deriva principalmente de sua vinculação com o Governo. A Administração (ou, se se quer, o funcionário permanente) não toma nem pode tomar decisões a respeito da gestão da coisa pública porque não é representativo nem legítimo desde o ponto de vista democrático mas que adquire esta condição na medida em que atua às ordens do Governo – este sim com legitimidade democrática *per se*." (BELTRÁN DE FELIPE, 1995, p. 228-229, tradução nossa). (No original: "[...] la legitimidad de la Administración del Estado deriva principalmente de su vinculación con el Gobierno. La Administración (o, si se quiere, el funcionario permanente) no toma ni puede tomar decisiones respecto de la gestión de la cosa pública porque no es representativa ni legítima desde el punto de vista democrático sino que actúa a las ordenes del Gobierno – este si con legitimidad democrática *per s*e.").

[306] Nesse modelo, a geometria da legitimidade ocorre de cima para baixo: o governo, eleito pelo povo, forneceria o acervo necessário para que a decisão discricionária do administrador refletisse as aspirações sociais.

[307] Nesse modelo, a geometria da legitimidade ocorre de baixo para cima: o próprio povo forneceria o acervo necessário para que a decisão discricionária do administrador refletisse, de fato, as aspirações sociais.

administração pública. Não pode haver legitimidade direta sem intersubjetividade: a subjetividade do administrador é capaz de garantir a legalidade do ato administrativo discricionário, mas não sua legitimidade direta, uma vez que esta pressupõe o exercício intersubjetivo das competências discricionárias.

Vê-se, portanto, que as mudanças propostas em relação às clássicas coordenadas dogmáticas da discricionariedade administrativa são profundas, mas não radicais: (i) de um lado, mantém se impostergável a noção de legalidade do comportamento administrativo, com o reforço de legitimidade com a participação social; (ii) por outro lado, mantém-se a noção de subjetividade do administrador público durante o exercício da discricionariedade, mas uma subjetividade que deve conviver, nesse processo de lapidação da vontade administrativa discricionária, com outras subjetividades sociais.

Essa é a proposta desta dissertação: uma discricionariedade administrativa não somente legal, mas também diretamente legítima; uma discricionariedade administrativa não subjetivada, mas intersubjetivada, cujo entrelaçamento desemboque na imagem da discricionariedade administrativa democrática. Tal sugestão, entretanto, carece de maiores elucidações e tematizações.

Para tanto, essa Parte II abrigará as seções 4 e 5 deste estudo: (i) na seção 4[308], será feito um bosquejo do que seria um autêntico Estado Democrático de Direito, o que somente é possível através da compreensão de três subsídios teóricos – a filosofia da linguagem, o direito discursivo e a democracia deliberativa; (ii) na seção 5, por fim, será explicitado o modelo, inspirado no paradigma do Estado Democrático de Direito, que servirá de norte para a democratização da discricionariedade administrativa, analisando os contributos advindos da filosofia da linguagem, do direito discursivo e da democracia deliberativa.

[308] A seção 4 representa, portanto, um ponto de inflexão no desenvolvimento deste estudo, vez que é eminentemente teórico e não dogmatizado, como foram as seções pretéritas. O objeto deste estudo – a discricionariedade administrativa – desaparecerá momentaneamente, a fim de ressurgir arejado por novas possibilidades.

4 LINGUAGEM, DISCURSO E DELIBERAÇÃO: SUBSÍDIOS TEÓRICOS PARA UMA COMPREENSÃO DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O propósito desta dissertação é analisar a discricionariedade administrativa a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, apontando alternativas concretizadoras de seu exercício democratizado. Nesse sentido, é tarefa impostergável investigar os contornos normativos dessa fórmula política-jurídica que foi contemplada expressamente no art. 1º da Constituição brasileira de 1988[309] (BRASIL, 2007, p. 3).

Assim, este estudo compreende o paradigma do Estado Democrático de Direito com base em três subsídios teóricos distintos, configuradores de três breves marcos teóricos que, atados harmonicamente sob a linha do pensamento habermasiano, conseguem fornecer a imagem normativa autêntica de um Estado dito "Democrático de Direito".

Nessa perspectiva, linguagem, discurso e deliberação constituem os pilares sob os quais se ergue o edifício do paradigma do Estado Democrático de Direito. A linguagem oferece os substratos capazes de informar como se dá a prática da intersubjetividade comunicativamente estruturada com base na pragmática universal; o discurso levanta os parâmetros necessários para uma fundamentação legítima do direito; e a deliberação consegue explicar como as decisões políticas devem ser tomadas para serem consideradas legítimas (o que pressupõe a intersubjetividade), cujo consectário imediato é a própria democratização dessas decisões.

Cada um desses elementos (linguagem, discurso e deliberação) serão apartadamente apresentados adiante, para, logo em seguida, serem condensados coerentemente, de modo a se lograr a identidade do paradigma do Estado Democrático de Direito.

---

[309] Seria o paradigma do Estado Democrático de Direito de matriz habermasiana aplicável à realidade brasileira? Álvaro Ricardo de Souza Cruz, em seu interessante diálogo com Lenio Streck, diz que sim, haja vista a pretensão universalista do projeto habermasiano: "A conexão imposta pelo discurso entre direito, moral e política impõe necessariamente a conclusão de que a legitimidade do primeiro depende da democracia, requerendo um novo paradigma constitucional, o do Estado Democrático de Direito que, ao contrário do que pensa Streck, Habermas não o ignora, mas o tem como *plus* qualitativo ao Estado Social de Direito, como idéia de auto-organização política de uma comunidade. Tal concepção tem um caráter universalista podendo ser aplicado tanto no primeiro mundo, quanto em países como o Brasil, no qual a esfera pública não possui densidade suficiente para impedir adequadamente a colonização do mundo da vida." (CRUZ, 2006, p. 173). Além do argumento universalista, deve-se lembrar de que o paradigma constitucional não precisa ser obsequioso a uma linearidade histórico-temporal, no sentido de que primeiro deve-se passar por um Estado Social para depois chegar-se ao Estado Democrático de Direito: a implementação daquele deve ocorrer conforme os postulados democráticos deste. Ou seja: a faceta social do Estado Democrático de Direito pode ser adotada desde que processada democraticamente pelo público de cidadãos. Os direitos sociais, nessa medida, seriam fixados de baixo para cima, e não de cima para baixo (como foi a tradição do Estado Social de Direito).

4.1 Em busca da intersubjetividade: a filosofia da linguagem

A linguagem sempre foi, de um modo ou de outro, objeto de especulação filosófica. Todavia, o tratamento do papel da linguagem no pensamento filosófico variou consideravelmente com o passar do tempo, a ponto de existirem três distintos paradigmas[310] a respeito da temática, a saber, o paradigma do ser, o paradigma da consciência e o paradigma da linguagem[311].

O paradigma do ser[312], marcante na Antiguidade e no medievo, concebe a linguagem como instrumento designativo do ser, ou seja, a linguagem representa aquilo que as coisas são em sua inteireza existencial perfeita e acabada situada no mundo das ideias. Desse modo, a linguagem é o método pelo qual se acessa a estrutura ontológica das coisas. A linguagem diz o que a coisa é. "Essa é a tese central de uma semântica idealista (se é que podemos falar assim): a da correspondência entre estruturas gramaticais e estruturas ontológicas." (OLIVEIRA, 2001, p. 20).

Mas a chegada dos ventos modernos, trazendo consigo a reforma protestante, o desenvolvimento científico e tecnológico, a consolidação do capitalismo e o apogeu do racionalismo, levaram a uma nova abordagem do papel da linguagem, daí eclodindo o paradigma da consciência[313]. Também aqui a linguagem desempenha uma função secundária, uma vez que ela está destinada a ser instrumento de vazão de um pensamento elaborado solitária e privatisticamente pelo sujeito cognoscente.

Ou seja, a linguagem somente expele[314] o conhecimento engendrado por um sujeito metódico, que encara o conjunto da realidade circundante como objetos a serem apreendidos mentalmente. O mundo é projeção de uma subjetividade encapsulada em si mesma. "O segundo paradigma da filosofia transcendental caracteriza-se pelo exame das condições

---

[310] A noção de paradigma será melhor apresentada a seguir. Por ora, fique-se com a poética definição do antropólogo Roy Wagner: "Há ciências cujos paradigmas, blocos de preceitos e precedentes teóricos que definem a ortodoxia daquilo que Thomas Kuhn chama de 'ciência normal', mantêm uma imobilidade congelada até que seus sustentáculos são derretidos pelo calor e pela pressão das evidências acumuladas, verificando-se, então uma 'revolução tectônica'." (WAGNER, 2012, p. 17).

[311] "Tornou-se costume aplicar à história da filosofia o conceito de 'paradigma', oriundo da história da ciência, e dividir as épocas históricas com o auxílio de 'ser', 'consciência' e 'linguagem'." (HABERMAS, 1990, p. 21-22).

[312] As principais figuras teóricas do paradigma essencialista são Platão, Aristóteles e Guilherme de Ockham.

[313] Essa tradição filosófica abrange nomes como René Descartes e Kant.

[314] "Nesta concepção do senso comum, a comunicação lingüística não é entendida como condição de possibilidade e validade do pensamento reflexivo, mas como codificação e transmissão de pensamentos privados, ou seja, na sua concepção o sistema linguístico não está mediado com o acontecer comunicativo e metacomunicativo do discurso humano enquanto acordo e auto-acordo, com todas as suas implicações éticas." (COSTA, 2002, p. 9-10).

subjetivas do pensar e do conhecer. Ao invés da objetividade do ente, passa-se agora ao exame das condições de possibilidade do conhecimento." (CRUZ, 2007, p. 78).

Juntos, os paradigmas do ser e da consciência formam um bloco harmônico do qual emerge a concepção tradicional da linguagem como dado secundário em relação à ação e ao conhecimento humanos:

> A concepção tradicional da linguagem é, pois, uma concepção subjetivista e idealista. Subjetivista, porque considera as convenções e regras linguísticas como dados imediatos da intuição do falante, e não como o resultado de um processo de socialização do sujeito. Idealista, porque, ao se abstrair da função comunicativa da linguagem, e ao pensar a linguagem como uma atividade subjetiva, se torna incapaz de enxergar nela uma atividade social que tem sua "materialização" na medida em que se concretiza em práticas institucionalizadas. (ALMEIDA, 1981, p. 24).

A grande mudança de perspectiva em relação à linguagem ocorre, seminalmente, com as *Investigações Filosóficas*[315] de Ludwig Wittgenstein; daí inicia-se uma grande aventura rumo a um novo modo de se conceber a linguagem, totalmente diferente da concepção tradicional (essencialista/subjetivista): a linguagem não é aquilo que diz o que as coisas são nem é mero instrumento de transferência de ideias e pensamentos elaborados psicologicamente por uma pessoa. A linguagem é mais do que isto – é o *medium* de constituição do mundo e de nós mesmos[316].

Surge, a partir de então, o paradigma da linguagem[317], que, sinteticamente, aduz que a linguagem é comunicativa, firmada entre dois ou mais interlocutores[318] (os falantes e os

---

[315] O primeiro livro de Wittgenstein, o *Tratado Lógico-Filosófico* manteve-se atrelado à concepção tradicional da linguagem, cuja ruptura ocorre, precisamente, com as *Investigações Filosóficas*: "O livro [*Investigações Filosóficas*] representa um marco no panorama filosófico internacional: embora sejam mantidas algumas das idéias centrais do *Tractatos* (por exemplo, a filosofia é uma atividade e não uma doutrina), o conjunto do trabalho se apresenta como antagonista da primeira obra. Diversas coisas mudam e se desenvolve, sobretudo, uma análise das múltiplas funções da linguagem. A linguagem não é somente um meio para descrever o mundo, um meio cuja estrutura lógica essencial é possível pôr em evidência, como propusera Russell. Ao contrário, Wittgenstein se preocupa (i) em aprofundar os **diferentes usos** da linguagem que Frege tinha esboçado quando falou de tom e força, e (ii) desenvolver a idéia segundo a qual o sentido sempre depende do contexto." (PENCO, 2006, p. 134-135, grifos do autor).

[316] "[...] não existe um mundo em si independente da linguagem, que deveria ser copiado por ela. Só temos o mundo na linguagem; nunca temos o mundo em si, imediatamente, **sempre por meio da linguagem**." (OLIVEIRA, 2001, p. 127, grifos do autor); "aprendeste o conceito 'dor' ao aprenderes a linguagem." (WITTGENSTEIN, 2011, p. 393).

[317] "Nossa capacidade de conhecer não pode mais, como supunha o mentalismo, ser analisada independentemente da capacidade de falar e agir, pois nós, também enquanto sujeitos cognoscentes, sempre já nos encontramos no horizonte de nossas práticas do mundo da vida. A linguagem e a realidade interpenetram-se de uma maneira indissolúvel para nós. Cada experiência está lingüisticamente impregnada, de modo que é impossível um acesso à realidade não filtrado pela linguagem." (HABERMAS, 2004, p. 38)

[318] "Na prática do uso da linguagem um dos participantes pronuncia as palavras, o outro actua de acordo com estas [...]." (WITTGENSTEIN, 2011, p. 177).

ouvintes) que, imersos em jogos de linguagem[319], conseguem atribuir sentido aos signos conforme o uso contextual[320] em que aqueles interlocutores estão inseridos. “Fogo!” pode significar tanto a ordem para disparar projéteis quanto o alerta de um incêndio a se propagar[321].

Destarte, o paradigma da linguagem: (i) não é intramental, subjetivista ou psicologicamente ensimesmado, na medida em que a linguagem é intersubjetiva, firmada minimamente entre um falante e um ouvinte entretidos em uma relação comunicativa; e (ii) não é essencialista, pois a significação linguística é cambiável conforme o jogo no qual ela se estrutura.

Enfim, pelo paradigma filosófico linguístico:

> [...] a linguagem deve ser entendida, sobretudo, como prática social concreta, como um sistema de atos simbólicos realizados em determinado contexto social com objetivo preciso e produzindo certos efeitos e conseqüências convencionais. Neste sentido, rompe-se com a tradição filosófica predominante que considera a linguagem como meio através do qual se descreve o mundo ou se interpreta a realidade. A linguagem deve ser vista, ao contrário, como o modo por excelência de agirmos no mundo, isto é, de interagirmos socialmente em uma comunidade. Ela é constitutiva, tanto da realidade, enquanto estabelece o horizonte da possibilidade de nossa atuação no real, quanto de nossa compreensão dos contextos sociais de que participamos. (MARCONDES, 2001, p. 37-38).

As postulações inaugurais do segundo Wittgenstein estimularam novas reflexões obsequiosas ao papel da linguagem como protagonista dentro do pensamento filosófico contemporâneo. Dentre os filósofos alinhados a essa postura filosófica encontram-se, entre outros, Hans-Georg Gadamer, Karl-Otto Apel, J. L. Austin, J. R. Searle, Noam Chomsky, Richard Rorty e Jürgen Habermas.

Claro, seria inconveniente apresentar cada uma dessas distintas concepções de filosofia da linguagem. Por coerência metodológica, a dissertação exporá uma específica

---

[319] “Também podemos conceber que todo o processo do uso de palavras [...] seja um daqueles jogos por meio dos quais as crianças aprendem a sua língua natal. A estes jogos quero chamar jogos de linguagem e falarei por vezes de uma linguagem primitiva como sendo um jogo de linguagem. E poder-se-ia chamar aos processos de nomear as pedras e repetir as palavras também jogos de linguagem. Pensa no uso que se faz de palavras em jogos de roda. Chamarei também ao todo formado pela linguagem como as actividades com as quais ela está entrelaçada o ‘jogo de linguagem’.” (WITTGENSTEIN, 2011, p. 177).

[320] “[...] o sentido de uma palavra é o seu uso na linguagem” (WITTGENSTEIN, 2011, p. 207); “todo o símbolo, **isolado**, parece morto. O que é que lhe dá vida? – Só o uso lhe dá **vida**. Tem, então, em si o sopro da vida? Ou é o **uso** que é o sopro da vida?” (WITTGENSTEIN, 2011, p. 413, grifos do autor).

[321] “Considera este exemplo: quando se diz ‘Moisés não existiu’, isto pode significar diversas coisas. Pode significar: os israelitas não tiveram um comandante, quando se retiraram do Egipto – ou: o seu comandante não se chamava Moisés – ou: não existiu um homem que tivesse feito tudo o que a Bíblia atribui a Moisés – ou: etc., etc.” (WITTGENSTEIN, 2011, p. 237).

vertente da filosofia da linguagem, a saber, a pragmática universal desenvolvida por Jürgen Habermas[322].

4.1.1 *Uma perspectiva de filosofia da linguagem: pontualidades sobre a pragmática universal*

Habermas, atento aos sinais de que a linguagem não mais ostentaria uma faceta deuteragonista no processo racional de conhecimento, acolhe os postulados da filosofia da linguagem, emaranhando-os com outros campos dos saberes filosófico e sociológico, tendo por finalidade buscar a construção de uma teoria crítica da sociedade, bem ao gosto das tradições analíticas esposadas pela Escola de Frankfurt.

Um primeiro ponto a se destacar é que a abordagem habermasiana sobre o papel da linguagem variou entre duas perspectivas distintas: primeiramente, surgiu a noção de pragmática universal, posteriormente reformulada através de uma construção teórica mais festejada e atual, a teoria do agir comunicativo.

Todavia, como salienta Manfredo Araújo de Oliveira (2001, p. 334), a pragmática universal não se encontra em relação de contradição com a teoria do agir comunicativo, uma vez que a segunda é, na verdade, um aprofundamento da primeira, através de tentativas de sistematização equilibradas entre, de um lado, a filosofia analítica e, de outro, a filosofia hermenêutica, tentativas direcionadas a superar a velha concepção tradicional de linguagem.

Desse modo, esta dissertação, apesar de acolher a nomenclatura "pragmática universal", adotará os pressupostos albergados pela teoria do agir comunicativo, por serem mais completos e recentes na longa trajetória do pensamento habermasiano[323].

Feita essa colocação inicial, deve-se salientar que a pragmática universal é um constructo teórico, filiado à filosofia da linguagem, que fixa as condições a serem cumpridas em processos comunicativos lastreados na linguagem ordinária e natural[324].

Essa pragmática universal, concebedora de uma teoria do agir comunicativo, conforme já averbado, parte da revolução promovida pelo segundo Wittgenstein, abarcando, inclusive, os estudos linguísticos promovidos pela Escola Analítica inglesa, aqui representada

---

[322] A exploração das categorias principais da pragmática universal habermasiana é impostergável na medida em alguns de seus conceitos são necessários para a plena compreensão do que seja o "direito discursivo" e a "democracia deliberativa", adiante comentados.

[323] Para uma visão da pragmática universal original, conferir os comentários de Manfredo Araújo de Oliveira (2001, p. 293-333).

[324] "A pragmática universal visa esclarecer as condições que geralmente precisam ser satisfeitas em quaisquer ações comunicativas na linguagem natural." (COSTA, Claudio; 2003, p. 49).

por Austin e Searle. Por conseguinte, os núcleos conceituais essenciais da pragmática universal são a ideia wittgensteiniana de uso e jogo de linguagem e a figura dos atos de fala austiniana e searliana[325].

O primeiro passo dado por Habermas em direção ao delineamento de uma pragmática universal é identificar o pano de fundo histórico-filosófico no qual ela se faz parte integrante. Esse pano de fundo é chamado por Habermas de "pensamento pós-metafísico". Evidentemente, a assimilação do que seja o pensamento pós-metafísico requer a caracterização prévia de sua versão contrária, o pensamento metafísico.

Segundo Habermas (1990, p. 39-42), o pensamento metafísico[326] caracteriza-se por quatro aspectos principais: (i) o pensamento da identidade, segundo o qual toda interpretação do mundo é holisticamente centrada na figura do todo, em que os múltiplos são sempre passíveis de reorganização sob, novamente, o signo do todo; (ii) o idealismo, pelo qual todos os fenômenos seguem a ordem ideal das próprias coisas; (iii) a filosofia da consciência como filosofia primeira, ou seja, o pensamento e a ação humanas, incluído o ato de compreender, estão subjugados a uma consciência subjetivada capaz de assimilar seu entorno de modo objetivo, apelando-se a categorias analíticas fincadas no mentalismo; e (iv) o conceito forte de teoria, que fundamenta o primado da contemplação sobre a práxis.

Logo, o pensamento metafísico apresenta-se "[...] com sendo um conceito forte de teoria, como doutrina das idéias, e como transformação do pensamento da identidade, consumado por uma filosofia da consciência." (HABERMAS, 1990, p. 43).

Contudo, uma avalanche de acontecimentos históricos desmoronou os pilares do pensamento metafísico (HABERMAS, 1990, p. 43), a saber: (i) a racionalidade metódica estremeceu a noção do todo, fragmentando-o, de modo a existirem vários "todos" que não podem ser aconchegados em uma figura totalizante, enfraquecendo a privilegiada capacidade acolhedora da filosofia[327]; (ii) o desenvolvimento científico acarreta uma destranscendentalização dos conceitos fundamentais, provocando um duro golpe no idealismo; (iii) a reificação e a funcionalização dos modos de vida estremecem o paradigma

---

[325] "Na linha do segundo Wittgenstein, passando por Austin até chegar a Searle, a semântica formal de sentenças é estendida às ações de fala. Ela não se restringe por mais tempo à função representacional da linguagem; abre-se, isto sim, a uma análise objetiva da pluralidade de forças ilocucionárias. A teoria do uso do significado torna os aspectos pragmáticos da expressão linguística acessíveis a uma análise conceitual. E a teoria dos atos de fala corresponde ao primeiro passo em direção a uma pragmática formal [ou universal] extensiva a formas de emprego não cognitivas." (HABERMAS, 2012b, p. 482).

[326] "A metafísica surgira como a ciência do geral imutável e necessário; a partir de agora ela só pode encontrar um equivalente numa teoria da consciência, a qual fornece as condições subjetivas necessárias para a objetividade de juízos gerais, sintéticos *a priori*." (HABERMAS, 1990, p. 22).

[327] Isso pode ser exemplificado através dos códigos próprios dos vários saberes culturais: o direito, a moral, a arte, a política...

da consciência, possibilitando a emergência, a consolidação e a difusão do paradigma da linguagem; e (iv) a constante observação empírica da realidade tem por consequência a decretação do fim da priorização da teoria frente à práxis.

Por via reflexa, o pensamento pós-metafísico é aquele referente à falência da identidade do todo, ao fim dos idealismos e à emergência de um paradigma filosófico da linguagem, em que a observação prática alcança maior destaque que a observação teórica.

Apresentada a imagem norteadora de um pensamento pós-metafísico, Habermas lança as bases concretas de sua pragmática universal, que, na versão mais recente, toma forma como uma teoria do agir comunicativo. Para tanto, o núcleo principal dessa teoria é a teoria dos atos de fala desenvolvida pelos mais ilustres representantes contemporâneos da Escola Analítica Inglesa, Austin (no Reino Unido) e Searle (nos Estados Unidos).

A teoria dos atos de fala esposada por Austin está atenta à concepção pragmática da linguagem[328], ao centrar seus esforços analíticos em proferimentos, que são eminentemente comunicativos, e não na investigação puramente linguística de frases[329].

Assim, Austin vislumbrou nos proferimentos duas espécies distintas de ação humana linguística: os proferimentos constatativos e os proferimentos performativos. Os proferimentos constatativos[330] são aqueles que constatam algo, podendo ser objeto de afirmação (quando o que foi informado é verdadeiro) ou de negação (quando o que foi informado é falso)[331]. Um exemplo de proferimento constatativo: “um gato está debaixo da escada”. Nesse caso, ou o gato está debaixo da escada – caso em que o proferimento é verdadeiro – ou não está – caso em que o proferimento é falso.

Ao lado dos proferimentos constatativos, têm-se os proferimentos performativos[332]. Os proferimentos performativos não são passíveis de constatação, ou seja, não podem ser

---

[328] “Por mais tempo que o necessário, os filósofos acreditaram que o papel de uma declaração era tão-somente o de ‘descrever’ um estado de coisas, ou declarar um fato, o que deveria fazer de modo verdadeiro ou falso. Os gramáticos, na realidade, indicaram com frequência que nem todas as sentenças são (usadas para fazer) declarações, há tradicionalmente, além das declarações (dos gramáticos), perguntas e exclamações, e sentenças que expressam ordens, desejos ou concessões.” (AUSTIN, 1990, p. 21).

[329] “Para Austin, a função fundamental da linguagem não é descrever reflexivamente o mundo, mas comunicar. Por isso ele não parte da análise de frases, mas de proferimentos (*utterances*): atos de emissão de frases realizados por falantes para ouvintes em situações concretas.” (COSTA,Claudio; 2003, p. 43).

[330] “Emitir um proferimento constatativo (isto é, proferi-lo com uma referência histórica) é fazer uma declaração [verdadeira ou falsa].” (AUSTIN, 1990, p. 25).

[331] “[...] Austin distinguiu a sentença constatativa. Esta sim, pode ser verdadeira ou falsa, pois nela algo é informado, constatado, afirmado.” (ARAÚJO, 2004, p. 129).

[332] “Estes exemplos [construídos com os verbos “aceitar”, “batizar”, “legar” e “apostar”] deixam claro que uma dessas sentenças não é **descrever** o ato que estaria praticando ao dizer o que se disse, nem declarar que o estou praticando; é fazê-lo. Nenhum dos proferimentos citados é verdadeiro ou falso; [...]. [...] Que nome daríamos a uma sentença ou a um proferimento deste tipo? Proponho denominá-la **sentença performativa** ou **proferimento perfomativo**, ou, de forma abreviada, ‘um performativo’.” (AUSTIN, 1990, p. 24-25, grifos do autor).

tachados de falsos ou verdadeiros, justamente por não afirmarem algo, mas fazerem algo. Em outras palavras: através dos proferimentos performativos, ações são realizadas[333]. Por exemplo: em um ato de batizado, diz-se "Eu te batizo Francisco"; além de dizer algo, está se realizando, concomitantemente, uma ação, que é, precisamente, o ato de batizar.

Como se disse, os proferimentos performativos não são passíveis de afirmação ou infirmação, mas sim de ser bem-sucedidos (o batizado foi realizado por pessoa autorizada, conforme as regras prescritas[334]) ou fracassados (a pessoa que realizou o batizado é uma impostora, não tendo a prerrogativa necessária para realizar batismos)[335]; nas palavras de Austin, os proferimentos performativos podem ser felizes ou infelizes[336].

Todavia, Austin concebe como problemática[337] a rígida distinção entre proferimentos performativos e proferimentos constatativos; na verdade, todo proferimento pode recolher em si aspectos performativos e aspectos constatativos[338]. Em substituição a essa dicotomia, Austin propõe a distinção dos proferimentos linguístico-comunicativos em atos locucionários, atos ilocucionários e atos perlocucionários.

Atos locucionários são os atos pelos quais se diz algo, utilizando-se, para tanto, de todos os recursos linguísticos possíveis[339]; atos ilocucionários são os atos em que, ao se dizer de algo, executa-se, ao mesmo tempo, esse algo, ou seja, a fala proferida realiza alguma atividade (de informar, de advertir, de apelar, de ameaçar, de repreender, etc.)[340]; por fim, os

---

[333] "[...] [pelos atos performativos] [...] alguma coisa é **feita**, isto é, enunciado e ato coincidem, se identificam, são indissociáveis" (MARCONDES, 2001, p. 19, grifo do autor).

[334] "Os atos que executamos por meio dos enunciados performativos executam ações convencionais, ou seja, são executados na medida em que cumprem normas intersubjetivamente estabelecidas." (OLIVEIRA, 2001, p. 154).

[335] "Embora não podendo ser verdadeiros ou falsos, eles [os proferimentos performativos] podem ser, na terminologia de Austin, **felizes** (bem sucedidos) ou **infelizes** (malogrados)." (COSTA, 2003, p. 45, grifos do autor).

[336] "Quais são essas coisas esperamos descobrir pela observação e classificação dos tipos de casos em que algo sai **errado** e nos quais o ato – isto é, casar, apostar, fazer um legado, batizar, etc. – redunda, pelo menos em parte, em fracassar. Em tais casos não devemos dizer de modo geral que o proferimento seja falso, mas malogrado. Por esta razão chamamos a doutrina das **coisas que podem ser ou resultar malogradas**, por ocasião de tal proferimento, de doutrina das **infelicidades**." (AUSTIN, 1990, p. 30, grifos do autor). Segundo Austin (1990, p. 39-56) as infelicidades ocorrem por desacertos ou maus usos.

[337] "[...] pareceu-nos que nem sempre seria fácil distinguir proferimentos performativos de proferimentos constatativos [...]" (AUSTIN, 1990, p. 85).

[338] "Resulta dessa interpretação dos aspectos performativos e constatativos nos proferimentos analisados, que a distinção de classes mutuamente exclusivas é impossível. Isso não significa, está claro, que a idéia do perfomativo deva ser abandonada, isto é, a idéia de que os proferimentos linguísticos sirvam para realizar atos, nem tampouco que se deva deixar de lado a idéia do constatativo, isto é, a idéia de que os proferimentos linguísticos sirvam para descrever estados-de-coisas. O que se deve abandonar é a idéia de que essas funções são realizadas por classes de proferimentos distintas." (ALMEIDA, 1981, p. 86).

[339] "A esse ato de 'dizer algo' nesta acepção normal e completa chamo de realização de um ato locucionário [...]" (AUSTIN, 1990, p. 85). "**O ato locucionário** é essencialmente linguístico, sendo identificado por referência a determinada língua, com suas regras e convenções fonéticas, sintáticas e semânticas, e com sua função de referir, predicar etc." (MARCONDES, 2001, p. 19, grifos do autor).

[340] "Expliquei a realização de um ato nesse novo sentido como sendo a realização de um ato "ilocucionário", isto é, a realização de um ato **ao** dizer algo, em oposição à realização de um ato **de** dizer algo." (AUSTIN, 1990, p.

atos perlocucionários são aqueles que, presente o elemento ilocucionário, deflagram no ouvinte reações diversas[341].

Um exemplo é capaz de aclarar a relação entre locução, ilocução e perlocução: imagine-se o pedestre que, andando pela calçada, é surpreendido por um assaltante, que diz: "Passa a carteira!". Ao dizer "Passa a carteira!", ele diz algo, com determinados recursos linguísticos (entoação não vacilante, por exemplo) – aí está o ato locucionário.

Contudo, ao mesmo tempo, o proferimento contém um ato ilocucionário: além de dizer algo, o assaltante realiza uma ação, qual seja, uma ameaça ao pedestre. Isso é capaz de provocar na vítima medo, intimidação, cujo consectário é a entrega da carteira, estando aí o ato perlocucionário[342]. Ou, em um exemplo do próprio Austin:

> Ato (A) ou Locução
> Ele me disse, "Você não pode fazer isso".
> Ato (B) ou Ilocução
> Ele protestou contra meu ato.
> Ato (C.a) ou Perlocução
> Ele me conteve, me refreou.
> Ato (C.b)
> Ele me impediu, fez-me ver a realidade, etc.
> Ele me irritou. (AUSTIN, 1990, p. 90).

Em síntese: a teoria dos atos de fala desenvolvida por Austin aduz que os proferimentos contêm, simultaneamente, três atos – o ato locucionário, o ato ilocucionário e o ato perlocucionário[343]. "Quando alguém os enuncia [os atos de fala] executa três atos distintos, mas simultâneos, coextensivos." (ARAÚJO, 2004, p. 131).

Searle, por sua vez, reestrutura, de forma significativa, a teoria dos atos de fala inicialmente elaborada por Austin. É desnecessário apresentar todas as inovações advindas

---

89, grifos do autor). "É considerando o próprio ato locucionário que Austin vai descobrir uma outra dimensão do ato de fala que denomina ato 'ilocucionário': no ato de dizer algo, fazemos também algo." (OLIVEIRA, 2001, p. 158).

[341] "Há um outro sentido em que realizar um ato locucionário, e assim um ato ilocucionário, pode ser também realizar um ato de outro tipo. Dizer algo freqüentemente, ou até normalmente, produzirá certos efeitos ou conseqüências sobre os sentimentos, pensamentos, ou ações dos ouvintes, ou de quem está falando, ou de outras pessoas. E isso pode ser feito com o propósito, intenção ou objetivo de produzir tais efeitos. [...]. Chamaremos a realização de um ato deste tipo de realização de um ato **perlocucionário** ou **perlocução**." (AUSTIN, 1990, p. 90, grifos do autor). "Ele é um ato que realizamos aos dizermos algo, consistindo no efeito do ato ilocucionário sobre os sentimentos, pensamentos ou ações das pessoas." (COSTA, Claudio; 2003, p. 48).

[342] Exemplo desenvolvido com base em outro exemplo, extraído de Claudio Costa (2003, p. 48). Outro exemplo, desta vez apresentado por Manfredo Araújo de Oliveira, também tem elevados potenciais de elucidação: "Que Pedro diga essa frase – o jacaré é perigoso – é um ato locucionário; que Pedro, por meio dessa expressão lingüística, faça uma advertência, isso é o ato ilocucionário; que por meio dessa expressão Pedro consiga afastar alguém do jacaré, isso é o ato perlocucionário." (OLIVEIRA, 2001, p. 160).

[343] O exemplo dado, colacionado do próprio Austin, é capaz de evidenciar a contemporaneidade entre os três tipos de atos de fala citados.

das análises de Searle à teoria dos atos de fala[344]; o que interessa aqui é ressaltar que, para Searle, todo ato de fala ilocucionário contêm um ato proposicional, pelo qual um falante faz referência intencional a um objeto. Assim, estabelece-se a relação entre um falante e um ouvinte sobre determinado objeto[345].

A teoria dos atos de fala, desenvolvida por Austin e Searle, compromissada com o paradigma da linguagem – em contraposição aos paradigmas do ser e da consciência –, constitui o ponto de partida adotado por Habermas para a confecção de uma pragmática universal cuja faceta mais recente redunda em uma teoria do agir comunicativo.

Logo, Habermas acolhe, em linhas gerais, os ensinamentos de Austin e de Searle, realizando reparos em relação à concepção de um e de outro: em relação a Austin, Habermas contesta a simultaneidade das forças locucionárias, ilocucionárias e perlocucionárias dos atos de fala, ou seja, para Habermas, um ato de fala pode ser eminentemente locucionário-ilocucionário **ou** locucionário-perlocucionário[346]. Em relação a Searle, Habermas direciona críticas ao modelo searliano por olvidar o consenso nas comunicações firmadas entre um falante e um ouvinte em relação aos atos de fala ilocucionários proposicionais voltados para determinado objeto[347].

A partir daí, Habermas lança as bases de sua teoria do agir[348] comunicativo[349]. Com apoio nas noções de ilocução e perlocução, Habermas engendra uma tipologia de ações sociais e não sociais, cujo nexo comum é a atividade de interlocução entre um falante e um ouvinte voltada para a compreensão de algo presente no mundo (seja o exterior, seja o

---

[344] O pensamento de Searle encontra-se pormenorizadamente investigado em Theresa Calvet de Magalhães (2011, p. 153-191). Do próprio autor, confira-se: SEARLE, 2002.

[345] "O ato proposicional de referência funciona num ato de fala ilocucionário, quer dizer, com força efetivadora. O locutor seleciona um objeto a respeito do qual dirá ou perguntará algo, que o interlocutor possa reconhecer. O termo que descreve o objeto deve permitir que a intenção de uma identificação ocorra e que o descritor seja verdadeiro desse determinado objeto." (ARAÚJO, 2004, p. 140).

[346] "[...] Austin desfigura essa imagem, ao considerar as interações com base nas quais analisa o efeito unitivo ilocucionário como se elas não fossem **tipologicamente diversas** das interações em que surgem efeitos perlocucionários. Quem faz uma aposta, nomeia um oficial como comandante em chefe, emite um comando, profere uma admoestação ou uma advertência, faz uma predição, confissão ou revelação e não pode, **no mesmo plano da interação**, provocar quaisquer efeitos perlocucionários. O falante só pode almejar objetivos perlocucionários quando engana seu parceiro no que se refere a estar agindo de maneira estratégica [...]." (HABERMAS, 2012b, p. 509, grifos do autor).

[347] "Contudo, [Searle] restringe-se à perspectiva do falante e deixa de lado a **formação do consenso**, isto é, a dinâmica da negociação e do reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. No modelo das duas relações mediadas pela linguagem entre um ator solitário e o mundo único e objetivo, não há lugar para a relação intersubjetiva entre participantes da comunicação à busca de entendimento sobre algo no mundo." (HABERMAS, 2012b, p. 558, grifos do autor).

[348] Veja que, mais do que uma teoria dos atos de fala, Habermas concebe uma teoria da ação social.

[349] Claro, a teoria do agir comunicativo não se baseia somente nas figuras de Austin, Searle e Wittgenstein; outros nomes aparecem como essenciais para a teoria, como Weber, Mead, Lukács, Parsons, Luhmann, Marx, Adorno, Durkheim, dentre outros. É através desses nomes, cujas teorias são, muitas vezes, contraditórias, que Habermas irá erguer sua teoria do agir comunicativo, por meio de seu conhecido estilo reconstrutivo. Para uma análise da metodologia reconstrutivista habermasiana, conferir a obra de Luiz Sérgio Repa (2008a).

interior). Desse modo, as interações sociais podem ser realizadas sob o signo de ações instrumentais, ações estratégicas e ações comunicativas.

As ações estratégicas (uma típica ação social) e as ações instrumentais (uma ação não social) podem ser recolhidas no âmbito daquilo que Habermas chama de agir racional teleológico, cuja característica principal é o cálculo da ação, realizada pelo ser racional, voltado para a obtenção de êxito nos propósitos desejados[350].

A ação estratégica é aquela cujo objetivo é influenciar o comportamento de um ator social. Ou seja, mediante cálculo, um ator consegue direcionar o comportamento do outro, com vistas a obter um resultado que lhe seja satisfatório e consoante seus propósitos iniciais[351]. Já a ação instrumental refere-se à aptidão do ator social em manusear regras técnicas dos mais diversos matizes com vistas a obter o êxito de seus propósitos iniciais, meticulosamente calculados[352].

Apesar de diferentes[353], a ação estratégica e a ação instrumental compartilham de dois elementos comuns, a saber: (i) são previamente direcionadas para uma finalidade bem recortada, qual seja, o sucesso da interação conforme planejada; e (ii) o conteúdo de ambas assenta-se em atos de fala perlocucionários.

A ação comunicativa, por sua vez, é um tipo de ação social em que os atores buscam coordenar seus planos de ação através da linguagem[354] com o propósito de obter um entendimento, firmado entre as partes, sobre algo presente no mundo[355].

> De outra parte, falo ainda de ações **comunicativas** quando os planos de ação dos atores envolvidos são coordenados não por meio de cálculos egocêntricos do êxito

---

[350] "O modelo do agir racional-teleológico toma como ponto de partida que o ator está orientado em primeira linha pela consecução de um fim estabelecido de maneira bastante exata, segundo propósitos claros; de acordo com esse modelo, o ator escolhe os meios que lhe parecem apropriados em uma dada situação e calcula outras consequências da ação, que pode prever como condições secundárias do êxito almejado. O êxito é definido como ocorrência de um estado desejado no mundo, estado que se pode efetivar de maneira causal, por feito ou omissão direcionados a um fim." (HABERMAS, 2012b, p. 495).

[351] "[...] chamamos tal ação de **estratégica** quando a consideramos sob o aspecto da observância de regras de escolha racional e quando avaliamos o grau de efetividade da influência exercida sobre as decisões de um oponente racional." (HABERMAS, 2012b, p. 495-496, grifo do autor).

[352] "Chamamos de **instrumental** uma ação orientada pelo êxito quando a consideramos sob o aspecto da observância de regras técnicas da ação e quando avaliamos o grau de efetividade de uma intervenção segundo uma concatenação entre estados e acontecimentos [...]." (HABERMAS, 2012b, p. 495, grifo do autor).

[353] "O que diferencia a ação instrumental e a estratégica é que na primeira se busca realizar intervenções técnicas nos estados de coisas e nos acontecimentos, enquanto na segunda está em jogo a influência dos atores uns sobre os outros, ou seja, as medidas, calculadas e escolhidas por cada parte isoladamente, para influenciar a decisão da outra parte." (REPA, 2008b, p. 57).

[354] "O conceito do agir comunicativo pressupõe a linguagem como *medium* de uma espécie de processos de entendimento [...]." (HABERMAS, 2012b, p. 191).

[355] "Falamos então de **agir comunicativo** quando agentes coordenam seus planos de ação mediante o entendimento mútuo linguístico, ou seja, quando eles os coordenam de tal modo que lançam mão das forças de ligação ilocucionárias próprias dos atos de fala." (HABERMAS, 2004, p. 118, grifos do autor);

> que se quer obter, mas por meio de atos de entendimento. No agir comunicativo os participantes não se orientam em primeira linha pelo êxito de si mesmos; perseguem seus fins individuais sob a condição de que sejam capazes de conciliar seus diversos planos de ação com base em definições comuns sobre a situação vivida. (HABERMAS, 2012b, p. 495-496, grifo do autor).

Desse modo, o agir comunicativo explode-se no contexto das forças ilocucionárias[356], na medida em que a ilocução estimula, via linguagem, o entendimento[357] dos atores racionais sobre algo no mundo[358]; a força ilocucionária do ato não visa a provocar ou a manipular o comportamento do outro ator com o qual se comunica, mas sim a coordenar ações conjuntas, no sentido de que dizer é fazer[359].

O agir comunicativo, tal como anteriormente delineado, não apresenta a relação comunicativa intersubjetiva que se estabelece entre um falante e um ouvinte. Para tanto, a chave para a compreensão intersubjetiva do agir comunicativo é apresentada através da figura das pretensões de validade[360].

Ao oferecer um ato de fala imbuído de potencial ilocucionário, o falante levanta, através de sua comunicação, diferentes tipos de pretensões de validade, que podem ser aceitas, ou não, pelo ouvinte. Essas pretensões de validade, portanto, proporcionam um engate intersubjetivo, linguisticamente estruturado, em que os interlocutores podem coordenar seus planos de ação de forma conjunta com vistas a se entenderem sobre algo presente nos mundos objetivo, subjetivo ou social.

---

[356] "Portanto, incluo no agir comunicativo as interações mediadas pela linguagem nas quais todos os participantes buscam atingir fins ilocucionários, **e tão somente fins como esses**." (HABERMAS, 2012b, p. 510, grifos do autor).

[357] "O que temos em mente com 'entendimento' ou 'atitude orientada pelo entendimento' tem de ser explicado **tão somente** com base em atos ilocucionários." (HABERMAS, 2012b, p. 507-508, grifos do autor). "O termo entendimento tem o significado mínimo segundo o qual (ao menos) dois sujeitos aptos a falar e agir entendem uma expressão linguística de maneira idêntica." (HABERMAS, 2012b, p. 531).

[358] Habermas pressupõe a existência de três mundos, a saber, o mundo objetivo, o mundo subjetivo e o mundo social. O mundo objetivo liga-se às entidades sobre as quais é possível realizar enunciados verdadeiros; o mundo social refere-se às relações interpessoais legitimamente reguladas; e o mundo subjetivo atém-se às vivências privilegiadamente acessíveis aos falantes (HABERMAS, 2012b, p. 193). Assim: "Somente o modelo comunicativo de ação pressupõe a linguagem como um *medium* de entendimento não abreviado, em que falantes e ouvintes, a partir do horizonte de seu mundo da vida previamente interpretado, referem-se simultaneamente a algo no mundo objetivo, social e subjetivo a fim de negociar definições em comum para as situações. Essa concepção interpretativa da linguagem está subjacente a diversos esforços em favor de uma pragmática formal." (HABERMAS, 2012b, p. 183-184).

[359] "Com a força ilocucionária de uma externação, o falante pode motivar o ouvinte a aceitar sua oferta de um ato de fala e, com isso, motivá-lo a **estabelecer uma ligação racionalmente motivada**. Tal concepção prevê que sujeitos aptos a falar e agir possam fazer referência a mais que um único mundo; e que, ao se entenderem uns com os outros sobre alguma coisa em um mundo único, embasem sua comunicação sobre um sistema de mundos que suponham de maneira compartilhada." (HABERMAS, 2012b, p. 484, grifos do autor)

[360] "Sendo assim, a integração social não se realiza mais de modo direto, mediante valores institucionalizados, mas por meio do reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade levantadas pelos atos de fala." (HABERMAS, 2012a, p. 163).

Habermas aduz que, para cada ato de fala, há três distintas pretensões de validade: a pretensão de veracidade, a pretensão de correção e a pretensão de sinceridade[361]. A pretensão de veracidade diz respeito à veracidade ou não de um enunciado linguístico frente a algo presente no mundo objetivo. A pretensão de correção diz respeito à legitimidade de um enunciado linguístico relativo a um contexto normativo regulador de interações sociais, referente, assim, a algo presente no mundo social. Por fim, a pretensão de sinceridade diz respeito à imbricação entre o que o falante fala e o que ele, de fato, pensa, havendo, portanto, sintonia com seu mundo subjetivo.

Alguns exemplos são capazes de elucidar cada uma dessas pretensões de validade. Para tanto, utilizar-se-á de enunciados curtos[362], capazes de explicitar como um ato de fala voltado para o entendimento levanta uma pretensão de validade. Para tal, considere-se a relação comunicativa firmada entre um falante (F) e um ouvinte (O).

F: "A cor do carro que meu pai comprou é azul". Nesse enunciado, a pretensão de validade levantada é uma pretensão de veracidade, consistente em analisar se o carro adquirido pelo pai do falante é azul ou não, sendo pertinente, portanto, a algo presente no mundo objetivo. Outro exemplo: F: "Aquele que, em uma compra, recebe troco a mais deve devolvê-lo a quem cometeu o engano". Nesse enunciado, a pretensão de validade levantada é uma pretensão de correção, consistente em analisar a legitimidade do enunciado frente a um contexto normativo – aquele que recebe troco a mais deve, conforme os padrões sociais de conduta, devolver o que recebeu a mais; assim, a pretensão de validade de correção amarra-se às regulamentações do mundo social. Por fim, diz F: "Estou sentindo muito calor". Nesse enunciado, a pretensão de validade levantada é a pretensão de sinceridade, em que se analisa a correspondência entre o que o falante fala e o que ele realmente pensa, cujo referencial é, então, o mundo subjetivo.

Qual seria, então, a posição de O em relação a esses enunciados impregnados das respectivas pretensões de validade? A primeira alternativa é O assentir com os enunciados proferidos por F. Assim: O: "De fato, o carro comprado por seu pai é muito bonito, aliás, carros azuis são bonitos"; ou: O: "Não se deve prejudicar ninguém. Se a pessoa recebeu troco

---

[361] Nas palavras do próprio Habermas: "Quando deixamos de lado a boa conformação da expressão simbólica utilizada, um ator orientado nesse sentido em favor do entendimento tem de manifestar com sua exteriorização, de maneira implícita, três pretensões de validade, a saber: - a pretensão de que o enunciado feito seja verdadeiro (ou de que os pressupostos existenciais de um teor proposicional mencionado sejam realmente cumpridos); - a pretensão de que a ação de fala esteja correta com referência a um contexto normativo vigente (ou de que o contexto normativo que ela deve cumprir seja legítima); e – a pretensão de que a intenção expressa do falante corresponda ao que ele pensa." (HABERMAS, 2012b, p. 192).

[362] Claro, na prática cotidiana os enunciados são mais elaborados, albergando cada uma das pretensões de validade.

a mais em uma compra, deve devolvê-lo a quem cometeu o equívoco"; ou: O: "Está muito calor mesmo; vou buscar um ventilador para nós". Nesse caso, como se viu, O concordou com os enunciados proferidos por F, com suas respectivas pretensões de validade. Nesse caso, ocorreu o que Habermas chama de agir comunicativo[363].

Mas pode ocorrer que O não[364] concorde com alguma[365] das pretensões de validade levantadas pelo ato de fala ofertado por F. Assim: O: "Não, amigo, o carro comprado por seu pai não é realmente azul, mas sim azul-céu claro", ou O: "Não concordo que se deva, nesse caso, devolver o troco, dado que os preços firmados por aquele estabelecimento são manifestamente abusivos", ou O: "Ora, se você estivesse, de fato, sentido calor não estaria totalmente agasalhado...".

A contestação de O não desemboca diretamente no agir comunicativo, mas sim na emergência de outro *standard* comunicativo: o discurso. No caso do discurso, os atores aptos a falar e a agir entrarão em uma nova rodada de discussões, cada um oferecendo suas razões, de modo que, ao final da argumentação[366] empreendida, entrem em um consenso sobre o ato de fala ofertado com uma pretensão de validade problematizada ou especialmente tematizada[367].

É importante salientar que o consenso obtido entre falante e ouvinte sobre algo presente no mundo objetivo, subjetivo ou social, seja resultante do agir comunicativo, seja

---

[363] Habermas atenta para o fato de que quem concorda com um proferimento linguístico aceita, simultaneamente, todas as pretensões de validade levantadas: "Quando o ouvinte aceita uma oferta de ato de fala, estabelece-se um **comum acordo** entre (pelo menos) dois sujeitos aptos a falar e agir. Mas esse comum acordo não reside apenas no reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão única de validade, que se destaca de maneira temática. Mais que isso, almeja-se um comum acordo como esses três níveis simultaneamente." (HABERMAS, 2012b, p. 532, grifos do autor).

[364] "Ao recusar com 'não' um ato de fala, por considerá-lo incorreto, não verdadeiro ou não veraz, o ouvinte expressa que a enunciação não está cumprindo suas funções de asseguramento de uma relação interpessoal, representação de estado de coisas ou manifestação de vivências, porque ela ora não está em consonância com **nosso** mundo de relações interpessoais legitimamente ordenado, ora com **o** mundo de estado de coisas existentes, ora com o **respectivo** mundo de vivências subjetivas." (HABERMAS, 2012b, p. 533, grifos do autor).

[365] "Quem refuta uma oferta compreensível de ato de fala contesta no mínimo uma dessas três pretensões de validade." (HABERMAS, 2012b, p. 533).

[366] "Denominamos **argumentação** o tipo de discurso em que os participantes tematizam pretensões de validade controversas e procuram resolvê-las ou criticá-las com argumentos. Um **argumento** contém razões que se ligam sistematicamente à **pretensão de validade** de uma exteriorização problemática." (HABERMAS, 2012b, p. 48, grifos do autor).

[367] "Nas ações [comunicativas], as pretensões de validade faticamente levantadas e que configuram o consenso sustentador são aceitas ingenuamente. O discurso, pelo contrário, serve para a fundamentação de pretensões problemáticas de validade de opiniões e normas." (HABERMAS, 1987a, p. 29, tradução nossa). (No original: "En la acciones, las pretensiones de validez fácticamente elevadas y que configuran el consenso sustentador, son aceptadas ingenuamente. El discurso, por el contrario, sirve para la fundamentación de pretensiones problemáticas de validez de opiniones y normas.").

oriundo de práticas discursivas, não representa uma verdade imanente desacoplada da linguagem, todavia por ela acessada[368].

Por conseguinte, os proferimentos linguísticos serão verdadeiros quando racionalmente justificados entre os atores sociais. Um enunciado tido por verdadeiro pode permanecer com esse predicado por um bom tempo ou não: tudo depende de sua capacidade de resistir a argumentações contrárias a seu núcleo formuladas ulteriormente à sua consolidação. Logo, algo é verdadeiro quando for persuasório aos atores sociais imersos em atitudes comunicativas. O sustentáculo da verdade não é uma realidade ontológica em si, mas a solidez da linguagem que lhe é constitutiva[369].

Na atividade discursiva, em que falante e ouvinte podem problematizar reciprocamente alguma pretensão de validade presente no respectivo ato de fala oferecido, a argumentação deve levar em conta pressuposições[370] idealisticamente direcionadas para o bem sucedido intercâmbio de razões, cujo sucesso é medido pela obtenção de consenso entre os interlocutores a respeito de um proferimento linguístico atinente a algo presente no mundo social, objetivo ou subjetivo.

É o que Habermas chama de situação ideal de fala, cuja principal característica é a imagem de uma argumentação livre de coações externas ou internas, com exceção da força coercitiva do melhor argumento, capaz de levar os interlocutores a um entendimento sólido sobre algo que foi discursivamente problematizado.

> Participantes de uma argumentação têm de pressupor de maneira geral que a estrutura de sua comunicação, em virtude de traços que cabe descrever de maneira puramente formal, exclui toda coação (quer ela atue a partir de fora sobre o processo de entendimento mútuo, quer se origine dele), exceto a coação do melhor argumento (o que implica também a desativação de todos os motivos, exceto pela procura cooperante pela verdade). Sob esse aspecto, pode-se conceber a argumentação como

---

[368] "Por certo, no paradigma linguístico, a verdade de um enunciado não pode mais ser compreendida como correspondência com algo no mundo, pois do contrário teríamos de 'sair da linguagem' por meio da linguagem." (HABERMAS, 2004, p. 242).

[369] "O que consideramos verdadeiro deve poder ser defendido com razões convincentes não só em outro contexto, mas também em todos os contextos possíveis, ou seja, a todo momento e contra quem quer que seja. A teoria discursiva da verdade se inspira nisso; desse modo, um enunciado é verdadeiro quando, nas exigentes condições de um discurso racional, resiste a todas as tentativas de refutação." (HABERMAS, 2004, p. 254).

[370] Antonio Ianni Segatto assim resume essas pressuposições: "(1) Todos os potenciais participantes do discurso devem dispor de igual chance de proferir atos de fala, de tal modo que possam colocar questões e oferecer respostas livremente. (2) Todos devem possuir igual chance de fazer interpretações, afirmações, sugestões, esclarecimentos e justificações e problematizar as pretensões de validade das mesmas, de modo que nenhum preconceito permaneça imune a críticas. (3) São admitidos no discurso apenas os falantes que, enquanto agentes, possuam igual chance de empregar atos de fala, ou seja, de expressar suas posições, sentimentos e intenções. (4) São admitidos no discurso apenas os falantes que, enquanto agentes, possuam igual chance de empregar atos de fala regulativos, ou seja, de dar e recusar ordens, permitir e proibir, prometer e negar promessas etc." (SEGATTO, 2008, p. 47).

> um **prosseguimento reflexivamente direcionado do agir que se orienta por outros meios ao entendimento**. (HABERMAS, 2012b, p. 61, grifos do autor).

A situação ideal de fala é, assim, uma pressuposição do qual não se pode abrir mão: aquele que quer se comunicar sempre idealizará que seu interlocutor compreenderá, em sua inteireza, o ato de fala contido no proferimento linguístico. Ao se entender o contrário, o falante sequer teria força motivadora capaz de alçá-lo a contextos comunicativos. Todavia, a situação ideal de fala jamais se concretizará plenamente, pois a linguagem, como se sabe, é sempre passível de distorções sistêmicas. Logo, a figura da situação ideal de fala é fruto da interação entre o real e o ideal[371].

A se considerar a permanente possibilidade de resgate das pretensões de validade contidas em atos de fala oferecidos por um falante a um ouvinte, é fácil vislumbrar o perigo do alastramento estrutural do dissenso entre os sujeitos aptos a falar e a agir, vez que o consenso, como intuitivo é, enfrenta inúmeros obstáculos para sua implementação. E o dissenso estrutural pode levar à desintegração social[372].

Como forma de remediar este risco de dissenso estrutural[373] capaz de corromper a integração social, Habermas concebe a sociedade em dois planos distintos, compostos pelas célebres categorias do mundo da vida[374] e do sistema.

O mundo da vida é um repositório de saberes, interpretações, valores, visões, sentidos ou conteúdos não problematizados e intersubjetivamente compartilhado entre agentes que se engatam em interações comunicativas. Assim, o mundo da vida represa convicções

---

[371] "Evidentemente, o *status* dessa antecipação inevitável é ainda confuso. Dois mal-entendidos possíveis devem ser, logo, afastados: manifestamente, ou pelo menos no mais das vezes, as condições da fala empírica não são idênticas às da fala lingüística ideal. Pertence, porém, à estrutura da possível fala que nós, na execução dos atos de fala, contrafatualmente ajamos para que a situação lingüística ideal não seja pura ficção, mas real, e isso é o que Habermas chama uma pressuposição. O fundamento normativo da compreensão lingüística são ambas as coisas: antecipado, mas, enquanto fundamento antecipado, real." (OLIVEIRA, 2001, p. 319).

[372] Ora, se o agir comunicativo tem a potencialidade nada desprezível de coordenar planos de ações entre sujeitos racionais dotados da capacidade de argumentar, nessa medida o agir comunicativo é um instrumento de integração social. Neste ponto, observe-se a colocação de Luiz Sérgio Repa: "Aparentemente, recorrer ao conceito de ação comunicativa seria contraproducente para a explicação da integração social. Ele parece mais talhado antes para a desintegração social, já que aponta estruturalmente para um processo de discussão em que nada pode reivindicar validade inquestionável." (REPA, 2008b, p. 61). Não se concorda com o autor: a ação comunicativa tem sim potenciais de integração social; o que pode apontar para a desintegração são as interações comunicativas em que há a problematização direta de uma pretensão de validade – o discurso.

[373] "No caso do agir comunicativo, a dupla contingência, a ser absorvida por qualquer formação de interação, assume a forma especialmente precária de um risco de dissenso, sempre presente, embutido no próprio mecanismo de entendimento, ainda mais que todo dissenso acarreta elevados custos para a coordenação da ação." (HABERMAS, 2010, p. 40).

[374] "Todavia, o alto risco de dissenso, alimentado a cada passo através de experiências, portanto através de contingências repletas de surpresas, tornaria a integração social através do uso da linguagem orientado pelo entendimento inteiramente implausível, se o agir comunicativo não estivesse embutido em contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um maciço pano de fundo consensual." (HABERMAS, 2010, p. 40).

capazes de auxiliar os participantes durante a atividade cooperativa de coordenar conjuntamente ações através de padrões linguísticos[375].

Um exemplo é capaz de aclarar as potencialidades integrativas advindas do mundo da vida. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de julgar a ADPF 54, em cujo bojo estava a discussão sobre a possibilidade de interrupção da gravidez da mulher caso o feto gestado fosse portador de anencefalia. A tarefa do Supremo, por si só, era hercúlea, na medida em que havia persuasivos posicionamentos favoráveis (dignidade da mulher) e contrários (direito à vida) a respeito da controvérsia.

De qualquer forma, a divergência não precisou adentrar pontos como "o que é gravidez", "o que é uma mulher", ou "o que é um feto" pois esses termos são bastante delineados e precisos na linguagem comum ordinária[376]. Desse modo, o Supremo pode fixar-se no discurso de fundo (tolerar juridicamente ou não a interrupção da gravidez de feto anencéfalo), uma vez que os outros pontos assinalados têm significados consensualmente adiantados[377] pelas estruturas comunicativamente sólidas[378] projetadas a partir do mundo da vida.

Assim, é natural dizer que o agir comunicativo tem como pano de fundo o mundo da vida: este proporciona aos interlocutores que atuam comunicativamente o saber cultural impulsionador do consenso fruto da aceitação direta de um ato de fala ou da finalização bem sucedida de um discurso guiado por argumentações recíprocas construídas a partir de pretensões da validade criticadas. Em poucas palavras: o consenso sobre a forma de saber intuitivo do mundo da vida complementa o agir comunicativo ou o discurso.

---

[375] "[...] o mundo da vida aparece como um reservatório de autoevidências e de convicções inabaláveis, do qual os participantes da comunicação lançam mão quando se encontram em processos cooperativos de interpretação." (HABERMAS, 2012a, p. 227); "Tal depósito de saber fornece aos membros **convicções subjacentes**, não problemáticas, que eles têm como garantidas; e a partir dela se forma o contexto dos processos de entendimento, em que os participantes utilizam definições da situação, já comprovadas, ou negociam novas" (HABERMAS, 2012a, p. 229-230, grifos do autor); "[...] o mundo da vida [é] uma reserva de padrões de interpretação, organizados linguisticamente e transmitidos culturalmente." (HABERMAS, 2012a, p. 228).

[376] "Na prática comunicativa do dia a dia, não pode haver situações completamente novas ou desconhecidas. As situações novas emergem de um mundo da vida que se constrói sobre um estoque de saber cultural com o qual estamos familiarizados. Por isso, os que agem comunicativamente não consegue assumir uma posição extramundana diante desse mundo; o mesmo se dá com a linguagem, que constitui o *medium* dos processos de entendimento pelos quais o mundo da vida se mantém. E, ao se servir da tradição cultural, eles garantem a continuidade desta." (HABERMAS, 2012a, p. 230).

[377] "[...] as interpretações se nutrem de um adiantamento de consenso formado no mundo da vida." (HABERMAS, 2012a, p. 329).

[378] É importante salientar que as consolidadas referências culturais presentes no mundo da vida estão submetidas a críticas e problematizações: "Qualquer passo dado além do horizonte de uma determinada situação abre o caminho para um novo contexto de sentido carente de explicação, porém já conhecido intuitivamente. O que até então era 'autoevidente' transforma-se num saber cultural que pode ser utilizado para definições de novas situações e ser exposto a um teste no agir comunicativo." (HABERMAS, 2012a, p. 244).

O mundo da vida, como aparato fornecedor de certezas imediatas a serem intuitiva e previamente utilizadas pelos sujeitos racionais entretidos em relações comunicativas, é composto por três componentes estruturantes[379], quais sejam: a cultura, a personalidade e a sociedade.

A cultura é o componente do mundo da vida que proporciona o saber não-tematizado utilizado pelos interlocutores durante suas relações comunicativas[380]; a personalidade é o componente do mundo da vida que oferece ao sujeito a capacidade interativa de falar e de agir, outorgando-lhe as condições necessárias para a participação em processos comunicativos, o que repercute na própria autoafirmação pessoal[381]; por fim, a sociedade é o componente do mundo da vida que assegura o sentimento de pertencimento do indivíduo a determinados agrupamentos humanos caracterizados pela regulação legítima de ordens dos quais se pode extrair solidariedade[382].

> Sob o **aspecto** funcional do **entendimento**, o agir comunicativo se presta à transmissão e à renovação de um saber cultural [cultura]; sob o aspecto da **coordenação da ação**, ele possibilita a integração social e a geração de solidariedade [sociedade]; e sob o **aspecto da socialização**, o agir comunicativo serve à formação de identidades pessoais [personalidade]. (HABERMAS, 2012a, p. 252, grifos do autor).

Note-se que há uma imbricação, pelo menos sob o aspecto da referenciabilidade temática[383], entre os mundos (objetivo, social e subjetivo), as pretensões de validade (veracidade, correção e sinceridade) e os componentes do mundo da vida (cultura, sociedade e personalidade).

Os componentes do mundo da vida, no entanto, estão sujeitos a patologias que interferem negativamente em seus respectivos mecanismos de reprodução[384]. Assim, no que

---

[379] "O mundo da vida [...] manifesta-se como um complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais – tudo reproduzido pelo agir comunicativo." (HABERMAS, 2010, p. 42).

[380] "A **cultura** constitui o estoque ou reserva de saber, do qual os participantes da comunicação extraem interpretações no momento em que tenham se entender sobre algo no mundo." (HABERMAS, 2012a, p. 252, grifo do autor).

[381] "Interpreto a **personalidade** como o conjunto de competências que tornam o sujeito capaz de fala e de ação – portanto, que o colocam em condições de participar de processos de entendimento, permitindo-lhe afirmar sua identidade." (HABERMAS, 2012a, p. 253, grifo do autor).

[382] "Defino **sociedade** por meio das ordens legítimas pelas quais os participantes da comunicação regulam sua pertença a grupos sociais, assegurando a solidariedade." (HABERMAS, 2012a, p. 252, grifo do autor).

[383] Adverte Habermas: "[...] o *status* da categoria 'mundo da vida' não coincide com os dos 'conceitos formais de mundo' [...]. Estes formam, junto com as pretensões de validade criticáveis, o andaime categorial que permite ordenar no mundo da vida pré-interpretado as situações problemáticas necessitadas de acordo." (HABERMAS, 2012a, p. 230).

[384] Para ser mais claro, os processos de reprodução dos componentes do mundo da vida são: (i) por parte da cultura, a reprodução cultural; (ii) por parte da sociedade, a integração cultural; e (iii) por parte da personalidade, a socialização.

tange à cultura, a patologia apresenta-se como perda de sentido, ou seja, a reserva de saber não é mais suficiente para suplementar processos de entendimento[385]; em relação à sociedade, a patologia apresenta-se como anomia, pela qual os atores sociais já não têm à disposição ordens legítimas para contextos normativos[386]; enfim, no que toca à personalidade, a patologia apresenta-se como psicopatologias ou manifestações de alienação, em que a identidade do sujeito encontra-se em desmoronamento, o que repercute, destarte, nos processos intersubjetivos de comunicação[387].

Poder-se-ia indagar qual seria a causa para o surgimento de patologias nos componentes estruturantes do mundo da vida; a resposta recai sobre o outro modo de remediar o risco de dissenso capaz de causar avarias profundas na integração social: o sistema[388].

A noção de sistema, na teoria habermasiana, é erigida com apoio principalmente nos estudos de Luhmann e de Parsons. Nesse sentido, o sistema, no linguajar da teoria do agir comunicativo, pode ser encarado como um conjunto de interações sociais estratégicas coordenadas pelos meios dinheiro e poder[389].

Note-se que a linguagem não assume papel de protagonista na coordenação de ações, uma vez que tal objetivo é alcançado através de "meios" informados por códigos altamente especializados insuscetíveis ao manuseio linguístico. Isso quer dizer que o sistema não está à disposição dos atores sociais – ele é imune ao agir comunicativo por estar intrinsecamente comprometido com o agir racional teleológico.

Portanto, o sistema comporta uma racionalidade com respeito a fins, que pode assumir as facetas de agir estratégico e agir instrumental, ambos, conforme averbado,

---

[385] "Em tais casos, o estoque cultural de saber, do qual os atores dispõem, já não consegue cobrir as necessidades de entendimento exigidas numa nova situação. A partir daí, os esquemas de interpretação tidos como válidos falham e a fonte, cognominada 'sentido', seca." (HABERMAS, 2012a, p. 257).

[386] "Nesses casos, os atores já não conseguem suprir a necessidade de coordenação resultante de novas situações, lançando mão das ordens legítimas existentes. As pertenças sociais legitimamente reguladas se tornam insuficientes e a fonte, intitulada 'solidariedade social', estanca." (HABERMAS, 2012a, p. 257).

[387] "Nesses casos, as capacidades dos atores não são suficientes para manter a intersubjetividade das situações de ação definidas em comum. E o sistema da personalidade não consegue manter sua identidade, a não ser à custa de estratégias de defesa que prejudicam uma participação objetiva em interações, de modo que a fonte, intitulada 'força do eu', se evapora." (HABERMAS, 2012a, p. 258).

[388] "Sociedades modernas são integradas não somente através de valores, normas e processos de entendimento, mas também sistemicamente, através de mercados e do poder administrativo. Dinheiro e poder administrativo constituem mecanismos da integração social, formadores de sistema, que coordenam as ações de forma objetiva, como que por trás das costas dos participantes da interação, portanto não necessariamente através da sua consciência intencional ou comunicativa." (HABERMAS, 2010, p. 61).

[389] Concorda-se com a afirmação de Marcelo Neves (2008, p. 74) no sentido de que a noção de sistema, em Habermas, é altamente imprecisa; de qualquer forma, o proponente aduz que, de acordo com a teoria do agir comunicativo, "o sistema pode ser definido como conexão de ações racionais-com-respeito-a-fins **mediatizadas** por dinheiro e poder como meios deslingüistizados." (NEVES, 2008, p. 74, grifo do autor).

constituídos a partir de atos de fala dotados de força perlocucionária. Traduzindo: as interações sociais não são conduzidas em direção à busca pelo consenso sobre algo no mundo, mas sim à manipulação voltada para o êxito que contemple algum benefício ou utilidade monetária ou de poder.

Em síntese:

> Tal reorientação da coordenação da ação, que passa da linguagem para os meios de controle, faz com que a interação seja desligada dos contextos do mundo da vida. Meios como o dinheiro e o poder se assentam sobre vinculações motivadas empiricamente; codificam uma forma teleológica de tratar quantidades de valores calculáveis, tornando possível uma influenciação estratégica generalizada nas decisões de outros participantes da interação, **passando ao largo** dos processos de formação linguística do consenso. À medida que simplificam a comunicação linguística e a substituem por uma generalização simbólica de prejuízos e ressarcimentos, o contexto do mundo da vida, em que os processos de entendimento estão inseridos, é desvalorizado em benefício de interações controladas [estrategicamente] por meios, e, como consequência, a coordenação das ações não necessita mais do mundo da vida. (HABERMAS, 2012a, p. 330-331, grifos do autor).

O processo de racionalização típico da modernidade, por um lado, repercute no mundo da vida, por meio da diferenciação de seus componentes estruturais (sociedade, personalidade e cultura), mas, por outro lado, estimula o surgimento de sistemas arredios à comunicabilidade, porque conformados através dos meios poder e dinheiro[390].

Quando os atores sociais utilizam-se precipuamente dos meios dinheiro e poder como forma de coordenar suas ações sociais, desacoplando-as das potencialidades de um agir comunicativo, ocorre a famosa tese da colonização do mundo da vida pelos imperativos sistêmicos: **em vez da comunicação entre um falante e um ouvinte na busca por consenso a respeito de algo presente no mundo, há a padronização pasteurizante da conduta dos atores sociais, guiada pela lógica do dinheiro e do poder**. As consequências dessa colonização são nefastas tanto para a esfera pública quanto para a esfera privada:

> À medida que o sistema econômico submete a seus imperativos a forma de vida das economias domésticas privadas e a conduta de vida de consumidores e assalariados, o **consumismo** e o **individualismo possessivo**, bem como os motivos relacionados com o **rendimento** e a **competitividade**, se transformam na **força configuradora**. A prática comunicativa cotidiana é racionalizada unilateralmente a favor de um estilo de vida marcado pela **especialização** e pelo **utilitarismo**; e tal mudança para orientações da ação racional-teleológicas, induzida pelos meios, provoca a reação de um **hedonismo** que tenta aliviar essa pressão oriunda da racionalidade. Do mesmo modo que o sistema econômico solapa a esfera privada, a **esfera pública** é

[390] "O mundo da vida racionalizado possibilita o surgimento e o crescimento de certos subsistemas, cujos imperativos, ao se tornarem autônomos, ricocheteiam de modo destrutivo sobre o próprio mundo da vida!" (HABERMAS, 2012a, p. 336).

> **esvaziada** pelo sistema administrativo. A **burocracia** se apodera dos **processos espontâneos de formação da opinião e da vontade**, privando-os de seu conteúdo; a partir daí, amplia-se o espaço para uma mobilização planejada da **lealdade das massas** e se facilita, de outro lado, a **separação** entre as decisões políticas e os contextos concretos da vida que formam a identidade e fornecem elementos para a **legitimação**. (HABERMAS, 2012a, p. 587-588, grifos acrescidos).

Invadido o mundo da vida pelos imperativos sistêmicos, os componentes estruturantes desse reservatório de saber complementar ao agir comunicativo ficam submetidos às patologias anteriormente assinaladas, a saber, a perda de sentido, a anomia e as psicopatologias ou a alienação, enfraquecendo, portanto, os processos de entendimento linguisticamente embasados. O risco do dissenso é mitigado através das interações sistêmicas, mas cobra-se um preço – talvez por demais alto – que é precisamente a subtração dos participantes de interações comunicativas.

Assim, a pragmática universal habermasiana, em sua versão mais recente, consistente na teoria do agir comunicativo, dá uma contribuição decisiva à filosofia da linguagem: de um lado, apresenta novos pontos relevantes para a elucidação da teoria dos atos de fala, principalmente quando propõe que todo ato de fala contém alguma pretensão de validade; por outro lado, lembra a pragmática universal que a linguagem está sujeita a distorções sistêmicas cooptantes, fornecendo uma teoria crítica da linguagem capaz de diagnosticar a modernidade tardia como o tempo em que o mundo da vida é colonizado por imperativos sistêmicos.

4.1.2 *Síntese conclusiva: filosofia da linguagem, intersubjetividade e direito*

A linguagem, durante considerável lapso temporal, ostentou posição de somenos importância no pensamento filosófico. Atualmente, ocupa a dianteira das especulações filosóficas, reverberando, inclusive, em outros campos do saber.

Não existe absolutamente nada anterior à linguagem: tudo é dela resultante. E quando se diz “linguagem”, carrega-se uma forte pressuposição nos potenciais da comunicação, do diálogo. O diálogo nasce das interações firmadas entre, no mínimo, um falante e um ouvinte, que se entretêm sobre algo presente no mundo. Nesse sentido, ao apresentar um ato de fala que contenha determinadas pretensões de validade ao ouvinte, o falante dá o pontapé inicial para a própria constituição do mundo circundante, que será confirmada a partir do assentimento dado pelo ouvinte. Havendo discrepância entre a posição do falante e a do ouvinte, o caminho possível sempre será um: o diálogo intersubjetivamente assentado.

> Essa análise parte de um conceito de linguagem como comunicação que se funda na noção de **intersubjetividade**: o uso da linguagem consiste em um ato de entendimento mútuo, levando necessariamente a um acordo fundamentado, justificado, ao qual se chega através do **diálogo**, através da possibilidade de se retomar, interrogar o discurso, característica inerente em princípio a todo uso da linguagem. O paradigma de toda situação possível de discurso é o **diálogo**. (MARCONDES, 2001, p. 112, grifos do autor).

A linguagem é comunicação, a comunicação é intersubjetiva e a intersubjetividade somente opera-se através do diálogo. Se todo o mundo que nos rodeia é oriundo da linguagem, é fácil perceber que uma construção social como o direito também o é. Nessa medida, o direito não **"é"** algo (paradigma do ser), ou algo que "é" dito por **mim** ou por **você** (paradigma da consciência): o direito é aquilo que **nós** (paradigma da linguagem) dizemos que ele "**está**"[391]. É nesse pressuposto, do **rompimento do biombo do dado**, que o direito discursivo e a democracia deliberativa, abaixo expostos, apoiam-se estruturalmente.

4.2 Em busca de uma nova legitimidade (I): o direito discursivo

O audacioso projeto teórico do direito discursivo[392], empreendido originariamente por Jürgen Habermas, tem como grande objetivo tornar o direito um espaço não somente da positividade intrínseca à legalidade, mas também um lócus em que a fundamentação discursiva do direito, realizada através de uma racionalidade comunicativa[393], seja capaz também de lhe emprestar uma legitimidade[394] qualitativamente distinta daquela que sustentava sociedades pré-modernas e modernas[395].

---

[391] Manifestando hesitação sobre o aproveitamento da filosofia da linguagem pelo direito: "Embora a linguagem seja para o direito um auxiliar indispensável, é ao campo do ilocucionário – extralinguístico – que pertence sua essência. É certo que o direito precisa do locucionário para ser dito e comunicado; sem ele, a qualificação jurídica dos fatos seria até impossível. Mas a essência do direito não reside na linguagem jurídica; encontra-se 'acima dos elementos lingüísticos'; oculta-se na 'extraordinária engenharia subterrânea, inaparente, que está por trás de nossos procedimentos e de nossa vida social'." (GOYARD-FABRE, 2002, p. 293).

[392] Na versão mais propalada, trata-se da chamada "teoria discursiva do direito". Além das indicações bibliográficas aqui apresentadas, podem-se consultar os seguintes autores para uma análise discursiva do direito: Cláudio Pereira de Souza Neto (2002), Gisele Cittadino (2004), Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2001), Maria Fernanda Salcedo Repolês (2003), Antônio Carlos de Souza Cavalcanti Maia (2008), Barbara Freitag (2004), Lúcia Maria de Carvalho Aragão (2002), Maria Tereza Fonseca Dias (2003), Miracy Barbosa de Sousa Gustin (1999) e Menelick de Carvalho Netto (2001).

[393] Basicamente, a racionalidade comunicativa tem o propósito de substituir a racionalidade prática. Esta é concebida como o manancial que fornece formas de ação guiadas por razões subjetivamente elaboradas ou politicamente estruturadas. Já a racionalidade comunicativa refere-se aos possíveis comportamentos orientados racionalmente e produzidos por dois ou mais sujeitos engatados em processos comunicativos. "A racionalidade comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* linguístico, através do qual as interações se interligam e as forma de vida se estruturam." (HABERMAS, 2010, p. 20).

[394] "**Legitimidade significa que um ordenamento político é digno de ser reconhecido**. Com essa definição, sublinha-se que a legitimidade é uma exigência de validade contestável; e que é (também) do reconhecimento

Em *Teoria do Agir Comunicativo*, publicado em 1981, Habermas já tinha a impressão de que o direito seria caracterizado por uma ambivalência estrutural, dada a interface que a estruturação jurídica ostenta frente aos imperativos sistêmicos do dinheiro – economia – e da burocracia – Estado – e também com o mundo da vida comunicativamente estruturado[396].

Não obstante esse *insight* sobre as potencialidades não somente sistêmicas, mas também comunicativas (e, portanto, emancipatórias) da organização jurídica, *Teoria do Agir Comunicativo* não apresentou uma programação direcionada a explicitar como o direito pode assentar suas raízes no mundo da vida de modo a sugar daí uma legitimidade que seja compatível com a complexidade social hodierna[397].

É somente na década de 1990, através de *Direito e Democracia*[398], que Habermas apresentará o projeto que elabora o arcabouço jurídico não somente como fator de integração sistêmica voltada à estabilização de comportamentos, mas também como fonte de legitimidade capaz de garantir a integração social em sociedades complexas, obtida via aceitabilidade racional das normas.

De que maneira, então, o direito discursivo apresentado em *Direito e Democracia*, reformula a categoria jurídica de modo a vislumbrá-la como método institucional[399] de integração social? Basicamente, isso ocorre através da leitura do direito como meio de interação, de modo externo e interno, entre **facticidade** e **validade**, o que se desdobra em uma série de realinhamentos teóricos.

(pelo menos) factual dessa exigência que depende a estabilidade de um ordenamento de poder." (HABERMAS, 1980, p. 219-220, grifos do autor).

[395] Daí já se afastam visões de "desencantamento" do direito operadas pela economia política (o direito como mera superestrutura de reprodução da ideologia capitalista) ou de teorias sistêmicas (o direito como um mero sistema autopoiético informado pelo código binário lícito/ilícito e desligado de outras *epistemes*).

[396] Isso se torna patente, segundo Habermas, através do direito materializado do Estado Social: "Sob pontos de vista de uma teoria da ação, o paradoxo dessa estrutura jurídica pode ser explicado da seguinte maneira: enquanto meio, o próprio direito social é talhado conforme esferas de ação que se constituem em formas de organização jurídica; por isso ele necessita de mecanismos sistêmicos para se manter coeso. Ao mesmo tempo, porém, o direito social abrange situações de ação embutidas nos contextos informais do mundo da vida." (HABERMAS, 2012a, p. 660).

[397] Talvez seja natural que seja assim, porquanto *Teoria do Agir Comunicativo* tem uma abrangência de abordagem mais filosófica, política e sociológica do que jurídica.

[398] Publicado na Alemanha em 1992.

[399] O reencantamento com o direito como instrumento de integração social ocorre principalmente na década de 1970, com *Teoria da Justiça*, de Rawls. Todavia, esse olhar filosófico sobre as potencialidades do direito perde em aptidão prática por ignorar sua dimensão institucional, que é o núcleo do discurso jurídico (HABERMAS, 2010, p. 94). O direito discursivo, assim, apesar de embasado em elucubrações teóricas abstratas, tem a pretensão de levar na devida conta o aspecto institucional do fenômeno jurídico.

A relação entre facticidade e validade, portanto, visa a conceder uma nova legitimidade ao direito, ao ancorá-lo tanto no sistema[400] quanto no mundo da vida[401]. Um rápido olhar histórico é capaz de ver que o direito, de um modo ou de outro, sempre esteve atrelado a alguma espécie de legitimidade.

Dessa forma, em sociedades arcaicas, marcadas por uma visão holística centrada na figura do sagrado e do mítico, o direito é visto como atuação particularizada não cerceada por qualquer norma objetiva[402], na medida em que é a categoria do transcendental que condiciona o comportamento humano[403]. O estágio de desenvolvimento moral, aqui, é pré-convencional[404], e a legitimidade do agir humano lastreia-se em sua correspondência com os padrões tidos como corretos pelo *standard* mítico[405].

Já nas sociedades tradicionais, ainda não modernas, o direito torna-se mais organizado, de modo a ordenar os comportamentos individuais com vistas a objetivos sociais. Todavia, esse direito ainda não se encontra funcionalmente diferenciado da moral e da ética, estando subordinado a esses elementos metajurídicos. O direito não é, então, criação cultural espontânea, mas sim herdada[406]. O estágio de desenvolvimento moral atrela-se ao nível convencional[407], e a legitimidade jurídica busca seus fundamentos em tradições e costumes sociais não mais imbuídos de conotações míticas.

---

[400] Por que o direito deve também assentar-se no sistema? Nas sociedades modernas hipercomplexas, o risco de dissenso capaz de desintegrar a sociedade alastra-se consideravelmente; o sistema é visto, dessa forma, como um mecanismo necessário para a integração social na medida em que subtrai o risco de dissenso ao coordenar ações, ainda que à custa de práticas comunicativas (HABERMAS, 2010, p. 61). A partir disso, interações estratégicas são reguladas normativamente por meio de um direito construído comunicativamente pela comunidade estatal (HABERMAS, 2010, p. 46), remediando o risco de dissenso e de cooptação sistêmica.

[401] Assim, o direito "[...] detém uma função de charneira entre sistema e mundo da vida [...]", da qual resulta uma "[...] 'posição dupla' [...] que faz a mediação entre um mundo da vida, reproduzido pelo agir comunicativo, e sistemas sociais funcionais, que formam mundos circundantes uns para os outros." (HABERMAS, 2010, p. 82).

[402] "No nível do direito primitivo, ainda falta o conceito de norma objetiva" (HABERMAS, 2012b, p. 450).

[403] Diz Marcelo Neves: "O direito revelado, que corresponde ao nível de consciência pré-condicional e baseia-se numa ética mágica, apóia-se fundamentalmente em expectativas de comportamento particulares. Isso significa que não está presente a noção de norma como expectativa generalizada de comportamento." (NEVES, 2008, p. 53-54). É importante ressaltar que Marcelo Neves, apesar de mais intimamente ligado à teoria sistêmica de Luhmann, não deixa de fazer comentários elucidativos sobre a obra habermasiana.

[404] O nível moral pré-convencional abrange dois estágios: (i) o direito é a obediência literal às regras e às autoridades, como forma de evitar o castigo, e (ii) o direito é a forma de se satisfazer às necessidades egoísticas (HABERMAS, 1989, p. 152).

[405] "Nestas últimas [sociedades arcaicas], a religião, por exemplo, funcionava como um referencial decisivo das normas e deveres que, através da autoridade revelada de uma figura sagrada, organizava e ordenava a ação das pessoas, o modo de vida de determinadas comunidades e as leis e costumes dessas últimas." (HULSHOF; KEINERT; MELO, 2008, p. 74).

[406] "[...] no nível do direito tradicional, as normas valem como se tivessem sido dadas, como se fossem convenções legadas [...]." (HABERMAS, 2012b, p. 450).

[407] Essencialmente, a moral convencional refere-se ao dever de cumprir o direito, com o fito de manter a ordem e a coesão sociais, dando bem-estar ao agrupamento humano (HABERMAS, 1989, p. 153).

As sociedades modernas, caracterizadas pela diferenciação funcional de esferas culturais – arte, religião, política, ética e mesmo o direito possuem mecanismos geradores de sentido capazes de funcionar conforme suas próprias linguagens especializadas –, são ordenadas normativamente por um direito sancionado coercitivamente pelo poder político[408]. Corresponde ao primeiro estágio do desenvolvimento moral pós-convencional[409]. Por conseguinte, a legitimidade do direito encerra-se em sua própria legalidade. O direito moderno, portanto, é positivo, legal e formal (HABERMAS, 2012b, p. 452-453).

Com efeito, a partir desse pequeno esboço sobre o direito moderno, pode-se concluir que a modernidade legou uma organização jurídica organizada simplesmente na facticidade de imposições coercitivas de normas de conduta, com desprezo a um repertório de validade diferenciado capaz de garantir a própria legitimidade da imposição jurídica.

O escopo de Habermas é criticar esse modelo reducionista da legitimidade à legalidade[410], apontando como principal alternativa a essa condição meramente sistêmica do fenômeno jurídico o resgate da validade como seu elemento estruturante. A legitimidade do direito, em síntese, depende da tensão entre validade e facticidade.

4.2.1 *As tensões interna e externa entre facticidade e validade*

Já se sabe que, para o direito discursivo, a legitimidade do direito não pode basear-se em repertórios míticos, em costumes ou tradições dessacralizadas ou em uma positividade que somente atenha-se às coerções necessárias para a estabilização de expectativas de comportamento em que o legal é, por si só, legítimo.

As complexas sociedades atuais dependem de uma legitimação que não fique trancafiada apenas na facticidade da violência impositiva do fenômeno jurídico, mas também – e principalmente – de uma validade que retire suas capacidades legitimatórias de um mundo da vida comunicativamente estruturado e não invadido por imperativos sistêmicos.

Até aqui apenas firmou-se a premissa de que a legitimidade do direito depende da tensão estrutural entre validade e facticidade. Mas o que seriam, precisamente, esses

---

[408] "[...] é apenas no nível do direito moderno que se podem considerar as normas como estatutos arbitrariamente constituídos e julgá-las segundo princípios que, de sua parte, estejam vigentes de maneira meramente hipotética." (HABERMAS, 2012b, p. 450-451).

[409] "O direito é sustentar os direitos, valores e contratos legais básicos de uma sociedade, mesmo quando entram em conflito com as regras e leis concretas do grupo." (HABERMAS, 1989, p. 153).

[410] Ainda em *Teoria do Agir Comunicativo*, alertava Habermas: "A crença na legalidade de um procedimento não pode gerar legitimidade *per se*, ou seja, em virtude de uma constituição estatutária." (HABERMAS, 2012b, p. 463).

elementos? A facticidade refere-se à aptidão de o direito impor os padrões de conduta normatizados a seus destinatários de modo coercitivo.

Já a validade refere-se ao modo pelo qual o direito foi normatizado, no que se exige um processo racional e imparcial de elaboração normativa, cuja autoria somente pode ser imputada aos próprios destinatários das imposições normativas coercitivas. Em síntese, a facticidade diz da coação de sanções exteriores, ao passo que a validade conecta-se à força ligadora de convicções racionalmente motivadas (HABERMAS, 2010, p. 45).

A tensão entre facticidade e validade traduz-se, portanto, na formulação de uma positividade legítima.

> [...] a positividade do direito não pode funda-se somente na contingência de decisões arbitrárias, sem correr o risco de perder seu poder de integração social. O direito extrai a sua força muito mais da aliança que a positividade do direito estabelece com a pretensão à legitimidade. (HABERMAS, 2010, p. 60).

Ou seja, o direito legítimo somente pode surgir quando as coerções normativas direcionadas aos destinatários do ordenamento jurídico são de autoria desses mesmos destinatários, o que requer um processo de legislação livre de coações, racionalmente motivado e linguisticamente intersubjetivado.

A tensão entre facticidade e validade, vista sob o ângulo da relação entre positividade e legitimidade, é uma tensão interna e inerente ao direito, ou seja, atém-se ao modo pelo qual o direito impõe-se e à legitimidade dessa imposição jurídica[411].

Todavia, a tensão entre facticidade e validade também pode ocorrer de modo externo ao direito (mas que a ele também tangencia). A tensão externa entre facticidade e validade oportuniza a reflexão sobre a relação entre o direito e sua ambiência político-social. A questão, aqui, é analisar até que ponto as demandas políticas articuladas pela sociedade, principalmente aquelas levantadas ou tematizadas pelas redes periféricas de comunicação informal do mundo da vida, são recepcionadas e sancionadas pelo direito[412]. Toda essa

---

[411] "Do ponto de vista interno, a tensão entre validade e facticidade manifesta-se inicialmente na relação entre positividade e legitimidade. O direito vale não apenas porque é posto, mas sim enquanto é posto de acordo com um procedimento democrático, no qual se expressa intersubjetivamente a autonomia dos cidadãos." (NEVES, 2008, p. 114).

[412] "Mas a tensão entre facticidade e validade não se mostra unicamente de um ponto de vista interno ao direito, não pode ser compreendida unicamente como uma tensão entre a positividade e a legitimidade do direito. Ao se abandonar o campo abstrato da dimensão interna da tensão, ao se ampliar a perspectiva da análise para os contextos sociais concretos em que é jogada a tensão entre facticidade e validade, modificam-se também os seus termos, que passam a ser agora os de uma tensão entre a facticidade do poder e a validade pretendida pela autonomia política dos cidadãos." (NOBRE, 2008, p. 31).

postulação teórica a respeito da estrutura jurídica e sua imbricação com o respectivo entorno social é investigada através da concepção de democracia deliberativa[413].

Por ora, a análise é tão somente sobre a tensão interna entre facticidade e validade[414], cujo consectário é uma nova identidade para a autocompreensão do direito na modernidade. Para tanto, reparos teóricos devem ser realizados no que atina às relações entre autonomia pública e autonomia privada, entre direito e moral e entre direito e política.

4.2.1.1 A cooriginariedade entre autonomia pública e autonomia privada

O manejo da tensão interna ao direito, permeada entre a facticidade de imposições jurídicas coercitivas e a validade típica de uma legitimidade que autoriza discursivamente aquelas sanções exteriores, leva a uma reconstrução do sistema jurídico em sua globalidade, cuja primeira repercussão é a nova releitura sobre as relações entre autonomia pública e autonomia privada.

Autonomia refere-se à capacidade de o homem mover-se conforme suas próprias convicções pessoais; levando-se para o âmbito jurídico, a autonomia jurídica traduz-se especificamente em direitos subjetivos conferidos aos sujeitos de direito que lhes oportunizam a liberdade necessária para sua autorrealização pessoal[415].

Como alcançar, então, a plena autonomia jurídica? A essa indagação foram dadas duas ordens de respostas baseadas em diferentes concepções jurídico-filosóficas. A primeira resposta diz que a autonomia jurídica somente pode ser alcançada quando for uma autonomia jurídica privada; ao passo que a segunda resposta diz que a autonomia jurídica somente pode ser alcançada quando for uma autonomia jurídica pública. Essas duas diferentes visões sobre a autonomia jurídica disputaram – e continuam a disputar – a própria noção do que é o direito e de qual é sua própria finalidade.

---

[413] Assim, o presente item atinente ao "direito discursivo", restringirá sua análise à tensão interna entre facticidade e validade. A tensão externa será apresentada no próximo item, referente à "democracia deliberativa".

[414] A versão brasileira de *Direito e Democracia*, publicada originariamente em 1997, com tradução de Flávio Beno Siebeneichler, foi dividida em dois volumes: no primeiro, estão os capítulos I a VI; no segundo, os capítulos VII a IX. Se o primeiro volume trata da tensão interna entre facticidade e validade, o segundo volume aborda a tensão externa entre facticidade e validade. Igualmente realizando tal distinção está Marcos Nobre (2008, p. 29).

[415] "A filosofia moderna cunhara a noção de autonomia como a liberdade possuída pelo sujeito de seguir apenas as normas que ele mesmo produz; vale dizer, como a liberdade que permite ao indivíduo ser seu próprio senhor, garantindo que a determinação de sua vontade e de sua conduta dependa apenas de si mesmo e não de forças externas de qualquer tipo. O qualificativo jurídico, por seu turno, especifica a noção de autonomia de forma a transformá-la numa pretensão a ser alojada no interior de códigos jurídicos concretos: a autonomia jurídica, assim, passa a representar as liberdades para a autocondução da vida humana definidas por direitos subjetivos portados por cidadãos de comunidades jurídicas específicas." (SILVA, 2008, p. 91).

A autonomia jurídica privada concebe o fenômeno jurídico como um instrumento voltado para a salvaguarda da liberdade moral do indivíduo. Nesse sentido, o homem tem de ter a liberdade necessária para poder inventar-se e reinventar-se continuadamente sem qualquer espécie de assédio externo, principalmente advindo de uma concepção ético-social albergada por uma determinada comunidade estatal.

Ou seja, a autonomia humana somente pode ocorrer através do direito quando há um espaço privado, que deve ser rigidamente respeitado por outras pessoas ou pelo aparato estatal. Isso significa que a autonomia jurídica atém-se à possibilidade de a própria pessoa definir o que é bom para ela, obstaculizando-se intervenções não consentidas.

Destarte, o que fundamenta a autonomia jurídica privada é um liberalismo que produz uma visão política a partir de um ponto de vista econômico, sendo cabalmente refratário a um aparato social ou estatal aptos a intrometerem-se na vida privada alheia, condicionando-a conforme um esquema genérico do que seja uma vida boa. O núcleo da autonomia jurídica privada do liberalismo são os chamados direitos negativos, direitos de primeira dimensão ou, em uma linguagem mais filosófica, a "liberdade dos modernos".

Eis um rico léxico direcionado, portanto, à criação de barreiras jurídicas capazes de permitir ao ser humano autodeterminar sua própria biografia sem qualquer tipo de interferência ética[416]. A consequência dessa visão privatística da autonomia é a repressão às potencialidades de um autogoverno capaz de direcionar legitimamente a vida social.

Outra perspectiva aduz que a autonomia jurídica somente pode ser alcançada através de uma autonomia jurídica pública. A autonomia jurídica pública parte do pressuposto de que os indivíduos não têm existência errante na sociedade, uma vez que se encontram profundamente arraigados em tradições ético-culturais.

Assim, a autonomia jurídica pública trabalha com um dado impostergável: as sociedades conseguem traçar o modo de bem viver que seja compatível com sua historiografia social. E, para que esse modo de bem viver seja aplicado empiricamente é de suma importância um autogoverno com a habilidade de captar e implementar a identidade social.

Logo, a autonomia humana somente pode ocorrer com o auxílio do direito quando a comunidade política se auto-organiza através de um governo que fixará as normas que devem

---

[416] "O paradigma jurídico liberal conta uma sociedade econômica que se institucionaliza por meio do direito privado – em especial por via de direitos à propriedade e liberdades de contratação – e que se coloca à mercê da ação espontânea de mecanismos de mercado. Essa 'sociedade de direito privado' é feita sob medida em relação à autonomia dos sujeitos do direito, que, no papel de integrantes do mercado, procuram realizar de forma mais ou menos racional os próprios projetos de vida. Vincula-se a isso a expectativa normativa de que se possa alcançar a justiça social pela garantia de um status jurídico negativo como esse, ou seja, pela delimitação de esferas de liberdade individuais." (HABERMAS, 2002, p. 294).

ser respeitadas coletivamente. E esse empreendimento será bem-sucedido na medida em que houver maior participação cívica na condução dos rumos sociais.

A autonomia jurídica pública encontra respaldo, nessa ordem de ideias, em um republicanismo que vê os interesses privados individuais como empecilhos para a solidificação dos interesses coletivos gerais, donde a possibilidade de restrição de direitos individuais. Logo, direitos políticos ou "liberdade dos antigos" constituem a tônica da autonomia jurídica pública[417].

Em resumo[418], a autonomia jurídica privada lastreia-se no liberalismo, no Estado de Direito, na autodeterminação moral pessoal, na "liberdade dos modernos", nos direitos humanos, de modo que a legitimidade do direito depende de o Estado e a própria sociedade não se intrometerem na esfera privada do indivíduo. A autonomia jurídica pública, por sua vez, ampara-se no republicanismo, no Estado Democrático, na autorrealização ética coletiva, na "liberdade dos antigos", na soberania popular, e a legitimidade do direito depende de um processo político democrático do qual resulte a opinião e a vontade populares[419].

Esses dois ângulos da autonomia jurídica, como não poderia deixar de ser, são (em tese) antagônicos, porque, se se privilegia a autonomia jurídica privada, encolhe-se a autonomia jurídica pública; se se prestigia a autonomia jurídica pública, ocorre a retração da autonomia jurídica privada.

Todavia, para o direito discursivo, essa dicotomia apresentada como insuperável é, no fim das contas, uma falácia informada por unilateralismos não problematizados. Isso porque, na verdade, autonomia jurídica privada e autonomia jurídica pública estão entrelaçadas no mesmo núcleo conceitual: o de autonomia jurídica. Não existe autonomia jurídica sem a parcela privada ou sem a porção pública uma vez que ambos os extremos são

---

[417] "Na visão clássica, as leis da república são a expressão da vontade ilimitada dos cidadãos reunidos. Não importa o modo como o *ethos* da forma de vida política comum se espelha nas leis: esse *ethos* não constitui uma limitação, na medida em que obtém validade através do processo de formação da vontade dos cidadãos [...]." (HABERMAS, 2003a, p. 153).

[418] "Os liberais evocam o perigo de uma 'tirania da maioria', postulam o primado dos direitos humanos que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras à vontade soberana do legislador político. Ao passo que os representantes de um humanismo republicano dão destaque ao valor próprio, não-instrumentalizável, da auto-organização dos cidadãos, de tal modo que, aos olhos de uma comunidade naturalmente política, os direitos humanos só se tornam obrigatórios enquanto elementos de sua própria tradição, assumida conscientemente. Na visão liberal, os direitos humanos impõem-se ao saber moral como algo dado, ancorado num estado natural fictício; ao passo que na interpretação republicana a vontade ético-política de uma coletividade que está se autorrealizando não pode reconhecer nada que não corresponda ao próprio projeto de vida autêntico." (HABERMAS, 2010, p. 134).

[419] Perceba-se um ponto importantíssimo para a compreensão do direito discursivo: a autonomia jurídica privada protege os **destinatários** da imposição jurídica, ao passo que a autonomia jurídica pública garante a vontade dos **autores** na construção da própria imposição jurídica.

cooriginários para a formulação do conceito de autonomia jurídica. A autonomia jurídica pressupõe, portanto, as autonomias jurídicas pública e privada.

> [...] as autonomias privada e pública pressupõem-se reciprocamente. O nexo interno da democracia com o Estado de direito consiste no fato de que, por um lado, os cidadãos só poderão utilizar condizentemente a sua autonomia pública se forem suficientemente independentes graças a uma autonomia privada assegurada de modo igualitário. Por outro lado, só poderão usufruir de modo igualitário da autonomia privada se eles, como cidadãos, fizerem um uso adequado de sua autonomia política. Por isso, os direitos fundamentais liberais e políticos são indivisíveis. A imagem do núcleo e da casca é enganadora – como se existisse um âmbito nuclear de direitos elementares à liberdade que devesse reivindicar precedência com relação aos direitos à comunicação e à participação. (HABERMAS, 2001, p. 149).

E o direito discursivo é capaz de exemplificar como ocorre essa cooriginariedade entre as autonomias pública e privada através da noção de direito subjetivo. O direito subjetivo, incrustado no âmbito de disponibilidade e de manejo do indivíduo privado, somente pode existir no pressuposto de que passou por um processo democrático de vontade fruto de uma auto-organização política. E a proteção desse direito subjetivo é essencial para o bom exercício dos direitos políticos, na medida em que oportuniza uma livre convicção pessoal oriunda de processos comunicativos destituídos de coerções, secundando, assim, o processo democrático com bons argumentos[420].

Pode-se indagar qual seria a consequência dessa interpretação conciliatória entre a autonomia pública e a autonomia privada. Ela é simples e contribui para o fortalecimento de um direito positivo legítimo: os destinatários do direito (autonomia privada) devem ser vistos, concomitantemente, como autores do direito (autonomia pública)[421].

4.2.1.2 <u>A cooriginariedade entre direito e moral</u>

Uma das questões mais intrincadas no que tange ao direito é determinar suas correlações com outro âmbito cultural, a saber, a moral. O pêndulo da história, nesse caso,

---

[420] "Direitos subjetivos não estão referidos, de acordo com seu conceito, a indivíduos atomizados e alienados, que se entesam possessivamente uns contra os outros. Como elementos da ordem jurídica, eles pressupõem a colaboração de sujeitos, que se reconhecem em seus direitos e deveres, reciprocamente referidos uns aos outros, como membros livres e iguais do direito. [...]. Neste sentido, os direitos subjetivos são cooriginários com o direito objetivo; pois este resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente." (HABERMAS, 2010, p. 121).

[421] "A cooriginariedade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo de autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica." (HABERMAS, 2010, p. 139).

variou entre a assimilação total do direito à moral[422] e a repulsa integral do direito às contribuições advindas da moral[423].

A segunda grande repercussão de um direito discursivo são, precisamente, as interações entre direito e moral. Todavia, as análises que Habermas empreendeu sobre direito e moral flutuaram entre uma visão de complementaridade entre direito e moral e uma versão, a mais atual, que encara direito e moral como cooriginários.

Nas *Tanner Lectures* proferidas na Universidade Harvard, em 1986 – anteriormente, portanto, à publicação de *Direito e Democracia* –, Habermas, em trabalho intitulado *Direito e Moral*, foi sectário da doutrina kantiana segundo a qual o direito, para que fosse legítimo, deveria estar hierarquicamente subordinado à moral. E essa relação de subordinação ocorre no sentido de que o substrato, a base do direito seria a moral. Desse modo, o direito seria resultado de um processo de juridificação de conteúdos morais, operado através de procedimentos de fundamentação[424]. Se se permitir uma metáfora, pode-se dizer que o direito nasce de um solo adubado por produtos morais.

Por conseguinte, a legitimidade do direito encontrava-se na dependência de seu atrelamento exclusivo ao discurso moral:

> [...] se as qualidades formais do direito são encontráveis na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente, e se esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis a argumentações morais, então pode-se adotar a seguinte hipótese: a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental. (HABERMAS, 2003b, p. 203).

---

[422] "Kant procurou a legitimidade do Direito num caminho inverso ao procurado por Weber, ou seja, numa fundamentação essencialmente moral do Direito. O homem não se conduziria pela força das instituições estatais para fazer cumprir suas normas, mas também e principalmente pela ação intrasubjetiva da ética substantiva e da moral." (CRUZ, 2004, p. 212).

[423] "A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade. Com efeito, pressupõe-se como evidente que a ordem coercitiva estadual própria é o Direito. O problemático critério de medida da moral absoluta é utilizado para apreciar as ordens coercitivas de outros Estados. Somente estas são desqualificadas como imorais e, portanto, como não-Direito, quando não satisfaçam a determinadas exigências a que nossa própria ordem dá satisfação, v. g., quando reconheçam ou não reconheçam a propriedade privada, tenham caráter democrático ou não-democrático, etc. Como, porém, a nossa própria ordem coercitiva é Direito, ela tem de ser, de acordo com a dita tese, também moral. Uma tal legitimação do direito positivo pode, apesar da sua insuficiência lógica, prestar politicamente bons serviços. Do ponto de vista da ciência jurídica ela é insustentável. Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão-somente – conhecer e descrever." (KELSEN, 2003, p. 78).

[424] "Os princípios morais do direito natural transformaram-se em direito positivo nos modernos Estados constitucionais." (HABERMAS, 2003b, p. 203).

Destarte, a legitimidade da legalidade somente pode ser lograda através de uma moral que acolha a universalidade como fator de imparcialidade, donde direito e moral sejam complementares, havendo, no entanto, uma hierarquia da moral em relação ao direito.

Por que Habermas chegou à conclusão de que a legitimidade do direito estaria adstrita à moral? Porque ele ainda estava ancorado na razão prática, e não na razão comunicativa. A legitimidade do direito **somente** pode ser obtida com recurso a substratos morais; isso significa uma subtração de processos comunicativos no que se refere a possibilidades outras de legitimação do direito[425].

Ao se dar conta da guinada linguístico-pragmática, Habermas compreendeu[426] que a relação subordinativa do direito à moral não encontra mais sua razão de ser, na medida em que a moral – ou mesmo a ética – passou por um intenso processo de racionalização, guiado pelas metanarrativas da modernidade, cujos consequentes são a fragmentação e a secularização de tradições culturais.

Ou seja, moral e direito tornaram-se autorreflexivos, com coordenadas e problemáticas próprias e com linguagens distintas[427], que impossibilitou, portanto, uma relação de complementação recíproca hierarquizada. A pluralização de pontos de vista morais oportunizada pela diferenciação funcional típica da modernidade poderia colocar em risco a própria integração social, dado o perigo alarmente de alastramento estrutural do dissenso.

À luz desses pressupostos, Habermas viu-se na contingência de mudar sua estratégia teórica: em vez de uma relação de complementaridade, direito e moral se encontrariam entretidos em uma relação de cooriginariedade. Assim, já se pode ver que o direito ainda mantém contato com a moral para fins de legitimação, mas essa relação ocorre agora com outras dimensões.

---

[425] "Assim, a complementaridade assume uma função deontológica, pois a moralidade é designadora do grau de legitimidade do Direito positivo. Em uma palavra, a complementaridade moral em relação ao direito representa a equiparação da ordem jurídica a uma esfera moral que lhe é superior. Portanto, com a relação de complementaridade, assume-se uma dimensão normativa para o Direito no sentido da razão prática. E, com isso, há o reconhecimento de uma esfera que é imediatamente informativa para a validade jurídica." (MOREIRA, 2004, p. 149).

[426] "Convém notar, todavia, que atualmente eu não determino mais a relação complementar entre moral e direito seguindo a linha traçada nas *Tanner Lectures*." (HABERMAS, 2010, p. 10).

[427] "Do ponto de vista sociológico, ambos [moral e direito] se diferenciaram simultaneamente do *ethos* da sociedade global, no qual o direito tradicional e a ética ainda estavam entrelaçados entre si. Com o abalo dos fundamentos sagrados desse tecido de moral, têm início processos de diferenciação. No nível do saber cultural, as questões jurídicas separam-se das morais e éticas. No nível institucional, o direito positivo separa-se dos usos e costumes, desvalorizados como simples convenções." (HABERMAS, 2010, p. 141). Logo, dizer que o direito retira sua legitimidade somente da moral seria tolerar uma "conversa de surdos".

> [...] uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A ideia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca. (HABERMAS, 2010, p. 140-141).

A cooriginariedade entre direito e moral pode ser compreendida quando abordada em três aspectos distintos: (i) o ponto em comum entre direito e moral; (ii) a distinção entre direito e moral; e (iii) a complementação recíproca entre direito e moral.

Para o direito discursivo, direito e moral, apesar de terem se tornado esferas culturais com linguagens e problemáticas próprias por consequência do processo de racionalização encetado pela modernidade, enfrentam o mesmo desafio[428], isto é, os dois âmbitos têm como propósito regular normas de ação, de modo que sejam justificadas de modo imparcial e racional.

Esse ponto em comum entre direito e moral é erigido através de um princípio do discurso, assim enunciado: "são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais." (HABERMAS, 2010, p. 142)[429].

Assim, o princípio do discurso somente tem o propósito de fundamentar, de modo imparcial[430], normas de ação, sendo indiferente, portanto, a normas de ação morais ou jurídicas. Ou seja, o princípio do discurso nada mais é que uma regra de argumentação capaz de garantir a imparcialidade durante o processo de fundamentação de normas de ação em geral.

---

[428] "É certo que as questões morais e jurídicas referem-se aos mesmos problemas: como é possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas justificadas? Como é possível solucionar consensualmente conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente?" (HABERMAS, 2010, p. 141).

[429] Explicando o princípio do discurso: "O predicado 'válidas' refere-se a normas de ação e a proposições normativas gerais correspondentes; ele expressa um sentido não específico de validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade. Eu entendo por 'normas de ação' expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, 'atingido' é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E 'discurso racional' é toda tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente." (HABERMAS, 2010, p. 142).

[430] "O princípio do discurso, tanto sob a perspectiva moral quanto democrática, pretende inserir um fundamento de **imparcialidade** no juízo que há que ser provido racionalmente (discursivamente)." (CHAMON JUNIOR, 2005, p. 249, grifo do autor).

Quando as normas de ação são eminentemente morais, o princípio do discurso convola-se em princípio da universalização[431], que requer a consideração simétrica de todos os interesses dos componentes não de determinada comunidade jurídica, mas sim da própria humanidade[432]. Uma norma de ação moral somente pode ser justificada quando passar pelo teste da universalização[433]. É o caso, por exemplo, dos direitos humanos em sentido forte.

Já a fundamentação de normas de ação jurídicas é menos exigente que a fundamentação das normas de ação morais, na medida em que não ficam confinadas exclusivamente em um princípio de universalização. O princípio do discurso, entrando em contato com a forma jurídica, convola-se em um princípio da democracia.

O princípio da democracia, que visa a justificar racional e imparcialmente normas de ação jurídicas, vale-se não somente de argumentos morais[434], mas também de argumentos ético-políticos e pragmáticos[435].

Argumentos morais, conforme se viu, atêm-se à universalização, pela qual são considerados os interesses simétricos de todos[436]. Argumentos ético-políticos referem-se às decisões axiologicamente constitutivas de uma determinada comunidade linguística, delineando um projeto de vida autêntico compatível com tradições; ou seja, os argumentos

---

[431] "Nos discursos de fundamentação moral, o princípio do discurso assume a forma de um princípio de universalização. Nesta medida, o princípio moral preenche o papel de uma regra de argumentação." (HABERMAS, 2010, p. 144).

[432] "[...] Habermas defende a tese de que nos discursos de fundamentação moral, nos quais a humanidade é considerada como sistema de referência (do interesse simétrico de todos), o princípio do discurso assume a forma de um princípio moral de universalização [...]." (COSTA, Regenaldo da; 2003, p. 42).

[433] Habermas enunciou assim o princípio "U": "[...] toda norma válida deve satisfazer a condição que as consequências e efeitos colaterais (presumivelmente) resultarem para a satisfação dos interesses de **cada** um dos indivíduos do fato de ser ela **universalmente** seguida, possam ser aceitos por **todos** os concernidos (e preferidos a todas as consequências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem)." (HABERMAS, 1989, p. 86, grifos do autor). Claro, o princípio da universalização não pode ficar confinado somente em subjetividades, mas deve ocorrer comunicativamente, albergando a assunção da perspectiva do outro.

[434] Todavia, deve-se ressaltar uma preferência a argumentos morais em detrimento de outros. "Contudo, é preciso atentar ao fato de que para Habermas há uma prioridade da justiça, ou seja, das razões morais, frente aos argumentos ético-políticos e pragmáticos. Para evitar abusos autoritários ou mesmo conseqüências de tipo fundamentalista, uma boa fundamentação deve levar em conta o aspecto da justiça, isto é, antes de querer ou aceitar um programa, precisamos saber se sua implementação é igualmente boa para todos." (HULSHOF; KEINERT; MELO, 2008, p. 87).

[435] "O princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para tais normas de ação que surgem na forma do direito e que podem ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais – e não apenas com o auxílio de argumentos morais." (HABERMAS, 2010, p. 143).

[436] As questões morais são fundamentadas em discursos morais: "Neles são decisivos os argumentos que conseguem mostrar que os interesses incorporados em normas contestadas são pura e simplesmente generalizáveis. Em discursos morais, a perspectiva etnocentrista de uma determinada coletividade se alarga, assumindo a perspectiva abrangente de uma comunidade comunicativa não-circunscrita, onde cada membro se coloca na situação, na compreensão e na autocompreensão do mundo de cada um dos outros, e onde todos praticam em comum a assunção ideal de papéis." (HABERMAS, 2010, p. 203).

ético-políticos permitem-nos descobrir discursivamente nosso repertório de valores[437]. Argumentos pragmáticos, por fim, dizem respeito às relações entre meios e fins, em outras palavras, eles visam a oportunizar a reflexão sobre os meios adequados para atingir determinado fim ou mesmo para esclarecer qual é, de fato, o fim a que se propõe alcançar[438].

Por que abrir o direito a argumentações não apenas morais, mas também ético-políticas e pragmáticas? Essencialmente, duas são as razões: (i) discursos morais são extremamente dificultosos em tempos de pluralização constante de mundos da vida individualizados, o que pode repercutir na própria integração social; (ii) ampliar o discurso jurídico às questões ético-políticas e pragmáticas, além das questões morais, é oxigená-lo com novos pontos de vista, enriquecendo, assim, os processos comunicativos respeitantes ao direito[439].

Em síntese: o princípio da democracia permite fundamentar, de modo imparcial e racional, o direito, o que ocorre com o auxílio de argumentos morais, ético-políticos e pragmáticos, possibilitando, nessa medida, a legitimação do direito através de um procedimento de normatização discursivo aberto a várias espécies de contribuições argumentativas.

> [...] o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido perfomativo da prática de autodeterminação de membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. (HABERMAS, 2010, p. 145).

A perspectiva do direito discursivo apresenta moral e direito como normas de ação informadas por um princípio do discurso que pode apresentar diferentes composturas conforme se trate de fundamentação de normas morais (princípio da universalização) ou de normas jurídicas (princípio da democracia).

---

[437] As questões ético-políticas são fundamentadas em discursos ético-políticos: "Neles o que importa são os argumentos que se apoiam numa explicação da autocompreensão de nossa forma de vida historicamente transmitida e que limitam as decisões axiológicas ao fim, **para nós** absoluto, de uma conduta de vida autêntica." (HABERMAS, 2010, p. 202, grifos do autor).

[438] As questões pragmáticas são fundamentadas em discursos pragmáticos: "Nestes, são determinantes os argumentos que referem o saber empírico a preferências dadas e fins estabelecidos e que julgam as consequências de decisões alternativas (que geralmente surgem sem que se tenha ciência) de acordo com máximas estabelecidas." (HABERMAS, 2010, p. 200).

[439] "Se avaliássemos todas as normas jurídicas somente à luz de razões morais, como parece fazer Kant segundo a interpretação de Habermas, limitaríamos os temas, contribuições e críticas que compõem o âmbito do direito." (HULSHOF; KEINERT; MELO, 2008, p. 87).

Todavia, nas sociedades pluralistas atuais, marcadas pela reflexividade dos saberes culturais, moral e direito distinguem-se na exata medida em que a primeira é um sistema de saber, ao passo que o segundo, além de um sistema de saber, é também um sistema de ação institucionalmente estruturado[440].

Em outras palavras, a moral fornece critérios que permitem avaliar se determinada conduta encontra-se em consonância com a norma moral, mas é destituída de instrumentos capazes de fazer com que a pessoa que realizou o juízo moral aja em harmonia com aquele juízo. O fato de a pessoa saber o que deve fazer não leva necessariamente à realização fática desse fazer[441].

Já o direito também compartilha dessa característica de ser um sistema de saber. Com efeito, a pessoa que raciocina em termos jurídicos é capaz de examinar se seu comportamento é ou não conforme a uma norma jurídica. Entretanto, além dessa capacidade de realizar juízos normativos, o direito proporciona os instrumentos necessários para que a avaliação da pessoa encontre plenitude empírica. A pessoa sabe o que deve fazer e tem condições de implementar esse programa avaliativo[442].

A premissa que separa a moral e o direito como sistema de saber e sistema de saber e de ação, respectivamente, cria o ensejo para uma interação entre direito e moral, minorando as elevadas exigências da pessoa que avalia o agir moralmente; o direito permite esclarecer a avaliação e estimula a ação de modo compatível com essa avaliação[443].

De três modos o direito pode auxiliar a moral em direção à ação: (i) o direito torna menos indeterminada a atividade de avaliação de uma norma de ação por uma pessoa jurídica – e não moral –, o que se faz graças à facticidade da normatização jurídica[444] (HABERMAS,

---

[440] Doravante, não se pode perder de vista que o direito é fundamentado prioritariamente através de argumentos morais, ainda que não somente eles.

[441] "A moral da razão é especializada em questões de justiça e aborda em princípio tudo à luz forte e restrita da universalizabilidade. O seu *telos* consiste na avaliação imparcial de conflitos de ação, relevantes do ponto de vista moral, visando, pois, a um saber capaz de orientar o agir, mesmo que não seja capaz de **dispor** para o agir correto." (HABERMAS, 2010, p. 149, grifo do autor).

[442] "O direito é sistema de saber e, ao mesmo tempo, sistema de ação; ele pode ser entendido como um texto repleto de proposições e interpretações normativas ou como uma instituição, isto é, como um complexo de regulativo da ação. No direito, os motivos e orientações axiológicas estão interligados entre si num sistema de ação; por isso, as proposições jurídicas têm eficácia imediata para a ação, o mesmo não acontecendo com os juízos morais enquanto tais." (HABERMAS, 2010, p. 150).

[443] "Uma moral dependente de um substrato de estruturas da personalidade ficaria limitada em sua eficácia, caso não pudesse atingir os motivos dos agentes por um outro caminho, que não o da internalização, ou seja, o da institucionalização de um sistema jurídico que complementa a moral da razão do ponto de vista da eficácia para a ação." (HABERMAS, 2010, p. 149-150).

[444] "O sistema jurídico tira das pessoas jurídicas, em sua função de destinatárias, o poder de definição dos critérios de julgamento do que é justo e do que é injusto. Sob o ponto de vista da complementaridade entre direito e moral, o processo de legislação parlamentar, a prática de decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho profissional de uma dogmática jurídica, que sistematiza decisões e concretiza regras, significam um

2010, p. 151); (ii) o direito é importante instrumento motivacional para a realização de condutas que sejam compatíveis com uma ordem jurídica imbuída de elementos morais (não só morais, saliente-se), o que se concretiza através da própria facticidade coercitiva de uma imposição jurídica[445]; (iii) o direito é capaz de efetivar as obrigações morais, dado o aparato institucional que a modalidade jurídica carrega em si; um exemplo, dado pelo próprio Habermas (2010, p. 152), aclara o ponto: se devemos contribuir para o fim da fome no Terceiro Mundo, necessitamos desde recursos humanos, passando por alimentos e até medicamentos, o que requer uma logística organizacional que somente o direito pode oferecer[446]; uma iniciativa social voltada para auxiliar crianças na educação não pode e não ocorre em um vazio jurídico.

Com base nesses apontamentos, já se pode entrever como se dá a cooriginariedade entre direito e moral no contexto do direito discursivo: a moral tem algo a contribuir para o direito, e o direito tem algo a contribuir para a moral.

De um lado, a ordem jurídica, para que seja legítima, deve ser institucionalizada por meio de um processo de normatização informado pela possibilidade de todos os atingidos por determinada norma darem seu consentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais que manejam, prioritariamente, argumentos morais e, secundariamente, argumentos pragmáticos e ético-políticos. Ou seja, o princípio do discurso tocado pela forma do direito transforma-se em princípio da democracia, em que argumentações morais têm precedência sobre argumentações ético-políticas e pragmáticas. Um direito positivo legítimo depende, em grande parte, de um sustentáculo moral.

Por outro lado, a moral pode encontrar sua realização plena através do direito. Este tem a peculiaridade de ser, além de um sistema de saber carregado de elementos morais, um sistema de ação. Desse modo, o direito possibilita um esclarecimento cognitivo, um estímulo

---

alívio para o indivíduo, que não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo moral." (HABERMAS, 2010, p. 151).

[445] "À indeterminação cognitiva do juízo orientado por princípios deve-se acrescentar a incerteza motivacional sobre o agir orientado por princípios conhecidos. Esta é absorvida pela facticidade da imposição do direito. Na medida em que não está ancorada suficientemente nos motivos e enfoques de seus destinatários, uma moral da razão depende de um direito que impõe um agir conforme a normas, deixando livres os motivos e os enfoques." (HABERMAS, 2010, p. 151).

[446] "Quanto mais a consciência moral se orienta por valores universalistas, tanto maiores se tornam as discrepâncias entre exigências morais inquestionáveis e coerções organizatórias, que constituem obstáculos à transformação. [...]. Ele [o direito] pode determinar competências e fundar organizações, em síntese, um sistema de imputabilidade que se refere não só às pessoas jurídicas naturais, mas também a sujeitos de direito fictícios, tais como corporações e institutos." (HABERMAS, 2010, p. 152-153).

motivacional e um lastro organizacional, voltados todos eles para a implementação empírica do saber cultural moral[447].

Um último ponto merece ser levantado. As relações entre princípio do discurso, forma jurídica e princípio da democracia proporcionam ao direito discursivo elencar as categorias de direitos que elucidam a prática constitucional ocidental.

Nesse horizonte, o contato entre o princípio do discurso – neutro em relação à moral e ao direito – e a forma jurídica – que estabiliza expectativas de comportamento – faz nascer uma primeira categoria de direitos capaz de fazer desabrochar, ainda que **abstratamente**, o próprio código jurídico. Esses direitos são:

> (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma **do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação**; (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do **status de um membro** numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da **possibilidade de postulação judicial** de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. (HABERMAS, 2010, p. 159, grifos do autor).

Esses direitos resultam, como se disse, da relação entre princípio do discurso e forma jurídica. São direitos que, apesar de o próprio Habermas empregar a ideia de "princípio do discurso", ostentam forte conteúdo moral, na medida em que o direito, sem esses direitos, seria ilegítimo[448]. De qualquer forma, são direitos que asseguram a autonomia jurídica privada e visam a proteger os destinatários da imposição jurídica.

A próxima categoria de direitos consagra, por sua vez, os direitos atinentes à autonomia jurídica pública, dando o foco necessário aos destinatários que se veem, ao mesmo tempo, como autores do ordenamento jurídico. "(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua **autonomia política** e através dos quais eles criam direito legítimo." (HABERMAS, 2010, p. 159, grifos do autor).

Aqui já se faz sentir o princípio da democracia, que se refere, conforme exposto, às condições procedimentais para uma normatização legítima do direito. E, para que o processo

---

[447] Na síntese de Marcelo Campos Galuppo: "A interpenetração entre direito e moral se dá porque, de um lado, esta justifica aquele, conferindo-lhe legitimidade, como também porque a moral exige, para completá-la, tendo em vista sua indeterminação cognitiva e incapacidade para ação, o direito." (GALUPPO, 2002, p. 160). A relação entre direito e moral, portanto, consagra-se no velho dito popular: "Uma mão lava a outra".

[448] Essa ilação pode ser apreendida na seguinte passagem: "Resumindo, é possível constatar que o direito a iguais liberdades subjetivas de ação, bem como os correlatos dos direitos à associação e das garantias do caminho do direito, estabelecem o código jurídico enquanto tal. Numa palavra**: não existe nenhum direito legítimo sem esses direitos**. **Nesta institucionalização jurídica do *medium* jurídico, ainda não se trata dos conhecidos direitos fundamentais liberais**." (HABERMAS, 2010, p. 162, grifos acrescidos).

de legitimação alcance seu apogeu, os direitos apontados nas categorias (1) a (3) devem ser interpretados, **concretamente**, por uma determinada comunidade jurídica, através do legislador político, valendo-se este de um processo de normatização (fundamentação) legítima do direito, o que pressupõe uma atividade legiferante aberta a tematizações, argumentações, críticas etc.[449]. Em síntese, os direitos (1) a (3) são analisados discursivo-democraticamente através dos direitos previstos no item (4)[450].

Por fim, os direitos (1) a (4) implicam em uma última categoria de direitos, a saber: "(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)" (HABERMAS, 2010, p. 160).

Finalizando a exposição deste subitem, pode-se dizer que o primeiro passo para se obter a legitimidade do direito em sociedades modernas é encarar as autonomias jurídicas privada e pública como cooriginárias; já o segundo passo em direção a essa legitimidade ocorre quando se concebe uma relação também cooriginária entre direito e moral, nos termos anteriormente apresentados. Fechando o círculo, deve-se apreciar como ocorre o relacionamento entre o direito e a política.

4.2.1.3 A cooriginariedade entre direito e política

O último realinhamento que o direito discursivo introduz no sistema interno do direito diz respeito às relações entre direito e política. Também aqui não se podem vislumbrar as relações entre direito e política como estanques ou insuladas, porque ambas as esferas da razão prática encontram-se, de algum modo, em situação de interdependência recíproca, cuja funcionalidade primordial é, precisamente, a legitimidade do próprio direito – e, porque não, do próprio exercício do poder político.

As relações entre direito e poder político receberam múltiplas explicações na teoria política e na teoria jurídica; todavia, dois pontos de partida equilibraram-se majoritariamente no fio da história: (i) a primeira versão estabelece a diretriz no sentido de que o direito logra

---

[449] "Os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo a que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis." (HABERMAS, 2010, p. 164).

[450] "Eles [direitos (1) a (3)] precisam ser configurados e interpretados por um legislador político, de acordo com as circunstâncias. O código do direito não pode ser instaurado *in abstracto* e sim, de modo a que os civis, que pretendem regular legitimamente sua convivência com o auxílio do direito positivo, possam atribuir-se reciprocamente determinados direitos." (HABERMAS, 2010, p. 162).

sua legitimidade do poder político, devendo o primeiro ser mero instrumento para o exercício do segundo; (ii) a segunda versão concebe o direito – legitimado por si próprio – como mecanismo voltado à colocação de freios ao exercício do poder político[451].

As duas visões são criticáveis na medida em que há enfoques que estabelecem a primazia de um círculo sobre o outro: na primeira versão, o poder político sobressai-se ao direito, ao passo que, na segunda abordagem, o direito coloca-se como condição para o próprio exercício do poder político. O direito discursivo questiona tais sobreposições ao recomendar a relação de cooriginariedade entre poder político e direito.

Essa relação de complementação recíproca e bilateral pode ser vislumbrada de dois modos no âmbito do direito discursivo: através das relações entre os códigos do poder e do direito e por meio da distinção do poder político em poder comunicativo e poder administrativo.

O código do poder está teleologicamente direcionado para a realização de fins coletivos (HABERMAS, 2010, p. 182). Já o código do direito encontra-se na contingência de estabilizar expectativas de comportamento (HABERMAS, 2010, p. 182). A essas funções próprias de cada código somam-se funções recíprocas: o poder institucionaliza o direito e o direito organiza juridicamente a dominação política (HABERMAS, 2010, p. 182).

> Ao emprestar forma jurídica ao poder político, o direito serve para a constituição de um código de poder binário. Quem dispõe do poder pode dar ordens aos outros. E, neste sentido, o direito funciona como meio de organização do poder do Estado. Inversamente, o poder, na medida em que reforça as decisões judiciais, serve para a constituição de um código jurídico binário. Os tribunais decidem sobre o que é direito e o que não é. Nesta medida, o poder serve para a institucionalização política do direito (HABERMAS, 2010, p. 182).

Essa explicação dos relacionamentos recíprocos entre a esfera do direito e a esfera da política, apesar de demonstrar a relação de dependência mútua, exclui qualquer tentativa de intervenção teórica que comporte uma visão legitimante tanto do direito quanto da política; o que anteriormente se disse é uma descrição fática, empírica, das interligações entre os

[451] "No âmbito das sociedades modernas, pode-se dizer, de modo geral e esquemático, que as reflexões sobre a relação entre política e direito têm oscilado entre dois extremos de análise. Quando se entende o direito como um conjunto de normas positivas e coercitivas, há duas perspectivas de compreensão de sua relação com a política: em uma delas, a ação política legitima o direito e se exerce por meio dele, reduzindo as normas jurídicas a um instrumento de afirmação da vontade do poder; em um segundo enfoque, o direito coloca limites à ação política na medida em que o poder político aparece como mero meio de imposição das normas de um sistema jurídico que se legitima por sua própria racionalidade." (SOARES; WERLE, 2008, p. 119).

comportamentos político e jurídico informados por seus respectivos códigos. Falta, portanto, o tempero da validade, tão caro ao receituário do direito discursivo[452].

Para readequar as relações entre direito e política, de modo a desabonar esse olhar meramente funcional entre as interações dos dois códigos, o direito discursivo introduz a distinção do poder político entre poder comunicativo e poder administrativo[453].

O poder comunicativo[454] refere-se à capacidade de uma comunidade linguística em empenhar argumentos e temas, livres de coações externas, guiados para a solução em conjunto de problemas políticos, formando, destarte, de modo discursivo, uma opinião e uma vontade comuns sobre os problemas que afligem aquela comunidade linguística[455].

Duas são as qualidades intrínsecas ao poder comunicativo exercido de modo intersubjetivo: (i) a primeira qualidade é a cognitiva, pela qual permite ao agrupamento humano entrelaçado em agires comunicativos a possibilidade de conhecer e acessar, de modo conjunto e construtivo, a opinião e a vontade comuns da comunidade linguística; (ii) a segunda qualidade é a motivadora, que impele aquele agrupamento humano a forçar politicamente a implementação fática da opinião e da vontade comuns obtidas por meio do livre tráfego de informações, pontos de vista, argumentos etc., o que se reflete diretamente no próprio direito (HABERMAS, 2010, p. 186).

Mas a força que advém do exercício do poder comunicativo pode encontrar barreiras de efetividade no outro viés do poder político, o poder administrativo. O poder administrativo é aquele referente à dominação política, que se utiliza de mecanismos conformadores de conduta, inclusive da violência da caserna. Ou seja, o poder administrativo refere-se ao aparato do Estado dotado de instrumentos capazes de direcionar e coordenar comportamentos

---

[452] "Essa análise das relações entre código de direito e código do poder poderia sugerir a imagem enganadora de uma troca autossuficiente e horizontal entre direito e poder político. Na perspectiva de uma análise limitada funcionalisticamente, o direito é realmente absorvido por completo em sua contribuição para a constituição do código do poder e na realização de sua própria função. Parece que, entre o direito positivo e o poder político, pode introduzir-se um processo autoestabilizador e circular." (HABERMAS, 2010, p. 184).

[453] "[...] no Estado de direito democrático, o poder político diferencia-se em poder comunicativo e administrativo." (HABERMAS, 2010, p. 173).

[454] É importante sublinhar que a noção de poder comunicativo é emprestada de Hannah Arendt; contudo, deve-se atentar para o fato de que, na leitura de Habermas, a percepção política de Arendt é extremamente compromissada com o republicanismo, ao passo que o direito discursivo concebe uma relação de cooriginariedade entre aquele e o liberalismo, o que se traduz na cooriginariedade entre autonomia pública e autonomia privada.

[455] "Tal poder comunicativo só pode forma-se em esferas públicas, surgindo de estruturas da intersubjetividade intacta de uma comunicação não deformada. Ele surge em lugares onde há uma formação da opinião e da vontade, a qual, junto com a liberdade comunicativa que permite a cada um 'fazer uso público de sua razão em todos os sentidos', faz valer a produtividade de um 'modo de pensar mais amplo'. Este tem por característica 'que cada um atém o seu juízo ao juízo de outros possíveis, e se coloca no lugar de cada um dos outros'." (HABERMAS, 2010, p. 187).

com vistas a sua adequação ao direito positivo – que autoriza, ademais, o próprio recurso aos meios diretos coercitivos de estabilização de comportamentos sociais.

O desafio, segundo o direito discursivo, é criar a ponte entre o poder comunicativo e o poder administrativo, de modo que o segundo seja movido em conformidade com a opinião e a vontade comuns oriundas do primeiro.

A faceta comunicativa do poder diz, então, que o poder político não pode ser encarado simplesmente como um exercício de dominação política com base na possibilidade de emprego da violência – juridicamente autorizada –, destinada a estabilizar comportamentos sociais. É mais do que isso: a política é a arena pela qual a vontade e a opinião das pessoas podem ser filtradas através da troca intersubjetiva de pontos de vista diferentes, formando fluxos comunicativos que se escoam rumo ao coração administrativo estatal.

E o direito é, justamente, o mecanismo que consegue interligar o poder gerado comunicativamente ao poder administrativo. Em outros termos, os potenciais de legitimação que defluem do exercício do poder comunicativo chegam ao direito, tornando-o, além de legal, também legítimo; concomitantemente, o direito produzido de forma legítima consegue retroligar o poder administrativo ao poder comunicativo, tornando o poder político, portanto, igualmente legítimo.

> No sistema da administração pública concentra-se um poder que precisa regenerar-se a cada passo a partir do poder comunicativo. Por esta razão, o direito não é apenas constitutivo para o código do poder que dirige o processo de administração: ele forma simultaneamente o *medium* para a transformação do poder comunicativo em administrativo. Por isso, é possível desenvolver a ideia do Estado de direito com o auxílio de princípios segundo os quais o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado. (HABERMAS, 2010, p. 212).

Nessa medida, já é possível entrever como se dá a cooriginariedade entre direito e política: de um lado, o poder comunicativo é fonte de legitimidade do direito; de outro, a legitimidade do exercício do poder político subordina-se a um direito normatizado de forma legítima. Dito de outra forma: o direito legítimo empresta legitimidade ao poder político, e o poder político[456] é uma fonte de legitimidade do direito.

A distinção entre poder comunicativo (validade) e poder administrativo (facticidade) dá ensejo à distinção, feita por Hauke Brunkhorst (2007, p. 142-146), entre público fraco e

[456] Claro, esse poder político tem de ser entendido como resultado da imbricação entre poder político comunicativo e poder político administrativo.

público forte como esferas capazes de, mais ou menos intensamente, conduzir os rumos do Estado.

Um público fraco[457] é capaz tão somente de produzir efeitos morais nas instâncias de poder através de deliberações formadas em redes informais enraizadas no mundo da vida. Já o público forte[458] é aquele que se vê na possibilidade de seu poder comunicativo transformar-se, através de procedimentos jurídicos construídos em conformidade com o princípio do discurso, em poder administrativo, podendo, decisivamente, influenciar, através de tomadas de decisão previamente deliberadas, os comportamentos estatais.

O objetivo do direito discursivo é, portanto, municiar um público até então fraco com instrumentos legais capazes de torná-lo forte, o que requer a institucionalização de procedimentos informados pelo princípio do discurso, de modo que os refluxos políticos advindos da periferia possam, de alguma forma, repercutir no centro das decisões políticas fundamentais, a saber, o parlamento – ou mesmo a administração pública.

4.2.2 *Síntese conclusiva: direito discursivo como produção legítima do direito*

Amarrando todos os pontos anteriormente apresentados, tem-se que o direito discursivo é um modo peculiar de se produzir, legitimamente, o fenômeno jurídico em sociedades complexas, ou seja, o direito discursivo diz respeito a processos de normatização/fundamentação do direito.

Nesse sentido, a produção legítima do direito requer, resumidamente: (i) que os destinatários das imposições jurídicas sejam encarados, concomitantemente, como autores do direito (cooriginariedade entre autonomia pública e autonomia privada); (ii) que a moral seja o principal substrato do ordenamento jurídico, o que não afasta elementos pragmáticos ou ético-políticos durante o processo de fundamentação (cooriginariedade entre direito e moral); e (iii) que a política esteja entrelaçada com o poder comunicativo, sendo este capaz de direcionar o poder administrativo (cooriginariedade entre direito e política). Somente através desses três arranjos, firmados sob o signo da cooriginariedade, é que a produção do direito será legítima, ou seja, consentânea com os padrões vigentes no hábitat social.

---

[457] "[...] um mero público fraco tem **influência moral**, mas **nenhum** acesso legalmente regulado ao poder político ou **administrativo**. Um público fraco pode influenciar as decisões políticas e, algumas vezes, causar um impacto grande e até mesmo revolucionário." (BRUNKHORST, 2007, p. 143, grifos do autor).

[458] "Um público forte tem [...] **influência moral** e **poder** político [...] ou, conforme o termo de Habermas, **poder administrativo**. Em um público forte, discussões abrangentes e decisões obrigatórias igualitárias são estruturalmente unidas através de procedimentos legais." (BRUNKHORST, 2007, p. 142, grifos do autor).

Tendo visto como se dá a tensão interna entre facticidade e validade no sistema do direito, deve-se analisar como se realiza a tensão externa entre a facticidade e a validade, ou seja, entre o direito e seu entorno político-social, o que se investiga através da categoria conceitual "democracia deliberativa".

4.3 Em busca de uma nova legitimidade (II): a democracia deliberativa

Conforme se viu, a tensão entre facticidade (imposição coercitiva do direito) e validade (legitimidade dessa imposição) desvela-se em dois níveis distintos: no plano interno do próprio discurso jurídico e no plano externo, atinente à relação entre o direito e o ambiente que lhe circunda.

O direito discursivo trata da tensão interna entre esses dois polos sobre os quais se equilibra o direito moderno. Já a tensão externa recobre uma nova identidade, referente às práticas político-democráticas de uma comunidade comunicacional – a democracia deliberativa.

Dessa forma, o direito discursivo, como medida da tensão interna entre facticidade e validade, analisa o processo de criação do direito, ao passo que a tensão externa[459], representada pela democracia deliberativa, investiga os impulsos políticos que emergem de uma esfera pública informal em direção a um centro oficial de tomadas de decisão cuja funcionalidade é ditada pelo próprio ordenamento jurídico.

Em poucas palavras: o direito discursivo aborda a relação entre direito e política "formal", ou seja, aquela produzida no âmbito dos processos de normatização do direito legítimo, ao passo que a democracia deliberativa aborda a relação entre direito, política "formal" e política "informal" desenvolvida com apoio de uma esfera pública lastreada na sociedade civil, cuja consequência é uma tensão "[...] entre poder político e a autonomia dos cidadãos" (SEGATTO, 2008, p. 37).

A compreensão plena do que seja a democracia deliberativa, como tensão externa entre facticidade e validade, requer a apreensão prévia de alguns conceitos, oriundos tanto da linguagem das ciências sociais quanto da linguagem da ciência jurídica[460]. Pela linguagem das ciências sociais, a democracia pode ser analisada em duas grandes vertentes: a perspectiva

---

[459] "[...] a relação **externa** entre facticidade e validade, ou seja, a tensão entre autocompreensão normativa do Estado de direito, explicitada na teoria do discurso, e a facticidade social dos processos políticos – que se desenrolam nas formas constitucionais." (HABERMAS, 2003b, p. 10, grifo do autor).

[460] Averbe-se que a divisão entre abordagem jurídica e sociológica é meramente expositiva, dado que um viés pode contribuir para o outro, ou seja, a abordagem jurídica pode-se valer da abordagem sociológica e esta daquela.

normativa e a perspectiva empirista. Já pela linguagem da ciência jurídica, a temática da democracia é classicamente estudada através da distinção entre democracia indireta, democracia semidireta e democracia participativa.

Somente através da percepção desses dois grandes blocos de análise da teoria democrática será possível apresentar, de modo mais claro, o que se deve entender por democracia deliberativa.

4.3.1 *A teoria democrática pelas ciências sociais: modelos normativos e modelos empiristas*

Classicamente, a teoria democrática, quando observada pelas ciências sociais, é tratada sob dois enfoques diferentes[461]: empirista e normativo. A visão empirista da democracia contenta-se com a funcionalidade concreta e real do exercício do poder político democratizado, deflacionando-o de conotações idealistas. Assim, a perspectiva empirista engendra uma radiografia tão fiel quanto seja possível do modo como a democracia apresenta-se faticamente.

Por seu turno, a visão normativa da democracia projeta esboços teóricos capazes de nortear o modo pelo qual se deve entender a democracia. Portanto, a perspectiva normativa elabora um receituário teórico voltado para a construção de uma imagem democrática ideal. Se a visão empirista recorda categoricamente como a democracia é, a visão normativa planeja como a democracia deveria ser[462]; portanto, o relacionamento entre as duas concepções dá-se no sentido de desmentidos (democracia empírica em relação à democracia normativa) e impudências (democracia normativa em relação à democracia empírica).

---

[461] Claro, não se podem ignorar tentativas de conciliação entre os dois vieses, de que é exemplo a construção teórica da democracia pragmática de Thamy Pogrebinschi (2010).

[462] Explicando a distinção entre democracia normativa e democracia empírica: "Todo esse breve e esquemático retrospecto [sobre a teoria democrática], entretanto, pode ser compreendido em pelo menos duas grandes perspectivas teóricas distintas. É possível compreendê-lo tanto de um ponto de vista meramente descritivo e explicativo, em que os interesses dos atores políticos conflitam e encontram por fim um vetor resultante, como compreendê-lo a partir de um ponto de vista normativo, inscrito na idéia mesma de democracia moderna, que se realiza no conflito político." (NOBRE, 2004, p. 30); "No momento em que a democracia se consolida no século XX como forma de governo passível de justificação, suas intuições normativas – caracterizadas pela ligação do governo majoritário com o processo de formação política da vontade – são postas em xeque por alguns teóricos da democracia. Em linhas gerais, a noção de autodeterminação pública dos cidadãos fracassara ao ser analisada segundo os pressupostos metodológicos de um realismo político, o qual voltava sua atenção aos processos objetivos das formas de organização burocrática do Estado moderno, implicando na redução da liberdade individual e do processo de formação democrática da vontade." (MELO; VITALE, 2008, p. 224-225); "A referência empírica compreende a cidadania tal como ela se concretiza em cada contexto histórico e social; a normativa é a cidadania como ideal, explicitada geralmente nas constituições e associada a sentimentos, expectativas e valores, mais ou menos difusos, dos agentes sociais." (SORJ, 2004, p. 19).

Seria impossível, e até mesmo inconveniente, arrolar todos os possíveis arranjos que estariam inseridos dentro de uma ou de outra linha de abordagem. Por essa razão, este estudo acolherá e apresentará as duas principais concepções de democracia empírica[463] – a democracia competitiva e a democracia poliárquica – e as duas principais concepções de democracia normativa[464] – o liberalismo e o republicanismo.

4.3.1.1 Dois modelos empiristas: democracia competitiva e democracia poliárquica

Os dois principais modelos de democracia empirista são aqueles desenvolvidos por Joseph Schumpeter – a democracia competitiva – e por Robert Dahl – a democracia poliárquica.

Talvez a mais célebre versão de democracia empírica seja aquela apresentada em *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, de autoria de Schumpeter, publicado na década de 1940. Pela primeira vez, consolidou-se um estudo que tem por base uma análise da real operacionalidade dos sistemas democráticos, e os dados obtidos por Schumpeter demonstrariam o inequívoco divórcio entre a teoria democrática moderna, surgida no século XVIII, e a verdadeira prática democrática em funcionamento em nossos regimes políticos.

A análise de Schumpeter inicia-se com uma apresentação sobre a doutrina clássica da democracia moderna, calcada nas noções rousseaunianas de bem comum e vontade geral do povo[465]. Ou seja, de acordo com essa versão clássica, a democracia seria um instrumento que canalizaria a vontade geral do povo em busca do bem comum popular.

Todavia, a dicotomia estruturante da democracia moderna clássica (bem comum e vontade geral) seria passível de falsificação por meio dos seguintes argumentos: (i) o conceito de "bem comum" seria extremamente difuso e impreciso, não sendo suscetível, portanto, a uma significação aritmética. A causa motivadora dessa nebulosidade conceitual assentar-se-ia na própria variação da melhor concepção de bem comum que cada indivíduo possa ter[466]; (ii)

---

[463] Não apelando, portanto, para as importantes contribuições de Giovanni Sartori (1994) e Anthony Downs (1999), dentre outros.

[464] Nessa medida, importantes concepções normativas de democracia são ignoradas por esta dissertação, como a democracia agonística de Chantal Mouffe (1996), a democracia como cooperação reflexiva de Axel Honneth (2001) e a democracia contestatória de Philip Pettit (2003), dentre outras.

[465] "A filosofia da democracia do século XVIII pode ser enunciada na seguinte definição: o método democrático é o arranjo institucional para se chegar a decisões políticas que realiza o bem comum fazendo o próprio povo decidir as questões através da eleição de indivíduos que devem reunir-se para realizar a vontade desse povo." (SCHUMPETER, 1984, p. 313).

[466] "Em primeiro lugar, não existe algo que seja um bem comum unicamente determinado, sobre o qual todas as pessoas concordem ou sejam levadas a concordar através de argumentos racionais. Isso se deve, basicamente, não ao fato de algumas pessoas poderem desejar coisas diferentes do bem comum, mas ao fato muito mais

ainda que se soubesse o substrato mínimo do que seria o bem comum, haveria divergências consideráveis sobre aspectos que envolvem esse bem comum[467]; e (iii) se o bem comum não tem existência tão sólida na realidade empírica, é possível concluir que a ideia de uma vontade geral popular apresenta-se igualmente abalada, uma vez que essa vontade somente pode existir na medida em que persista a virtualidade teórica do bem comum[468]. Desse modo, "[...] ambos os pilares da doutrina clássica inevitavelmente se transformam em pó." (SCHUMPETER, 1984, p. 316).

Prosseguindo seu ataque à concepção normativa clássica de democracia, Schumpeter questiona a pressuposição inicial da doutrina clássica ao afirmar que uma vontade geral lastreada em uma racionalidade individual não poderia subsistir em caso de conflitos e dissensos – tão presentes na modernidade –, o que prejudicaria a vontade geral[469]. Nesses casos de clivagens politicamente produzidas, o indivíduo perseguiria não a vontade geral, mas sim a vontade pessoal.

Em seguida, Schumpeter tentar sepultar, de uma vez por todas, a hipótese de racionalidade que permeia todo o pensamento democrático moderno. A primeira evidência de que um agrupamento humano entretido em questões políticas pode não ser tão racional se encontraria na psicologia das massas.

Um aglomerado de pessoas está suscetível às mais variadas potencialidades psíquicas, que podem provocar autênticas rachaduras na racionalidade individual. O fato de a política ter de ser realizada conjuntamente por várias pessoas, de forma democrática, torna essa reunião sensível à irracionalidade que pode emergir das massas e multidões, questionando, portanto, o mito da racionalidade da decisão política democratizada[470].

---

fundamental de que, para diferentes indivíduos e grupos, o bem comum está fadado a significar coisas diferentes." (SCHUMPETER, 1984, p. 314-315).

[467] "Em segundo lugar, mesmo que um bem comum suficientemente definido – tal como, por exemplo, o máximo utilitarista de satisfação econômica – se mostrasse aceitável para todos, isso não implicaria respostas igualmente definidas para as questões isoladas. Sobre estas, as opiniões poderiam diferir a ponto de produzir a maioria dos efeitos das dimensões 'fundamentais' acerca dos próprios fins. [...]. A 'saúde' pode ser desejada por todos, mas mesmo assim as pessoas ainda discordariam quanto à vacinação e à vasectomia." (SCHUMPETER, 1984, p. 315).

[468] "Mas, em terceiro lugar, dissipa-se no ar, em conseqüência das duas proposições anteriores, o conceito particular de vontade do povo (ou *volonté générale*), que os utilitaristas fizeram seu. Pois tal conceito pressupõe a existência de um bem comum unicamente determinado e capaz de ser percebido por todos." (SCHUMPETER, 1984, p. 316).

[469] "Sempre que as vontades dos indivíduos estão muito divididas, não apenas se pode conceber, mas é muito provável que as decisões políticas produzidas não se conformem ao 'que o povo realmente quer'." (SCHUMPETER, 1984, p. 319).

[470] "Todo parlamento, todo comitê, todo conselho de guerra composto por uma dúzia de generais sexagenários apresentam, mesmo que de forma amenizada, algumas das características que aparecem de maneira tão clara na turba, em particular um reduzido senso de responsabilidade, um nível mais baixo de energia de pensamento e uma sensibilidade maior às influências não-lógicas." (SCHUMPETER, 1984, p. 322).

Em segundo lugar, a racionalidade das decisões políticas inscritas em práticas democráticas pode ser contestada de dois modos: (i) muitas vezes, os indivíduos não têm certeza peremptória sobre suas preferências, vontades e inclinações, solapando o mito de uma racionalidade pronta e acabada[471]; (ii) tal vacilação de inclinações, além de reduzir o âmbito de incidência da racionalidade da decisão política, abre a possibilidade de manipulação de desejos oportunizada pela força direcionadora – e quase irresistível – da propaganda.

Com efeito, a vontade, nos processos políticos, não seria genuína, mas manufaturada (SCHUMPETER, 1984, p. 329); "[...] na realidade, [as pessoas] nem levantam nem decidem temas, mas os temas que conformam seu destino é que são normalmente levantados e decididos para elas." (SCHUMPETER, 1984, p. 331).

A prevalência teórica da doutrina clássica da democracia moderna, apesar de todas as contraditas aqui apresentadas, apoia-se em quatro argumentos (SCHUMPETER, 1984, p. 331-335): (i) a doutrina clássica ostenta um viés quase religioso, dogmático, no qual a crítica é encarada como pecado ou má vontade moral; (ii) a doutrina clássica consegue fundamentar episódios históricos de determinadas sociedades, formando a ideologia nacional necessária à integração sociocultural; (iii) a doutrina clássica consegue explicar a prática democrática de algumas poucas sociedades[472]; e (iv) a doutrina clássica calha aos politiqueiros de plantão, envenenando, via discursos políticos, o imaginário de maiorias políticas.

O diagnóstico de Schumpeter demonstraria o abismo existente entre a doutrina clássica da democracia e a realidade de nossos arranjos políticos. Assim, Schumpeter encara a democracia como uma competição pela liderança política de perfil mercadológico, em que os eleitores compram programas de governo ofertados pelas elites políticas. Daí sua definição cética de democracia: "o método democrático é aquele acordo institucional para se chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decisão através de uma luta competitiva pelos votos da população." (SCHUMPETER, 1984, p. 336).

Dessa definição de Schumpeter (1984, p. 337-340) extraem-se alguns pontos interessantes: (i) o que qualifica um sistema como democrático é o seu *modus operandi*, que, de algum modo, deve viabilizar a competição pelo voto; (ii) a liderança política, e não a vontade geral, é o que conduz as ações coletivas; (iii) somente uma liderança política pode concretizar as aspirações patentes e latentes do eleitorado/consumidor; (iv) a definição de

---

[471] Essa insensibilidade quanto às necessidades reais de um indivíduo agrava-se progressivamente na medida em que as decisões que devem ser tomadas não são diretamente relacionadas ao cotidiano daquele indivíduo.

[472] Muitas sociedades tribais e primitivas aconchegam sua história política às diretrizes da doutrina clássica; pouquíssimas sociedades desenvolvidas alcançam plena compatibilidade de suas práticas políticas democratizadas aos vetores informativos da doutrina clássica.

competição pela liderança política somente pode ocorrer pela livre competição do voto livre; (v) a princípio, todos estariam aptos a competir pela liderança política; (vi) o eleitorado, além de produzir o governo, pode desapossá-lo através da recusa à reeleição dos líderes que se mostraram insuficientes no desempenho de seus papéis políticos; (vii) deve-se abandonar de uma vez por todas a expressão "vontade do povo", falaciosa como categoria conceitual, uma vez que existe somente uma "vontade da maioria".

Enfim:

> Partido e máquina política são simplesmente a resposta ao fato de a massa eleitoral ser incapaz de qualquer ação que não seja o 'estouro da boiada' e constituem uma tentativa de regular a competição política que é exatamente semelhante às práticas correspondentes de uma associação comercial. (SCHUMPETER, 1984, p. 353).

De acordo com David Held (2006, p. 225), a democracia elitista competitiva de Schumpeter possui as seguintes características fundamentais: (i) um governo cujo regime seja parlamentar ladeado por um executivo forte; (ii) a rivalidade entre partidos e elites; (iii) a dominação do parlamento por partidos políticos; (iv) a centralidade da figura da liderança política; (v) um eficiente aparato burocrático; e (v) constrições normativas às decisões políticas.

Outro padrão importante de democracia empírica é a **democracia poliárquica** de Robert Dahl. O cientista político estadunidense renuncia a quaisquer direcionamentos normativos empreendidos sobre a noção de democracia, contentando-se, assim, em explicar e descrever[473] as realidades democráticas contemporâneas.

A noção de democracia poliárquica foi esboçada por Dahl, inicialmente, em *Um Prefácio à Teoria Democrática*, obra publicada em 1956, e consolidada em *Poliarquia: Participação e Oposição*, de 1972. De qualquer modo, as intuições descritivas apresentadas em *Um Prefácio à Teoria Democrática* são capazes de ilustrar, plenamente, a visão empírica de Dahl, atendendo, desse modo, aos objetivos da explanação aqui desenvolvida.

A estratégia metodológica de Dahl consiste em cotejar os dois modelos de democracia enraizados no pensamento político norte-americano (a democracia madisoniana e a democracia populista) com o modelo poliárquico de democracia por ele defendido. Enquanto os modelos históricos de democracia tradicionalmente pertencentes ao pensamento

---

[473] "A segunda maneira [de abordar a democracia] – caberia talvez chamá-la de método descritivo – implica considerar como uma única classe de fenômenos todas essas nações-Estado e organizações sociais que são geralmente classificadas como democráticas pelos cientistas políticos e em analisar os membros dessa classe com o objetivo de descobrir, em primeiro lugar, as características distintivas que têm em comum e, em segundo, as condições necessárias e suficientes às organizações sociais que as possuem." (DAHL, 1996, p. 67).

político norte-americano são reféns do normativismo democrático, a visão poliárquica seria alinhada ao padrão empírico.

A democracia madisoniana – a linha preponderante no arcabouço político norte-americano – teria como objetivo permitir a aclimatação, na mesma ambiência política, entre minoria e maioria. Desse modo, a democracia madisoniana tem o compromisso teórico de sustentar um governo soberano repulsivo à tirania sobre a minoria[474]. Para tanto, a democracia madisoniana tem como principal instrumento a noção de controle externo como forma de impedir tiranias políticas. Eis o argumento: o controle evita a tirania e onde não há tirania há democracia.

Assim, Dahl (1996, p. 14-36) apresenta as 10 hipóteses constitutivas do pensamento democrático madisoniano, a saber: (i) a ausência de controles externos[475] sobre a atividade política leva à tirania[476], seja aquela realizada por um indivíduo, seja a implementada por um grupo de indivíduos; (ii) a aglutinação de todos os poderes (legislativo, executivo e judiciário) nas mesmas mãos leva à ausência de controles externos e, por conseguinte, à tirania; (iii) a inexistência de controles externos tem por consequência a tirania de uma minoria sobre a maioria; (iv) ou a inexistência de controles externos tem por consequência a tirania de uma maioria sobre a minoria; (v) a tirania somente pode ser evitada através de uma república[477] não-tirânica, que tem como condições de existência a não acumulação de todos os poderes nas mesmas mãos e o controle das facções, de modo que estas não ajam na contramão dos direitos dos demais cidadãos ou dos interesses comuns e permanentes da comunidade; (vi) as eleições populares não são suficientes para embargar a tirania, por não criarem controles externos; (vii) o controle das facções[478] deve incidir sobre os efeitos de suas atuações; (viii) uma facção minoritária é controlada pelo princípio republicano, em que a minoria pode ser vencida pela maioria através do voto; (ix) uma facção majoritária pode ser controlada pelo fato de o eleitorado ser numeroso e plural em seus interesses; (x) se o eleitorado é plural, é pouco

---

474 "O que vou chamar de teoria 'madisoniana' de democracia constitui um esforço para se chegar a uma acomodação entre o poder das maiorias e o das minorias, entre igualdade política de todos os cidadãos adultos, por um lado, e o desejo de lhes limitar a soberania, pelo outro." (DAHL, 1996, p. 13).

475 "O controle externo no caso do indivíduo consiste na aplicação de recompensas e penalidades ou na expectativa de que serão aplicadas por alguma outra fonte que não ele mesmo." (DAHL, 1996, p. 15).

476 "A 'tirania' é toda grave privação de um direito natural." (DAHL, 1996, p. 15).

477 Esclarece Dahl: "O termo 'república' era usado [ao tempo de Madison] para se referir ao que nós nos sentiríamos mais inclinados a denominar de democracia 'representativa'." (DAHL, 1996, p. 18). Ademais: "Uma república é um governo que: a) deriva todos os seus poderes direta ou indiretamente do grande corpo do povo e b) é administrado por pessoas que exercem seus cargos enquanto assim agradar ao povo, por um período limitado ou enquanto tiverem bom comportamento." (DAHL, 1996, p. 18).

478 "Uma facção é 'certo número de cidadãos, seja equivalente a uma maioria ou minoria do todo, unidos e motivados por algum impulso comum de paixão, ou de interesses, contrários aos direitos dos demais cidadãos ou aos interesses permanentes e conjuntos da comunidade." (DAHL, 1996, p. 22).

provável que haja uma facção majoritária e, mesmo que exista, ela terá dificuldades de atuar de modo unitário.

Isso posto, Dahl realiza uma análise crítica desse modelo, cujo suporte é a própria especulação empírica, averbando que a democracia madisoniana é por demais ambígua em seus termos teóricos (facção[479], tirania[480], direitos naturais[481]), levando à perda de credibilidade[482] como teoria capaz de explicar práticas democráticas concretas.

O outro modelo de democracia investigado por Dahl é a chamada democracia populista, cimentada sobre duas proposições básicas (DAHL, 1996, p. 44): (i) em democracias populistas, a única regra consentânea com processos decisórios é o princípio da maioria; (ii) a democracia populista, baseada no princípio da maioria, é desejável quando outros processos decisórios foram esgotados. Destarte, a democracia populista não concede muita importância à proteção de minorias políticas, focando somente na maximização da soberania popular e na igualdade política.

A estruturação teórica minimizada da democracia populista, que deveria, conforme se disse, maximizar a soberania popular e a igualdade política, não conseguiria, segundo Dahl, sobreviver a testes empíricos. Nesse sentido, Dahl (1996, p. 45-60) faz várias objeções à democracia populista: (i) a democracia populista, com sua regra básica da maioria, aplica-se aos indivíduos que têm preferências, e não aos indivíduos indiferentes; (ii) o princípio da maioria não é capaz de solucionar problemas políticos em que cada alternativa seja igualmente preferida por um número igual de indivíduos; (iii) essa preferência numericamente igual de cada alternativa leva a processos políticos de decisão tendenciosos e arbitrários[483];

---

[479] "Ora, se todos sempre concordassem sobre o que ações específicas eram 'contrárias aos direitos dos demais cidadãos ou aos interesses permanentes e conjuntos da comunidade', a facção poderia ser identificada por unanimidade. Ambos os critérios, porém, são por demais ambíguos e é sumamente improvável a obtenção de unanimidade. Quase todas as ações governamentais privam alguns indivíduos de direitos legais antes possuídos, e quase todos os grupos políticos pleiteiam do governo medidas que privem alguns indivíduos de certos direitos legais vigentes." (DAHL, 1996, p. 31)

[480] Não somente controles externos são capazes de impedir a tirania; também controles internos são importantes: "[...] os 'controles internos' – consciência (superego), atitudes e predisposições básicas – são cruciais para determinar se qualquer dado indivíduo procurará tiranizar seus semelhantes; que esses controles internos variam de um indivíduo para outro, de um grupo para outro, e de um momento para outro; e que a probabilidade de a tirania implantar-se em uma sociedade é uma função da extensão em que os vários tipos de reações internalizadas se encontram entre seus membros." (DAHL, 1996, p. 25).

[481] "Daí, direitos devem ser interpretados como significando direitos naturais, mas, como demonstramos, não há consenso sobre que tipos de comportamento estão incluídos os direitos naturais, especialmente em casos concretos." (DAHL, 1996, p. 31).

[482] "Nada obstante, como ciência política, se não como ideologia, o sistema madisoniano é claramente inadequado. Em retrospecto, as deficiências lógicas e empíricas do pensamento de seu autor parecem ter decorrido em grande parte de sua incapacidade de conciliar dois objetivos diferentes." (DAHL, 1996, p. 35-36).

[483] "Suponhamos que *x* é a política em vigor e que *y* é uma alternativa requerendo ação governamental, como, por exemplo, *x* é uma política de não-interferência pelo governo federal em casos de linchamento e que *y* é uma legislação determinado que o governo intervenha. Se for adotada a solução do impasse, nenhuma ação

(iv) nesses casos de impasse por preferências iguais, não há qualquer instrumento capaz de contemplar a soberania popular e a igualdade política; (v) a democracia populista ignora que as preferências podem ser mais ou menos intensas, o que pode refletir na própria legitimidade da decisão política[484]; (vi) a democracia populista tenta maximizar somente a soberania popular e a igualdade política, olvidando-se de outras metas politicamente importantes (renda, segurança, estabilidade etc.); (vii) empiricamente, a democracia populista não aponta que indivíduos ou grupos de indivíduos estão aptos a ser incluídos no sistema político; (viii) toda sociedade tem uma classe dominante, e essa classe é que consegue adentrar o âmago do sistema político; logo, é uma minoria que governa em nome de uma maioria; (ix) a democracia populista, ao se encantar cegamente com a maioria, parece ignorar que essa mesma maioria pode solapar a própria democracia populista (daí a necessidade de conceder alguma projeção política às minorias); e (x) a democracia populista ignora que o tempo é fator determinante para a mutação das maiorias. À vista dessas objeções, fica claro para Dahl que a democracia populista também é destituída de fundamentação empírica: "[...] porque constitui apenas um exercício em torno de uma regra supostamente indiscutível, a teoria nada nos diz sobre o mundo real" (DAHL, 1996, p. 68).

Dada a insuficiência das duas teorias democráticas ora apresentadas, Dahl apresenta seu modelo de democracia, erigido com base na observação dos grandes sistemas políticos apontados como democráticos, sendo, nessa ordem de ideias, ideologicamente enxuto.

Para que uma democracia poliárquica informe as práticas decisórias de uma comunidade politicamente organizada, são necessárias oito condições propiciadoras[485] (DAHL, 1996, p. 70-74): (i) o ato de votar dever ser visto como um ato de manifestação de preferência entre dadas alternativas; (ii) o voto de cada indivíduo deve ter o mesmo peso; (iii) a alternativa que angaria o maior número de votos é considerada vencedora[486]; (iv) o membro de uma comunidade política deve ter a oportunidade de inserir alternativas dentro do universo de opções apresentado à votação; (v) todos os indivíduos devem possuir as mesmas

---

governamental é empreendida, mas se isto não for feito, então, na realidade, *x* é a política do governo." (DAHL, 1996, p. 47).

[484] "Suponhamos que nos seja possível medir ou, pelo menos, graduar as intensidades das preferências. Suponhamos ainda que *x* é apenas ligeiramente preferido a *y* por uma maioria e que *y* é fortemente preferido a *x* por uma minoria. A definição de igualdade política não leva em conta esse fato e a regra o ignora. Daí, nesse caso, mesmo que a maioria exceda a minoria por apenas um, a democracia populista, conforme vimos, exigiria apesar disso que a opção da maioria fosse a política pública." (DAHL, 1996, p. 51).

[485] Vale lembrar: tais condições não foram idealizadas, mas extraídas (e sistematizadas) das práticas políticas democráticas existentes.

[486] Essas três primeiras condições são observadas durante o período de votação.

informações sobre as alternativas[487]; (vi) as alternativas que tiverem maior número de votos substituem aquelas que tiveram menor número de votos; (vii) as ordens emanadas dos eleitos devem ser executadas[488]; e (viii) ou as decisões tomadas entre as eleições sejam subordinadas e executadas durante a fase da eleição, ou as novas decisões são tomadas no período entre eleições sejam definidas em conformidade com as 7 regras pretéritas, ou as duas coisas.

Sobre essas condições, afirma Dahl: "Acho que podemos afirmar dogmaticamente que nenhuma organização humana – e por certo nenhuma que contenha mais do que um punhado de pessoas – provavelmente satisfaz ou satisfará essas oito condições." (DAHL, 1996, p.74). Portanto, uma organização política seria qualificada como democrática na medida em que cumprisse algumas das condições[489] anteriormente elencadas, o que requereria uma análise empírica de organizações políticas já existentes[490].

Essas condições viabilizam a existência de uma democracia de cunho liberal denominada "poliarquia". Mas o que seria a poliarquia? "As poliarquias podem ser pensadas então como regimes relativamente (mas incompletamente) democratizados, ou, em outros termos, as poliarquias são regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados." (DAHL, 1997, p. 31).

E, assim, obtém-se o âmago da democracia empírica poliárquica: a pluralização e a pulverização do poder, capazes de ensejar a formação de núcleos políticos que disputam o poder, em um ambiente democrático informado pela participação e pela ampla possibilidade de contestação[491]. Se o poder político é espraiado por toda a latitude social, ele não pode ser apreendido somente por um grupo político, democratizando-se, portanto, em relação a todos os demais grupos.

É evidente que os dois modelos de democracia empírica aqui apresentados distinguem-se, uma vez que Schumpeter concebe a democracia como espaço mercantilizado de propostas políticas, ao passo que Dahl afasta-se dessa miragem descritiva economicista. No entanto, além de serem modelos eminentemente descritivos da funcionalidade

---

[487] Essas duas seguintes condições são observadas durante o período entre votações.
[488] Essas duas condições são observadas durante o período pós-votação.
[489] Saliente-se que, em *Poliarquia* (1997), Dahl reformula essas oito condições, traduzindo-as para uma linguagem mais jurídica que política; de qualquer forma, o substrato e a linha de raciocínio continuam os mesmos.
[490] "Quais as condições necessárias e suficientes no mundo real para a existência dessas oito condições em, pelo menos, o grau mínimo que concordamos em denominar de poliarquia? A fim de solucionar essa questão, seria necessário classificar e estudar um número considerável de organizações do mundo real." (DAHL, 1996, p. 77).
[491] "[Dahl insiste] que o poder seja espalhado obliquamente a uma ampla variedade de interesses grupais, nenhum dos quais podendo, portanto, ser ou representar o povo como um todo [...]." (CUNNINGHAM, 2009, p. 81).

democrática, a democracia competitiva e a democracia poliárquica possuem um traço em comum: são concepções de democracia agregativa.

> De acordo com uma concepção agregativa, a democracia institucionaliza um princípio que exige a consideração igual para os interesses de cada membro; ou, mais precisamente, a consideração igual junto com a "suposição da autonomia pessoal" – a compreensão de que membros adultos são os melhores juízes e os defensores mais vigilantes de seus próprios interesses. Conseqüentemente, criticar processos como não democráticos consiste em afirmar que esses processos falham em atribuir uma consideração igual aos interesses de cada membro. O método natural para atribuir essa consideração é estabelecer um esquema de escolha coletiva – regra da maioria ou da pluralidade, ou a barganha de grupo – que atribua peso igual aos interesses dos cidadãos, em parte capacitando-os a apresentar e promover seus interesses. E isto requer uma estrutura de direitos de participação, associação e expressão. (COHEN, 2007, p. 120).

Ou seja, as democracias agregativas concebem os cidadãos como seres encapsulados em seus próprios mundos, contendo, cada um deles, suas próprias preferências; através de um método político-eleitoral de captação dessas preferências, essas democracias as agregam, formando uma multiforme e cambaleante vontade comum.

E o mais importante: os agentes da decisão política são dados; a agenda de alternativas políticas é dada; e as preferências desses agentes também são vislumbradas como dadas, imutáveis e petrificadas na consciência política daqueles agentes (ELSTER, 2007, p. 225). A crítica a esse universo político dado aprioristicamente é, conforme será visto, uma das características idiossincráticas da democracia deliberativa.

4.3.1.2 <u>Dois modelos normativos: liberalismo e republicanismo</u>

Os modelos normativos de democracia abdicam de especulações empíricas sobre o funcionamento político das organizações sociais; eles visam a estabelecer parâmetros teóricos de como deve operacionalizar-se um regime declaradamente apontado como democrático, fixando, assim, o "dever ser" político.

Ao longo da histórica política humana, dois foram os principais modelos de democracia normativa: o liberalismo[492] e o republicanismo. O liberalismo é fruto da

[492] Não se deve confundir o liberalismo político com o liberalismo econômico. Enquanto o primeiro dá origem ao Estado de Direito, entendido como fórmula-síntese jurídico-política que cria barreiras à atuação estatal na esfera privada moral, o segundo dá origem ao Estado mínimo, direcionado para a proteção da esfera privada econômica contra intromissões advindas do aparelho do Estado. "O liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é o **Estado de direito**; a noção corrente para representar o segundo é o **Estado mínimo**. Embora o liberalismo conceda o Estado tanto como Estado de Direito quanto como Estado mínimo, pode ocorrer

maturação filosófica[493], principalmente do século XVIII, cujo principal objetivo foi solapar as opressões e os sufocamentos políticos empreendidos por um Estado absolutista que monopolizava cabalmente o poder. Com efeito, a tônica da tradição liberal é a defesa de valores como a liberdade e o pluralismo, o que preveniria, por conseguinte, abusos cometidos por um Estado autocraticamente ensimesmado e centralizador.

> O foco do liberalismo clássico, portanto, não incide sobre a comunidade, mas sobre o indivíduo concebido como um sujeito detentor de liberdades e portador de direitos. A prioridade das liberdades individuais, por sua vez, resulta na significativa redução da esfera do Estado, na medida em que, quanto maior o poder do Estado, mais ameaçado se considera que esteja o direito do indivíduo. (OSTRENSKY, 2013, p. 49-50).

Assim, a doutrina do liberalismo político apregoa a consolidação de um Estado de Direito[494] capaz de embargar as práticas arbitrárias típicas do Estado absolutista. Para tanto, duas foram as estratégias fecundadas pelo repertório filosófico liberal com o intento de conter o voluntarismo despótico do Estado: a noção de direitos naturais e a cláusula de separação de poderes[495].

A partir dessa ideia central do liberalismo de proteção do campo de atuação privada do indivíduo frente aos assédios estatais, Habermas (1995, p. 40-43) traça as principais características dessa vertente democrática em relação: (i) ao conceito de cidadão, em que este tem *status* meramente negativo, cujo substrato compõe-se de direitos subjetivos voltados para a criação de barreiras normativas contra interferências externas, seja advindas do comportamento estatal, seja promovidas por agentes particulares; (ii) ao conceito de direito, construído com base nos direitos subjetivos negativos, em que o ordenamento jurídico é

---

um Estado de direito que não seja mínimo (por exemplo, o Estado social contemporâneo) e pode-se também conceber um Estado mínimo que não seja um Estado de Direito (tal como, com respeito à esfera econômica, o Leviatã hobesiano, que é ao mesmo tempo absoluto no mais pleno sentido da palavra e liberal em economia)." (BOBBIO, 2000, p. 17, grifos do autor). Assim, o liberalismo aqui empregado tem conotações políticas, e não econômicas.

[493] Dentre os autores que podem ser apontados como filiados à linha de pensamento liberal podem ser incluídos Jonh Locke, Benjamin Constant e Montesquieu, dentre outros.

[494] "Na origem, como é sabido, o **Estado de Direito** era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) **submissão ao império da lei**, que era a nota primária de seu conceito, sendo a **lei** considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) **divisão de poderes**, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) **enunciado e garantia dos direitos individuais**." (SILVA, 2006, p. 112-113, grifos do autor).

[495] Com o propósito de moderar o poder estatal, "[...] os precursores do pensamento político-liberal lançaram mão de duas construções fundamentais: os direitos naturais e a separação de poderes, os quais posteriormente foram desenvolvidos de inúmeras maneiras, ensejando, p. ex., noções como as de direitos fundamentais, legalidade, sistema de freios e contrapesos, constitucionalismo, supremacia constitucional, razoabilidade e proporcionalidade." (SOUZA NETO, 2006, p. 22-23).

encarado como fator de proteção do âmbito pessoal de atuação do indivíduo; e (iii) ao processo político, no qual o voto é visto como principal instrumento de manifestação de vontade política dos cidadãos, havendo uma concorrência entre agentes pela obtenção ou conservação do poder administrativo, que é apoderado por aquele que logra o maior número de votos (preferências) do eleitorado.

Por sua vez, o republicanismo, lapidado por autores temporalmente tão distantes como Aristóteles e Rousseau[496], não concebe a política (e mesmo a democracia) como reles instrumento de proteção de intervenções externas sobre o espectro privado do indivíduo: muito além disso, o republicanismo considera o exercício político como meio de se constituir uma identidade social própria, de fundo elementarmente ético, desmitificando, portanto, as visões enganosas – estimuladas pelo arcabouço teórico liberal – de indivíduos fechados em si mesmos e entretidos em relações egoístas; o republicanismo, destarte, assevera as dependências mútuas em que os homens encontram-se, salientando a política como a forma mais adequada de se descobrir o modelo de sociedade que um agrupamento político almeja alcançar.

Dessa forma, o republicanismo leva bem a sério a noção de democracia, porque é somente através da abertura dos processos de decisão política aos membros de uma comunidade juridicamente organizada que será possível potencializar os efeitos integradores de uma prática de autodeterminação social[497].

Destrinchando o núcleo conceitual do republicanismo, Habermas (1995, p. 40-43), realiza os seguintes apontamentos: (i) o conceito de cidadão é concebido de acordo com um *status* positivo, caracterizado pela existência normativamente assegurada de direitos de participação e comunicação políticas, direcionados para a formação de uma opinião e uma vontade comuns politicamente articuladas; (ii) em relação ao conceito de direito, a ordem jurídica não é calcada em direitos subjetivos, mas sim em direitos objetivos capazes de permitir uma integridade social baseada em práticas políticas comuns; (iii) por fim, o processo político tem a vocação de oportunizar a construção de um padrão, socialmente aceito, de vida boa ou digna, revelado, precisamente, através de uma participação política ancorada na gênese

---

[496] Uma breve exposição das principais ideias de autores clássicos do republicanismo, como Aristóteles, Platão e Cícero, encontra-se em artigo de autoria de Helton Adverse (2103a, p. 27-35).

[497] "Sua preocupação [da democracia, ou republicanismo] não é com a limitação do poder do estado em favor das liberdades individuais, como ocorre no liberalismo, mas com a participação dos cidadãos no processo de tomada das decisões políticas. Em seu cerne, também está a liberdade, mas esta é entendida como 'autonomia pública', postulado segundo o qual as normas são legítimas quando os próprios destinatários participam da sua elaboração; quando há identidade entre governantes e governados." (SOUZA NETO, 2006, p. 40).

democrática do direito; ou seja, a autodeterminação política traz em si a possibilidade de se descobrir o conjunto de *standards* axiológicos que cimentam determinada estrutura social.

À luz dessas rápidas considerações, pode-se perfazer que: (i) o modelo normativo de democracia liberal enfoca a liberdade do indivíduo em relação às tentações de intromissão oriundas do aparato estatal ou social – democrático é o regime que atomiza o homem de seu ambiente social, permitindo-lhe a prerrogativa de se inventar e de se reinventar constantemente, sem os sítios externos; (ii) o modelo normativo de democracia republicana atenta para o fato de que o indivíduo não vive insulado em si mesmo, mas depende extremamente de outros, até porque a coesão social reclama a permanente prática de comunicação e participação política em decisões coletivamente comuns, o que desvela valores que dão identidade própria ao respectivo agrupamento político – democrático é o regime que institui mecanismos de formação da opinião e da vontade comuns, politicamente articuladas, capazes de revelar o real conjunto de valores que permeia a sociedade, dando-lhe uma partitura social própria.

Essa dicotomia entre liberalismo democrático e republicanismo democrático é criticada pela democracia deliberativa; uma verdadeira democracia não é aquela respaldada somente em elementos normativos de um ou de outro, mas sim a que consegue uni-los de forma coerente, criando relações de intersecção entre ambas as perspectivas.

4.3.2 *A teoria democrática pela ciência jurídica: democracia direta, democracia representativa e democracia semidireta*

Comumente, a abordagem da teoria democrática pela ciência jurídica ocorre na distinção entre democracia representativa ou indireta, democracia direta ou participativa e democracia semidireta[498]. Claro, tal linha de análise apoia-se principalmente na observação e na explicação de disposições normativas recolhidas em determinados universos jurídicos cuja referenciabilidade direta é a própria noção de democracia.

[498] Veja-se, a propósito da terminologia aqui empregada, as considerações de Karl Doehring: "A diferenciação entre democracia direta e indireta parece atualmente, à primeira vista, para as organizações de Estado existentes, escassa e, de certa forma, ultrapassada. Isso porque um imediatismo da participação popular no governo, tal como ainda era possível dentro da cidade-Estado de Genebra, no tempo de Rousseau, parece fora de questão, por motivos de ordem técnica e em função das condições sociais existentes. Destarte, considera-se o mediatismo hoje como normal. Mas é interessante como ainda existem tentativas em se preservar e restaurar rudimentos de um imediatismo democrático." (DOEHRING, 2008, p. 255).

A **democracia direta ou participativa**[499], fecundada pela tradição política helênica[500], caracteriza-se pela tomada de decisões politicamente vinculantes pelo próprio povo, sem qualquer espécie de intermediação ou tutela. Ou seja, a democracia direta refere-se à ampla extensão do direito de decidir sobre as questões públicas que afligem a sociedade, inexistindo a transferência desse poder de decisão a terceiros[501]. A democracia direta ou participativa é, então, a prática de autogoverno em seu estado mais puro, não havendo restrições quanto à temática da decisão e quanto à extensão do poder de decidir (amplamente espraiado entre o povo).

A **democracia representativa ou indireta**, plenamente enraizada nos sistemas democráticos modernos[502], é aquela pela qual as decisões políticas fundamentais – atinentes à legislação, à jurisdição ou à administração – são tomadas por representantes eleitos[503] pelo povo. Com efeito, através de eleições periódicas e livres, o povo elege seus representantes,

---

[499] Interessante observar os inúmeros trabalhos sociológicos desenvolvidos sobre a democracia participativa, dentre os quais se incluem Crawford Brough Macpherson (1978), Benjamin Barber (1984), Pippa Norris (1999) e Robert Putnam (2000). Por todos, confira-se: "A teoria democrática participativa é construída em torno da afirmação central de que os indivíduos e suas instituições não podem ser considerados isoladamente. A existência de instituições representativas não basta para a democracia; pois o máximo de participação de todas as pessoas, a socialização ou 'treinamento social', precisa ocorrer em outras esferas, de modo que as atitudes e qualidades psicológicas necessárias possam se desenvolver. Esse desenvolvimento ocorre por meio do processo de participação. A principal função da participação na teoria da democracia participativa é, portanto, educativa; educativa no mais amplo sentido da palavra, tanto no aspecto psicológico quanto no de aquisição de prática de habilidades e procedimentos democráticos. Por isso, não há nenhum problema especial quanto à estabilidade de um sistema participativo; ele se auto-sustenta por meio do impacto educativo do processo participativo. A participação promove e desenvolve as próprias qualidades que lhe são necessárias; quanto mais os indivíduos participam, melhor capacitados eles se tornam para fazê-lo. As hipóteses subsidiárias a respeito da participação são de que ela tem um efeito integrativo e de que auxilia a aceitação de decisões coletivas. Em conseqüência, para que exista uma forma de governo democrática é necessária a existência de uma sociedade participativa, isto é, uma sociedade onde todos os sistemas políticos tenham sido democratizados e onde a socialização por meio da participação pode ocorrer em todas as áreas." (PATEMAN, 1992, p. 60-61).

[500] "A civilização grega, berço da democracia direta, erigida, em forma de governo, garantia à casta de cidadãos privilegiados o usufruto de três preceitos básicos: a) **princípio da isonomia**: igualdade perante a lei, sem distinção de grau, classe e riqueza; b) **princípio da isotimia**: livre acesso às funções públicas, com abolição de títulos hereditários; c) **princípio da isagoria**: direito de palavra, igualdade para participar das assembleias e debater, na esfera pública, os negócios de governo." (SOARES, 2011, p. 242-243, grifos do autor).

[501] Para alguns conceitos de democracia direta: "A democracia direta dispensa os representantes e, portanto, dispensa a eleição dos mesmos. O povo vota, decide, mas não escolhe ninguém para agir, votar e decidir em seu nome." (MATOS, 2002, p. 138); "A democracia direta é aquela em que o povo governa por si próprio. Nela o povo exprime sua vontade reunindo-se em assembléia para a concretização das funções governativas mais importantes, como legislar, julgar, fazer a guerra e a paz." (FERREIRA, 1975, p. 571); "Uma democracia direta caracteriza-se pelo fato de que a legislação, assim como as principais funções executivas e judiciárias, é exercida pelos cidadãos em assembléia popular ou assembléia primária." (KELSEN, 2005, p. 412).

[502] "A democracia representativa, ou regime representativo, é o sistema comum de governo nos Estados modernos." (AZAMBUJA, 1996, p. 223). Assim, "a democracia directa não é realizável na realidade política estadual do próprio povo." (ZIPPELIUS, 1984, p. 85), e essencialmente três são as razões para tanto: (i) a ampla extensão territorial dos Estados modernos; (ii) a densa população desses Estados; e (iii) o fato de que a política não é somente o objeto de preocupações do homem moderno.

[503] Ou de outro modo investidos que não a eleição.

conferindo-lhes um mandato para que ajam em seu nome[504]. Desse modo, a democracia representativa estriba-se numa ficção política, segundo a qual os representantes eleitos pelo povo agem em conformidade com os desejos e as aspirações políticas desse mesmo povo. Essa ficção, todavia, já é sobejamente contestada, dadas as contradições[505] e as crises[506] por que passa a democracia representativa.

A **democracia semidireta**, por sua vez, é um constructo teórico híbrido que tenta conciliar os vetores de uma democracia indireta com uma democracia direta. Nessa medida, a democracia semidireta acolhe, como núcleo essencial, a democracia indireta e seus institutos típicos (eleições, mandados, regra da maioria etc.), temperando-o com doses tópicas de decisões políticas imediatamente realizadas pelo povo. Ou seja, algumas decisões políticas fundamentais não são enclausuradas no âmbito da representação política, mas se tornam

---

[504] "Na democracia representativa o povo concede um mandato a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando.". (DALLARI, 1995, p. 132); "Em todos os regimes, democráticos ou autoritários, é uma élite [sic] ou minoria que governa. Não é uma classe, como no antigo Estado, mas uma categoria de homens esclarecidos. Essa élite é duplamente representativa, nas democracias. Representativa da vontade política (pela sua investidura eleitoral) e de merecimento eminente." (CALMON, 1954, p. 373); "A **democracia indireta** ou representativa é aquela em que o povo se governa por meio de representantes eleitos por ele, que tomam em seu nome e no seu interesse as decisões políticas." (CARVALHO, 2004, p. 132, grifos do autor).

[505] São paradoxos da democracia representativa: (i) quem decide, no final das contas, são os representantes, e não o povo, podendo haver uma dissociação entre o que o povo realmente busca e a decisão tomada pelos eleitos – "os eleitores escolhem algumas das pessoas envolvidas na tomada de decisão governamental, mas não podem escolher diretamente as decisões." (HIRST, 1992, p. 34); (ii) a doutrina da democracia representativa ilude-se quanto à função do legislativo e quanto à função do executivo: muitas das leis produzidas sofrem interferências diretas do executivo, e essas mesmas leis são criadas para atender públicos específicos e não a generalidade do povo – "a elaboração de normas e a ação governamental legalmente sancionadas estão longe de ser universalmente aplicáveis; com muita freqüência, são especificamente dirigidas a grupos definidos, para seu benefício ou prejuízo." (HIRST, 1992, p. 35); e (iii) a representação não é uma grandeza empírica passível de comprovação – "não existe forma pura de representação, apenas pacotes definidos de mecanismos políticos: sistemas de votação, meios de determinar distritos eleitorais, níveis de votação, tipos de assembléia, leis de regulamentação dos partidos etc." (HIRST, 1992, p. 35). Outras contradições da democracia representativa encontram-se na obra de Norberto Bobbio (1986, p. 17-40) e de José Luis Bolzan de Morais e Lenio Streck (2010, p. 109-135). Para uma crítica da democracia representativa burguesa e liberal, conferir Sahid Maluf (2006, p. 305-306) e Paulo Bonavides (1995, p. 189-204).

[506] Segundo Manoel Adam Lacayo Valente (2006, p. 88-91), comumente apresentam-se as seguintes visões para a crise da democracia representativa: a teoria do governo sobrecarregado e a teoria da crise de legitimidade. Sobre a primeira: "para os teóricos da concepção do 'governo sobrecarregado', a crise da democracia resultaria do próprio excesso de democracia. Essa concepção parte da ideia de que o excesso de liberdade reivindicatória, as permanentes demandas por parte de grupos sociais organizados (defensores de interesses setoriais), a ação dos políticos no sentido de garantir o máximo de votos, efetuando, para isso, promessas impossíveis, o Estado 'clientelisticamente' expandindo a sua estrutura e burocracia como forma de apaziguar conflitos políticos localizados e a intervenção governamental na iniciativa privada, além do constante aumento dos gastos públicos, conduzem a um cenário de ingovernabilidade e de perda de eficácia das políticas públicas. Esse quadro levaria o regime democrático representativo ao descrédito da sociedade e explicaria a crise da democracia" (VALENTE, 2006, p. 88-89). Sobre a segunda: "[...] a crise da democracia não resultaria de um excesso de democracia, mas de contradições estruturais entre o capitalismo e a própria democracia. [...]. Esse contexto político-econômico coloca o Estado em uma posição de permanente constrangimento, no que toca à formulação de estratégias governamentais para a sociedade, já que, dependendo de uma estrutura econômica capitalista, deve minorar antagonismos entre a comunidade de empresários e os sindicatos de trabalhadores e essa passa a ser sua preocupação fundamental." (VALENTE, 2006, p. 90).

abertas à sentença emanada do povo[507]. Os principais instrumentos para uma democracia semidireta são o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular de lei, o veto popular e o *recall*[508].

Existiria alguma relação entre as teorias da democracia direta, indireta e semidireta e a democracia deliberativa? Essa indagação será respondida a seguir, a partir da análise do perfil da teoria democrática deliberativa.

4.3.3 *Democracia deliberativa: um modelo procedimental a partir do pensamento de Habermas*

Apresentados os vários matizes da teoria democrática, seja aquele empreendido pelas ciências sociais, erguido com base na distinção entre empirismo e normativismo, seja aquele albergado classicamente pela ciência jurídica, em que se constata a atitude classificatória que enseja as noções de democracia direta, indireta e semidireta, deve-se dar um passo adiante, apresentando o modelo de democracia deliberativa.

Mesmo a teoria democrática deliberativa não está imune a dissensões teóricas. Dentro do repertório democrático deliberativo, convivem duas perspectivas distintas de concepção democrática: a substancial e a procedimental, encabeçadas, respectivamente, por Jonh Rawls e Jürgen Habermas.

> [...] enquanto Rawls formula um modelo substantivo de democracia deliberativa, por entender que a função da deliberação é aplicar princípios previamente justificados, Habermas elabora um modelo procedimental, por sustentar que a deliberação deve estar aberta quanto aos seus resultados: a justificação de princípios, para o autor, deve se dar no curso do próprio processo deliberativo concreto. (SOUZA NETO, 2006, p. 127-128).

Por coerência metodológica, a perspectiva de democracia deliberativa aqui adotada é a procedimental, elementarmente formulada por Habermas[509]. A imagem de uma democracia

---

[507] "Procurando temperar a hegemonia da representação parlamentar na democracia representativa, os Estados tendem a efetuar um movimento de translação para assegurar ao povo a possibilidade de intervenção direta na tomada das decisões políticas. Assim, a democracia semidireta, que predominantemente é representativa, simultaneamente traça parâmetros de participação imediata do povo em decisões de relevância e interesse geral." (ALARCÓN, 2000, p. 154).

[508] Desse modo, o regime democrático brasileiro, em vista do que dispõe o parágrafo único do art. 2º da Constituição Federal de 1988, pode ser qualificado, abstratamente, como semidireto. Todavia, o uso parcimonioso dos instrumentos de democracia semidireta na realidade brasileira permite perfazer que, faticamente, nosso regime é essencialmente representativo.

[509] Deve-se observar que tanto um modelo quanto outro é passível de críticas. Para uma crítica ao modelo substancial: "Nesses três aspectos, o modelo de Rawls diverge do modelo deliberativo: o modelo deliberativo não restringe a agenda da conversação pública; na verdade, ele encoraja discursos sobre os limites que separam o

deliberativa procedimental habermasiana pode ser captada pela articulação de três pontos distintos: (i) as reconciliações promovidas pela democracia deliberativa em relação à teoria democrática sociológica e jurídica; (ii) a operatividade comunicativa de uma política deliberativa; e (iii) a democracia deliberativa como aparato teórico normativo capaz de permitir a livre circulação de fluxos comunicativos imbuídos de conteúdo político entre centro e periferia.

4.3.3.1 Operando reconciliações: a teoria democrática sociológica e a teoria democrática jurídica a partir da democracia deliberativa procedimental

A fim de construir seu modelo deliberativo de democracia, o recorte procedimental rearranja, de modo inovador, as perspectivas democráticas sublinhadas pela sociologia e pelo direito, através de reconstruções conciliatórias entre abordagens historicamente divergentes ou acompanhadas de peculiaridades que lhe concedem um perfil próprio.

Nesse sentido, a primeira reconciliação ocorre no âmbito da sociologia. Conforme visto, as ciências sociais bifurcam as análises sobre a funcionalidade da democracia de duas maneiras diferentes: a empírica, que vislumbra a democracia como ela opera na prática e a normativa, que empreende idealizações de como a democracia deveria ser.

A democracia deliberativa recolhe para si ambas as perspectivas, de modo a aglutiná-las na mesma órbita teórica. Logo, a democracia deliberativa é normativa, fornecendo os parâmetros necessários para a correta compreensão de como seria o melhor modo de concretizar o ideal democrático. Concomitantemente, a democracia deliberativa não descura do real funcionamento das democracias, não ignora seu "chão", acolhendo, destarte, também, o empirismo democrático.

E como isso ocorre? As pressuposições idealizantes da democracia deliberativa – que serão melhor esclarecidas nas páginas a seguir – encontram um referencial empírico no

---

público do privado. Segundo, o modelo deliberativo localiza a esfera pública na sociedade civil, e está muito mais interessado nos modos através dos quais os processos políticos e a 'cultura de fundo' interagem. Finalmente, enquanto o modelo de Rawls centra seu foco sobre 'um poder político final e coercitivo', o modelo deliberativo focaliza processos abertos (*nonfina*l) e não coercitivos de formação da opinião em uma esfera pública irrestrita." (BENHABIB, 2009, p. 123). Para uma crítica ao modelo procedimental: "A principal falha das abordagens procedimentais é que elas requerem definições de deliberação extremamente restritas. No diálogo e na comunicação, procedimentos sozinhos não definem padrões de justiça ou racionalidade. [...]. Como procedimentos abertos e informais como 'ter a própria vez' não inibem a manipulação estratégica, é necessário considerar a efetividade do falante, e não só a oportunidade de ter suas razões consideradas." (BOHMAN, 2009, p. 40). O fato de esta dissertação acolher o modelo procedimental não significará a exclusão de observações importantes vindas de autores deliberativos filiados ao modelo substantivo, como Joshua Cohen, Amy Gutmann e o próprio James Bohman. Para uma abordagem do modelo deliberativo de Rawls, consultar a excelente obra de Catherine Audard (2006).

próprio procedimento de fundamentação legítima da opinião e da vontade. Ou seja, a institucionalização de procedimentos discursivos é capaz de "dar corpo" às aspirações normativas da democracia deliberativa.

> O paradigma deliberativo oferece como seu ponto de referência empírico um processo democrático que supostamente deveria gerar legitimidade através de um procedimento de formação da opinião e da vontade [**empirismo**] que garante (a) publicidade e transparência para o processo deliberativo, (b) inclusão e igual oportunidade para a participação, e (c) uma pretensão justificada para resultados obtidos através da troca de argumentos (principalmente em vista do impacto dos argumentos nas mudanças racionais de preferência) [**normativismo**] [...]. (HABERMAS, 2008, p. 11).

A junção entre a perspectiva sociológica empírica e a normativa traduz-se facilmente na dicotomia facticidade/validade: a facticidade (sistema) como elemento estruturante da porção empírica e a validade (mundo da vida) como elemento estruturante da porção normativa. Portanto, a democracia deliberativa tenta dar novas colorações normativas às nossas práticas democráticas já existentes[510].

A segunda reconciliação operada pela democracia deliberativa procedimental ocorre no âmbito interno da teoria sociológica normativa. Conforme exposto, as duas grandes tradições da historiografia democrática de cunho normativo são o liberalismo e o republicanismo. De acordo com o liberalismo, a democracia é vislumbrada como regime político calcado na liberdade do indivíduo frente às intromissões estatais ou sociais; nesse sentido, deve existir um espaço de atuação privada, construído com esteio em direitos negativos, imune às interferências públicas ou privadas[511].

Já o republicanismo advoga a tese de que uma autêntica democracia é aquela que oportuniza procedimentos capazes de captar uma vontade geral direcionada para a construção de decisões políticas fundamentais coletivamente vinculantes e aptos a desvelar a miríade de valores que rege determinada comunidade politicamente organizada; logo, o republicanismo assenta-se em direitos políticos positivos (participação e comunicação políticas), que ensejam

---

[510] A relação entre normativismo e empirismo no âmbito da democracia deliberativa procedimental pode ser melhor analisada no estudo de Jorge Adriano Lubenow (2012).

[511] A visão liberal "[...] não se orienta pelo *input* de uma formação política racional da vontade, e sim pelo *output* de uma avaliação bem sucedida das realizações da atividade do Estado. A argumentação liberal caminha numa direção oposta à do potencial estorvador de um poder do Estado que coloca obstáculos ao intercâmbio social espontâneo das pessoas privadas. O nervo do modelo liberal não consiste na autodeterminação democrática das pessoas que deliberam, e sim, na normatização constitucional e democrática de uma sociedade econômica, a qual deve garantir um bem comum apolítico, através da satisfação das expectativas de felicidade de pessoas privadas em condições de produzir." (HABERMAS, 2003a, p. 20-21).

a emersão de uma opinião e uma vontade comuns decodificadoras de uma autodeterminação política[512].

A democracia deliberativa procedimental recompõe harmonicamente as duas diretrizes políticas, salientando a relação de reciprocidade que entrelaça as duas posições para fins constitutivos de um novo receituário democrático. Assim, a esfera privada, livre de pressões oriundas do Estado ou de poderes sociais influentes, é capaz de tematizar e relacionar genuinamente os problemas que afligem a sociedade, formando uma opinião pública inicial e informal; essa rede interligada privatisticamente é capaz de levar as demandas informalmente formuladas à esfera pública formal, que, por sua vez, poderá catapultar (via processos comunicativos) referidas necessidades sociais em direção aos centros formais de decisão politicamente vinculante[513].

Em outras palavras, a esfera privada isenta de intromissões externas (tão cara ao liberalismo) é o primeiro passo para o surgimento de demandas sociais tornadas sensíveis para a esfera pública, única capaz de pressionar os centros oficiais de poder político para regulamentar juridicamente, em determinado sentido, essas demandas, o que requer processos políticos abertos à participação de todos os interessados ou atingidos[514], dos quais resultará a opinião e a vontade políticas comuns, sintomas inequívocos de uma prática democrática de autodeterminação política (tão cara ao republicanismo).

---

[512] "Na visão republicana, a formação política da opinião e da vontade das pessoas privadas constitui o *medium*, através do qual a sociedade se constitui como um todo estruturado politicamente. A sociedade é por si mesma sociedade política – *societas civilis*; pois, na prática de autodeterminação política dos sujeitos privados, a comunidade como que toma consciência de si mesma, produzindo efeitos sobre si mesma, através da vontade coletiva dos sujeitos privados. Isso faz com que a democracia seja sinônimo de auto-organização política da sociedade." (HABERMAS, 2003a, p. 19-20).

[513] "Há uma união pessoal entre cidadãos do Estado, enquanto titulares da esfera pública política, e os membros da sociedade, pois – em seus papéis complementares de trabalhadores e consumidores, de segurados e pacientes, de contribuintes do fisco e de clientes de burocracias estatais, de estudantes, turistas, participantes do trânsito, etc. – eles estão expostos, de modo especial, às exigências específicas e às falhas dos correspondentes sistemas de prestação. No início, tais experiências são elaboradas de modo 'privado', isto é, interpretadas no horizonte de uma biografia particular, a qual se entrelaça com outras biografias, em contextos de mundos da vida comuns. Os canais de comunicação da esfera pública engatam-se nas esferas da vida privada – as densas redes de interação da família e do círculo de amigos e os contatos mais superficiais com os vizinhos, colegas de trabalho, conhecidos, etc. – de tal modo que as estruturas espaciais de interações simples podem ser ampliadas ou abstraídas, porém não destruídas." (HABERMAS, 2003a, p. 98).

[514] Aqui se faz sentir o princípio do discurso. Como se sabe, o princípio do discurso, através da forma do direito, convola-se em princípio da democracia. Qual democracia? Precisamente a democracia deliberativa. "Habermas condensa essas qualidades [do liberalismo e do republicanismo] no **princípio do discurso**, segundo o qual somente são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais. Num segundo momento, valendo-se dos recursos disponíveis nas teorias sociológicas da democracia e do direito, o princípio do discurso é 'traduzido' para as condições do procedimento de legitimação próprio da democracia deliberativa, segundo o qual os próprios cidadãos membros de uma comunidade jurídica concreta podem chegar, no uso de sua razão na esfera pública (informal das redes anônimas e formal do sistema político-institucional) e na sociedade civil, a uma autocompreensão de si mesmos a propósito das bases normativas de sua vida em comum e de quais os interesses generalizáveis." (WERLE, 2004, p. 147, grifos do autor).

> A teoria do discurso, que atribui ao processo democrático maiores conotações normativas do que o modelo liberal, as quais, no entanto, são mais fracas do que as do modelo republicano, assume elementos de ambas as partes, compondo-os de modo novo. Na linha do republicanismo, ela coloca no centro o processo político da formação da opinião e da vontade, sem porém entender a constituição do Estado de direito [inerente ao modelo liberal] como algo secundário; conforme foi mostrado, ela entende os princípios do Estado de direito como uma resposta coerente à pergunta acerca do modo de institucionalização das formas pretensiosas de comunicação de uma formação democrática da opinião e da vontade. Na teoria do direito, o desabrochar da política deliberativa não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente e sim, da institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos comunicacionais, como também do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formaram de modo informal. (HABERMAS, 2003, p. 21).

Enfim, a democracia deliberativa estabelece, para fins de legitimação da política, um procedimento racional, comunicativamente estruturado, capaz de ligar as esferas públicas informais, erguidas com base em redes privadas livres de tentações conformadoras externas, à esfera pública formal, lócus oficial dos procedimentos de formação da opinião e da vontade comuns, denotativas da autodeterminação política de uma comunidade juridicamente organizada.

Deve-se, igualmente, analisar a relação da teoria democrática deliberativa com a teoria democrática esboçada a partir do código jurídico: dados os modelos de democracia tipicamente fornecidos pela ciência jurídica, a saber, democracia direta ou participativa, democracia indireta ou representativa e democracia semidireta, é preciso investigar com qual dessas alternativas compromete-se a democracia deliberativa.

Os moldes democráticos da ciência jurídica, apesar de suas respectivas distinções, possuem um denominador comum, qual seja, todos os três arranjos democráticos são exemplos do que se poderia chamar de democracia decisionística. Ou seja, a decisão, tomada direta ou indiretamente pelo povo, é o ponto precípuo dessas teorias.

Já a teoria democrática deliberativa insere-se em um espectro totalmente diferente, na medida em que a discussão, a troca justificante e persuasória de razões, constitui-se como perfil intrínseco a esse modelo, donde se dizer que a democracia deliberativa não é decisionística, mas argumentativa[515].

---

[515] "A teoria democrática [...] tem tratado a relação entre prática democrática e o processo deliberativo de duas formas distintas. Por um lado, autores clássicos como Jean Jacques Rousseau claramente privilegiaram o aspecto decisório, no interior do processo deliberativo, ao tratar do processo de formação da vontade geral. [...]. Desde os anos 70 [no entanto], tem surgido no interior da teoria democrática contemporânea uma tendência a reavaliar o peso do elemento argumentativo no interior do processo deliberativo." (AVRITZER, 2000, p. 25-26). "A argumentação é uma seqüência de proposições que almejam produzir ou reforçar o acordo daquele que está ouvindo. Nesse sentido, é um processo discursivo e racional." (MANIN, 2007, p. 32).

A partir desse pressuposto – a democracia deliberativa é argumentativa, e não decisionística –, concebe-se a democracia deliberativa como participativa e argumentativa. Portanto, toda democracia deliberativa é participativa[516], mas nem toda democracia participativa é deliberativa[517].

4.3.3.2 O âmago da democracia deliberativa: contornos básicos da política deliberativa

A democracia deliberativa não pode ser completamente compreendida sem antes se estabelecerem as condições que devem pautar a própria atividade política deliberativa. Segundo Joshua Cohen (2009, p. 91), a democracia deliberativa possui cinco características fundamentais: (i) a democracia deliberativa constitui-se em uma associação democrática procedimentalizada perdurada continuadamente no regime político social; (ii) essa associação democrática coordena suas ações sociais em instituições compromissadas com a atividade deliberativa, devidamente regulada, realizada livremente e entre indivíduos iguais; (iii) a política deliberativa não menoscaba a fato do pluralismo social, estimulando-o inclusive, mas essa heterogeneidade idiossincrática não pode ser encarada como um empecilho instransponível à deliberação; (iv) como concepção formal, o procedimentalismo deliberativo defende a tese de que a legitimidade dos resultados advindos da deliberação resulta dos próprios procedimentos institucionalizados; (v) a política deliberativa faz pressuposições idealizadas quanto às capacidades deliberativas dos indivíduos, concordando com a tese segundo a qual todos os membros da associação democrática são capazes de oferecer razões ou contestar justificadamente essas razões em público.

Ademais, Cohen (2009, p. 92) arrola as diretrizes de uma deliberação ideal, a saber: (i) a deliberação ideal é livre em dois sentidos: (i.a) nenhuma norma, regulamento, pauta ou agente pode constranger ou manipular a agenda deliberativa, a não ser que seja interna ao processo deliberativo e seja respaldada pela força persuasória do melhor argumento; (i.b) os

---

[516]Em sentido contrário: "A democracia deliberativa insiste na exigência de uma contínua prestação de contas, e não na participação direta na política." (GUTMANN, 1995, p. 23). Desse modo, a democracia deliberativa é um incremento à democracia representativa, daí nascendo a noção de *accountability*: "apesar de não ser preciso que um cidadão autônomo participe ativamente da política, ele deve estar preparado para obrigar aqueles que o fazem a prestar contas [*accountability*] das decisões que tomam em seu nome." (GUTMANN, 1995, p. 23). No mesmo sentido, articulando democracia representativa, democracia deliberativa e *accountability*: Simone Chambers (2009, p. 241).

[517] Segundo David Held (2006, p. 338), a democracia deliberativa endereça críticas bastante contundentes à teoria democrática participativa decisionística, quais sejam, (i) a democracia direta não é realizável em sociedades complexas e diferenciadas; (ii) a democracia direta não consegue lidar com a heterogeneidade social; e (iii) a participação na democracia direta é qualitativamente inferior à participação da democracia deliberativa, justamente por ignorar o papel emancipatório da deliberação.

resultados da deliberação não são imunes à revisão, mas, uma vez surgida a alternativa, há razões suficientes para obedecer-lhe; (ii) a deliberação lastreia-se numa troca de argumentos, de razões, que visam a justificar a posterior decisão alcançada; ou seja, a deliberação envolve a apresentação de propostas, visões e pontos de vista amparados em razões justificáveis, podendo essas razões ser criticadas ou tematizadas através de outras razões colidentes; (iii) os participantes entretidos em processos deliberativos devem ser vistos como partes formal e substancialmente iguais, ou seja, o procedimento deliberativo não pode fazer distinções entre os indivíduos e as condições fático-sociais do indivíduo não podem ter peso apriorístico no processo deliberativo[518]; (iv) o processo deliberativo pode desaguar em um consenso racionalmente justificado e precedido de uma ampla e livre troca de argumentos, que irá, por fim, coordenar as ações sociais – agora – convencidas do potencial racional da decisão deliberada; mas não se pode desprezar o risco do dissenso, tão presente em sociedades complexas e diferenciadas, símbolo, ainda, da própria oportunidade democrática de discordar; ocorrendo o dissenso, deve-se buscar a solução na regra da maioria – o que não deixa de ser uma decisão que cumpre os requisitos de uma democracia deliberativa.

Habermas concorda[519] com esses postulados e condições da democracia deliberativa expostos por Joshua Cohen, mas lança uma crítica ao modelo por ele desenvolvido, por ignorar o engate da política deliberativa entre a esfera pública informal projetada através da sociedade civil e a esfera pública formal constituída dos centros oficiais de tomadas de decisão, ligadas por processos democráticos que levam a opinião pública da periferia informal ao centro oficial[520].

> As esferas públicas das corporações parlamentares estruturam-se quase sempre como um **conjunto de justificações**. Elas dependem não somente do trabalho e da reelaboração administrativa, como também do **contexto de descoberta** de uma

---

[518] Isso se traduz na velha máxima cartesiana que recomenda abraçar a autoridade do argumento, e não o argumento da autoridade.

[519] Habermas reinterpreta os pontos levantados por Cohen da seguinte maneira: (i) as deliberações ocorrem de forma argumentativa, ou seja, cada participante pode apresentar informações e argumentos, submetidos a críticas por outros participantes; (ii) as deliberações são públicas e inclusivas, não havendo espaço para exclusões; (iii) as deliberações são livres de coerções externas (a não ser pela estrutura procedimental) e de coerções internas (todos podem contribuir para a deliberação, sendo guiados tão somente pela força coativa do melhor argumento); (iv) as deliberações devem ser finalizadas, seja através do consenso, seja através da regra da maioria; (v) todas as agendas estão abertas à deliberação, inclusive aquelas apontadas como "privadas"; (v) as deliberações devem, para seu sucesso, levar à mutação de preferências (HABERMAS, 2003, p. 30)

[520] "No entanto, este modelo de política deliberativa é incompleto, pois carece de diferenciações internas importantes [a relação direito e política apresentada pelo direito discursivo – tensão interna entre facticidade e validade], e não há enunciados sobre a relação existente entre as deliberações, que são reguladas através de processos democráticos, e os processos de formação informal da opinião na esfera pública." (HABERMAS, 2003b, p. 23).

> esfera pública não regulada através de processos, da qual é titular o público dos cidadãos em geral." (HABERMAS, 2003b, p. 32, grifos do autor).

Todos os meandros do edifício teórico da política deliberativa não podem ser visualizados somente no que foi proposto por Habermas e Cohen: existem outros aspectos conceituais, implícitos ou não desenvolvidos pelos dois autores, que merecem ser apresentados, uma vez que, em conjunto, permitem uma compreensão mais acurada da deliberação, a saber, (i) o conceito de deliberação, (ii) a legitimidade pela deliberação, (iii) a questão das preferências, (iv) o problemático aspecto do consenso, (v) a informação e (vii) a alteridade.

O primeiro ponto a ser mais detidamente analisado refere-se aos contornos do que seja a deliberação. A deliberação consiste na troca argumentativa de pontos de vista entre participantes que almejam solucionar, de modo cooperativo e racional, problemas políticos que dependem de decisões altamente legitimadas[521]. Do engate deliberativo firmado entre as partes é que surgem as demais questões a serem aqui analisadas, como legitimidade, preferências, consenso, informação e alteridade. Daí se pode entrever a importância da deliberação[522].

Desse modo, o primeiro grande consectário da deliberação é a legitimidade. A legitimidade das decisões é simetricamente dependente da deliberação. Assim, a decisão democrática depende, para sua legitimidade, de processos deliberativos adotados por instituições políticas, cuja principal característica é o intercâmbio de razões justificantes promovidas por indivíduos politicamente livres e iguais[523].

---

[521] Vejam-se algumas conceituações: "[deliberação pública é] um processo dialógico de troca de razões com o propósito de solucionar situações problemáticas que não podem ser resolvidas sem coordenação e cooperação interpessoais." (BOHMAN, 2009, p. 36); "[...] a deliberação pode ser compreendida como uma atividade discursiva capaz de conectar esferas comunicativas formais e informais, nas quais diferentes atores e discursos estabelecem um diálogo, que tem por principal objetivo a avaliação e a compreensão de um problema coletivo ou de uma questão de interesse geral." (MARQUES, 2009, p. 13); "de forma geral, podemos dizer que a deliberação é o debate e a discussão que têm como propósito produzir opiniões racionais e bem informadas nas quais os participantes são convidados a revisar preferências à luz da discussão, de novas informações e das demandas feitas pelos demais participantes." (CHAMBERS, 2009, p. 241).

[522] De acordo com Thomas Christiano (2007, p. 84), a importância da deliberação reside em três teses: (i) tese da contribuição – a deliberação valoriza as instituições democráticas; (ii) tese da necessidade – sociedades políticas que tomam decisões não deliberadas albergam arranjos democráticos indesejáveis; e (iii) tese da exclusividade – a deliberação é o que dá importância à ideia de democracia.

[523] "De acordo com o modelo deliberativo de democracia, uma das condições necessárias para se atingir a legitimidade e a racionalidade em processos coletivos de tomada de decisão com relação a uma política é que as instituições políticas sejam organizadas de tal modo que aquilo que é considerado de interesse geral resulte de processos de deliberação coletiva, conduzidos racionalmente e de modo justo entre indivíduos livres e iguais." (BENHABIB, 2009, p. 112); "[...] os resultados são legítimos na medida em que recebem o assentimento refletido por meio da participação em uma deliberação autêntica da parte de todos aqueles sujeitos à decisão em questão." (DRYZEK, 2004, p. 41); "[...] a legitimidade emerge das discussões e de decisões dos membros da

O modelo sociológico empírico de democracia – ilustrado através das perspectivas de Schumpeter e Dahl – concebe as preferências do indivíduo como algo dado, imutável, petrificado no tempo e no espaço, não sujeito, portanto, a modulações. O modelo empírico destaca "[...] que as preferências políticas dos cidadãos são fixas, isto é, são dados exógenos à competição política." (VITA, 2000, p. 11). A democracia deliberativa não compactua com tal visão, tendo em vista que o processo deliberativo é capaz de transformar as preferências inicialmente presentes no vocabulário do indivíduo.

Com efeito, a democracia deliberativa, ao fazer suas apostas na figura central da deliberação, faz uma suposição – faticamente bem plausível, por sinal – de que as preferências iniciáticas dos indivíduos estão abertas a modificações no desenrolar do processo argumentativo.

À medida que a discussão é principiada, com a apresentação de novos pontos de vista, novos argumentos, novas perspectivas, informações de introito desconhecidas, a chance de que o indivíduo, pautando-se racionalmente, transforme sua preferência inicial é potencialmente elevada[524]. Logo, "[...] o processo democrático [é descrito] como um mecanismo que modifica preferências através de discussões públicas." (HABERMAS, 2003b, p. 66-67).

Outro ponto que merece ser investigado é a respeito da necessidade ou não do consenso como elemento estruturante e identificador da política deliberativa ínsita ao procedimentalismo democrático. A questão é saber se o processo argumentativo encetado pelas partes deve culminar em unanimidade ou não.

É sabido que os modelos habermasianos de sociedade, direito e política, todos tendo como pano de fundo a filosofia da linguagem, faz fortes pressuposições sobre a possibilidade

---

sociedade, quando formuladas e expressas por meio de instituições sociais e políticas designadas a reconhecer sua autoridade coletiva." (COHEN, 2007, p. 115).

[524] "Não precisamos argumentar que os indivíduos, quando começam a deliberar sobre assuntos políticos, não sabem nada sobre o que querem. Eles sabem o que querem em parte: têm certas preferências e algumas informações, mas estas são incertas, incompletas, freqüentemente confusas e opostas entre si. O processo da deliberação e a confrontação de vários pontos de vista ajudam a esclarecer a informação e a refinar suas próprias preferências. Eles podem igualmente modificar seus objetivos iniciais, caso necessário." (MANIN, 2007, p. 30-31); "portanto, as práticas e instituições democráticas devem ter como pressuposto a possibilidade de uso público da razão, livre e inclusivo, segundo o qual as deliberações políticas sobre questões fundamentais não resultem de um processo mecânico de agregação de preferências fixas e preexistentes ao jogo político, mas de um processo de formação e transformação das próprias preferências e dos interesses particulares, no sentido de se alcançarem acordos políticos que tenham a seu favor uma pretensão de racionalidade." (MELO; WERLE, 2007, p. 7-8); "[...] não são realistas neste contexto as idéias segundo as quais possibilidades de escolha e preferências são tratadas como algo dado; ambas transformam-se no próprio processo político. As preferências que se obtêm através de entrevista individual não refletem de modo confiável as reais preferências dos entrevistados, quando levamos em conta as preferências que **poderiam manifestar-se** após a avaliação de informações e de argumentos. A mudança política de valores e enfoques não é um processo de adaptação cega, porém o resultado de uma formação construtiva da opinião e da vontade." (HABERMAS, 2003b, p. 66, grifos do autor).

de consenso. E é natural que assim seja: se somos capazes de nos comunicar é bastante intuitivo que, nesses processos comunicativos, estejamos aptos a obter consensos; o mundo da vida é, nesse sentido, o depósito de nossas ações comunicativas consensualizadas – não obstante a possibilidade de se contestarem as pretensões de validade levantadas pelo falante e analisadas pelo ouvinte com base em dados extraídos do mundo da vida[525].

Mas em *Direito e Democracia* Habermas já renuncia, de certo modo, ao esquema contrafático do consenso. Dado que o dissenso é sempre presente em sociedades complexas e diferenciadas, abençoadas pelo progressivo processo de modernização, não se pode mais apoiar-se estritamente na necessidade de consensos como forma de garantir a integração social[526].

Interesses particulares, através de ações perlocucionárias, também se imiscuem em práticas comunicativas. A saída para tal paradoxo é permitir a formação de pactos[527] – e não exigir somente a consolidação de consensos – formados a partir da consideração de interesses. Mas esses pactos, para serem legítimos, devem vir juridicamente regulamentados. Por "juridicamente regulamentado" deve-se interpretar o específico modo pelo qual o direito é fundamentado, guiado a partir das premissas fundantes do direito discursivo[528].

Eis, assim, o paradoxo da democracia deliberativa: os resultados da deliberação não precisam necessariamente ser escoados em direção a um consenso[529]; mas não se pode excluir, de antemão, a própria possibilidade de consenso.

---

[525] "O mundo da vida constitui, pois, de certa forma, o lugar transcendental em que os falantes e ouvintes se encontram; onde podem levantar, uns em relação aos outros, a pretensão de que suas exteriorizações condizem com o mundo objetivo, social ou subjetivo; e onde podem criticar ou confirmar tais pretensões de validade, resolver seu dissenso e obter consenso." (HABERMAS, 2012a, p. 231).

[526] Na crítica de Simone Goyard-Fabre: "[...] subordinar o direito político ao consenso social equivale à ausência de governo e de aparelho jurídico para regular a vida social: é uma utopia suicida." (GOYARD-FABRE, 1999, p. 485).

[527] "Dependendo das perspectivas dos atores, os problemas da coordenação da ação são tematizadas de diferentes maneiras. Sob condições do agir orientado por valores, os atores buscam um consenso ou apoiam-se nele; sob condições do agir orientado por interesses, eles visam uma compensação de interesses ou um compromisso. A prática de entendimento distingue-se na prática de negociação através de sua finalidade: num caso, a união é entendida como consenso, no outro como pacto. No primeiro, se apela para a consideração de normas e valores; no segundo, para a avaliação de interesses." (HABERMAS, 2010, p. 177-178).

[528] "Habermas não desconhece, porém, o papel do jogo de interesses no processo de formação da vontade estatal. Não se trata aqui de sujeitos orientados na busca do consenso, mas sim de negociações que visam à satisfação de interesses. Mas se sustenta que, no processo discursivo do Estado Democrático de Direito, essas negociações são suscetíveis de regulação procedimental. Dessa maneira, asseguram-se chances iguais de participação, de influência recíproca e de imposição dos interesses divergentes nas negociações. Fala-se, então, de 'formação de compromissos' com base em 'negociações eqüitativas'. Nessa hipótese, embora os agentes estejam orientados para o êxito, o procedimento torna-o racional." (NEVES, 2008, p. 120).

[529] "O ideal de consenso tem há muito sido rejeitado pela maioria dos democratas deliberativos, mesmo por aqueles simpáticos à tradição habermasiana, na qual o consenso uma vez ocupou um papel central no referencial contrafatual da situação ideal de fala, embora seus adversários nem sempre tenham notado. Acordos exequíveis [...] nos quais o assentimento pode ser assegurado quanto aos cursos de ação por diferentes razões, são bem mais

O consenso é, nessa medida, descartável como elemento estruturante da deliberação, mas que pode vir a ser alcançado em contextos propícios. O caráter "escorregadio" do consenso dá ensejo a duas possíveis espécies de democracia deliberativa: (i) a democracia deliberativa **discursiva**, que seria caracterizada por um troca de informações e pontos de vista entre partes, livres e iguais politicamente, entretidas em processos argumentativos que culminaram em consensos, e (ii) democracia deliberativa **dialógica**, em que o intercâmbio argumentativo no qual estão inseridas as partes dá lugar a uma decisão não consensual; nesse caso, a troca de perspectivas continua a ter papel de destaque dentro do processo argumentativo no sentido de legitimar a decisão porventura adotada[530].

A política deliberativa, tal como aqui esboçada, possui uma grande vantagem em relação aos demais modelos democráticos apresentados: a deliberação é um processo gerador de informação (BENHABIB, 2009, p. 115). Durante o desenrolar do processo argumentativo típico da deliberação pública, os indivíduos entrelaçados nessa prática coordenativa e cooperativa direcionada para a busca de decisões políticas racionais estão sujeitos a uma constelação de informações a que não teriam acesso caso estivessem politicamente ensimesmados ou insulados em suas respectivas experiências sociais. A democracia deliberativa, lastreada na deliberação pública, oportuniza *inputs* e *outputs* atinentes à informação, democratizando-a, portanto[531].

Por fim, a deliberação pública nutre um profundo respeito quanto à alteridade. A atividade argumentativa, firmada entre dois ou mais deliberantes, implica o respeito, a deferência e a atenção em relação aos pontos de vista articulados pelo interlocutor. Ao realizar a pressuposição de que todos são politicamente livres e iguais, a democracia deliberativa

---

plausíveis. Tais acordos vão variar em seu grau de ressonância com a constelação de discursos prevalecente. Maior ressonância significa maior legitimidade discursiva." (DRYZEK, 2004, p. 52).

[530] A distinção entre democracia deliberativa discursiva e democracia deliberativa dialógica foi construída em consonância com o seguinte pensamento de James Bohman: "O discurso se constitui pelo diálogo. Apesar disso, o discurso e o diálogo precisam ser distinguidos em várias dimensões. Essas distinções separam minha visão dialógica da abordagem discursiva de Habermas da política deliberativa. Primeiro, a deliberação é dialógica, porque ela não suspende os constrangimentos às ações. A deliberação opera quando uma pluralidade de agentes que atuam juntos tentam convencer-se mutuamente a coordenar suas atividades de modos particulares. Segundo, o discurso é mais exigente que o diálogo; como uma comunicação de segunda ordem, ele pressupõe idealizações, ou, mais que isso, pressupõe uma acordo unânime sobre regras básicas e critérios de justificação racional. Terceiro, os discursos são abertos somente em princípio, pois os requisitos necessários para a participação ativa precisam ser bastante elevadas. O diálogo não requer uma especialidade epistêmica específica e está aberto a todos os cidadãos que desejam formular o resultado da deliberação." (BOHMAN, 2009, p. 69-70). Nesse sentido, mesmo corriqueiras conversas cotidianas, menos exigentes que o diálogo de Bohman, podem ser substratos para uma democracia deliberativa saudável, como bem demonstra Jane Mansbridge (2009, p. 207).

[531] "Novas informações são geradas porque: 1) nenhum indivíduo pode antecipar e antever toda a variedade de perspectivas através das quais problemas éticos e políticos serão percebidos por indivíduos diferentes e 2) nenhum indivíduo pode possuir todas as informações tidas como relevantes para uma decisão que afeta a todos. A deliberação é um procedimento que se desenvolve para que os indivíduos sejam informados." (BENHABIB, 2009, p. 115).

promove a reconciliação entre o "eu" e o "outro", operada através de uma sincera e reflexiva troca de argumentos voltada para a solução de problemas que são comuns tanto em relação a um quanto ao outro[532].

Desse modo, têm-se os contornos básicos de uma política deliberativa que é base para a democracia deliberativa: (i) o processo de deliberação pública convida os participantes (livres e iguais) a encetarem uma troca de argumentos cuja finalidade é fundamentar a legitimidade da decisão política; (ii) nesse processo, o intercâmbio de argumentos promove uma mudança de preferências, realizada pelas novas informações que surgem durante o debate deliberativo; (iii) o debate deliberativo pode culminar em uma decisão política consensualizada (democracia deliberativa discursiva) ou não consensualizada (democracia deliberativa dialógica).

Todavia, o modelo de democracia deliberativa, a partir do projeto habermasiano, restaria incompleto caso fosse omitida a relação entre o centro oficial de tomada de decisões politicamente vinculantes – os complexos parlamentares, a hierarquia do executivo e a judicatura judicial, detentores de poder administrativo – e as redes informais de deliberação – a esfera pública assentada na sociedade civil geradora de poder comunicativo. Esse passo derradeiro será exposto a seguir.

4.3.3.3 <u>Centro e periferia: a circulação do poder político no âmbito da democracia deliberativa</u>

A plena compreensão da democracia deliberativa procedimental, oriunda do pensamento habermasiano, ficaria exposta a lacunas caso não fosse apresentado o modelo de circulação do poder político presente na democracia deliberativa. Esse modelo apresenta dois conceitos-chave imprescindíveis, a saber, o de esfera pública[533] e o de sociedade civil.

---

[532] "Quando submeto minhas concepções e argumentos à sua avaliação e réplica e ouço suas idéias e argumentos tendo em vista aprender alguma coisa de você, manifesto algum tipo de respeito por você. Estou tratando você como um tipo de ser racional e inteligente que tem alguma coisa a oferecer. Se estou discutindo algum tópico com você ou alguém diferente e você diz alguma coisa pertinente à discussão, a qual simplesmente ignoro, manifesto algum tipo de desdém por você. Neste caso, na medida em que o respeito lhe é devido, agi de um modo que não é apropriado em minha relação com você. Considerei você injustamente." (CHRISTIANO, 2007, p. 90).

[533] Em *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, Habermas faz uma análise histórica e sociológica do surgimento e desenvolvimento da esfera pública burguesa. Ainda bastante influenciado pela primeira geração da Escola de Frankfurt, Habermas traça um diagnóstico pessimista sobre a esfera pública, no sentido de identificar sua decadência, principalmente em razão da mídia de massa (HABERMAS, 1984, p. 207-212). Todavia, em *Direito e Democracia*, uma visão mais otimista sobre a esfera pública é acolhida pelo autor.

A esfera pública é um espaço social não institucionalizado[534], construído a partir da interlocução entre os domínios públicos e privados[535], capaz de articular, de modo comunicativo e eminentemente deliberativo[536], temas e problemas políticos[537] que, uma vez condensados coerentemente em uma determinada direção, formam aquilo que se costuma designar por opinião pública[538]. "A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos." (HABERMAS, 2003b, p. 92).

A sociedade civil, por seu turno, concede uma ancoragem institucional à esfera pública pluralista informal, ou seja, é através da sociedade civil que a esfera pública pode, efetivamente, formar a opinião pública e escoá-la em direção aos centros oficiais de deliberação política.

> O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organização e associações, os quais captam ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. (HABERMAS, 2003b, p. 99).

Sem as instituições enraizadas na sociedade civil, a esfera pública perderia em efetividade quanto à possibilidade de ensejar uma opinião pública forte e convincente, com

---

[534] "A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis." (HABERMAS, 2003b, p. 92).

[535] "Há [na esfera pública] uma união pessoal entre os **cidadãos do Estado**, enquanto titulares da esfera pública política, e os **membros da sociedade**, pois – em seus papéis complementares de trabalhadores e consumidores, de segurados e pacientes, de contribuintes do fisco e de clientes de burocracias estatais, de estudantes, turistas, participantes do trânsito, etc. – eles estão expostos, de modo especial, às exigências específicas e às falhas dos correspondentes sistemas de prestação. No início, tais experiências são elaboradas de modo 'privado', isto é, interpretadas no horizonte de uma biografia particular, a qual se entrelaça com outras biografias, em contextos de mundo da vida comuns." (HABERMAS, 2003b, p. 98, grifos do autor).

[536] "A esfera pública constitui principalmente uma **estrutura comunicacional** do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o **espaço social** gerado no agir comunicativo, não com as **funções** nem com os **conteúdos** da comunicação cotidiana." (HABERMAS, 2003, p. 92, grifos do autor).

[537] Não sem razão Habermas apelida a esfera pública de "[...] caixa de ressonância onde os problemas a serem elaborados pelo sistema político encontram eco." (HABERMAS, 200b3, p. 91, grifos do autor).

[538] "Na esfera pública, as manifestações são escolhidas de acordo com temas e tomadas de posição pró ou contra; as informações e argumentos são elaborados na forma de opiniões focalizadas. Tais opiniões enfeixadas são transformadas em opinião pública através do modo como surgem e através do amplo assentimento de que 'gozam'." (HABERMAS, 2003b, p. 94).

potencialidades consideráveis de realmente influenciar[539] as decisões políticas atinentes aos problemas e às controvérsias surgidos no panorama social.

Posto isso, o poder político, no âmbito de uma democracia deliberativa, deve circular entre os centros oficiais de decisões políticas[540], compostos principalmente pelo parlamento, mas também pelos tribunais e pela administração pública, e a esfera pública periférica[541] (lastreada na sociedade civil), local onde controvérsias são estimuladas e em torno das quais surge, através do intercâmbio de argumentos, pontos de vista e perspectivas realizado entre indivíduos politicamente livres e iguais, a opinião pública que deve nortear, de algum modo, a decisão política a ser tomada pela esfera pública formal – os referidos centros políticos oficiais.

Destarte, o poder comunicativo oriundo das interações comunicacionais produzidas pela esfera pública informal deve atravessar as comportas do sistema central de decisão política, estruturado a partir de processos formadores da opinião e da vontade e intuitivamente apoderado de poder administrativo.

Logo, o engate entre esfera pública formal (centro), detentora de poder administrativo, e esfera pública informal (periferia), detentora de poder comunicativo, é decisivo para a legitimidade das tomadas de decisão politicamente relevantes; a decisão política é legítima quando se consegue, de algum modo, auferir a capacidade de interferência da periferia em relação ao centro.

---

[539] Habermas é enfático ao dizer que a esfera pública somente pode influenciar decisões políticas, e não direcioná-las diretamente: "[...] é preciso lembrar que, na esfera pública, ao menos na esfera pública liberal, os atores não podem exercer poder político, apenas influência. E a influência de uma opinião pública, mais ou menos discursiva, produzida através de controvérsias públicas, constitui certamente uma grandeza empírica, capaz de mover algo. Porém, essa influência pública e política tem que passar antes pelo filtro dos processos institucionalizados da formação democrática da opinião e da vontade, transformar-se em poder comunicativo e infiltrar-se numa legislação legítima, antes que a opinião pública, concretamente generalizada, possa se transformar numa convicção testada sob o ponto de vista da generalização de interesses e capaz de legitimar decisões políticas. [...]. Isso faz com que os movimentos democráticos oriundos da sociedade civil renunciem às aspirações de uma sociedade auto-organizada em sua totalidade, aspirações que estavam na base das idéias marxistas da revolução social" (HABERMAS, 2003b, p. 105).

[540] "O núcleo do sistema político é formado pelos seguintes complexos institucionais, já conhecidos: a administração (incluindo o governo), o judiciário e a formação democrática da opinião e da vontade (incluindo corporações parlamentares, eleições políticas, concorrência entre partidos, etc.). Portanto, esse centro, que se perfila perante uma periferia ramificada, através de competências formais de decisão e de prerrogativas reais, é formado de modo 'poliárquico'. No interior do núcleo, a 'capacidade de ação' varia, dependendo da 'densidade' da complexidade organizatória." (HABERMAS, 2003, p. 87).

[541] "O leque abrange desde associações que representam grupos de interesse claramente definidos, uniões (com objetivos de partido político), e instituições culturais (tais como academias, grupos de escritores, *radical professionals* etc.), até '*public interest groups*' (com preocupações públicas, tais como a proteção do meio ambiente, proteção dos animais, teste dos produtos, etc.), igrejas e instituições de caridade. Essas associações formadoras de opinião, especializadas em temas e contribuições e, em geral, em exercer influência pública, fazem parte da infra-estrutura civil de uma esfera pública dominada pelos meios de comunicação de massa, a qual, através de seus fluxos comunicacionais diferenciados e interligados, forma o verdadeiro contexto periférico." (HABERMAS, 2003b, p. 87-88).

> Quando nos servimos dessa ideia de democracia, que traduz em termos sociológicos a teoria do discurso, descobrimos que as decisões impositivas, para serem legítimas, têm de ser reguladas por fluxos comunicacionais que partem da periferia e atravessam as comportas dos procedimentos próprios à democracia e ao Estado de direito, antes de passar pela porta de entrada do complexo parlamentar ou dos tribunais (e às vezes antes de voltar pelo caminho da administração implementadora). Somente então é possível evitar que o poder do complexo administrativo ou poder social das estruturas intermediárias que têm influência no núcleo central se tornem independentes em relação ao poder comunicativo que se forma no complexo parlamentar. (HABERMAS, 2003b, p. 88-89).

Portanto, a democracia deliberativa oportuniza a canalização das demandas sociais surgidas na esfera pública informal, escoando-as procedimentalmente em direção ao seio institucional das decisões políticas: o parlamento, o judiciário e o executivo.

4.3.3.4 Síntese conclusiva: a imagem da democracia deliberativa

A teoria da democracia deliberativa comportou, até aqui, três linhas de análise distintas: a metodológica, a material e a funcional. Metodologicamente, o modelo deliberativo realiza a reconciliação interna nas duas matrizes de concepção democrática presentes na linguagem das ciências sociais.

De um lado, a democracia deliberativa é uma teoria com fortes conotações normativas, mas sem se descurar da grandeza empírica que revela o real funcionamento das instituições democráticas. Por outro lado, estritamente no domínio do normativismo, a democracia deliberativa concebe uma relação de dependência recíproca quanto às duas tradições historicamente consolidadas no glossário político: o liberalismo e o republicanismo.

Materialmente, a democracia deliberativa tem como núcleo a própria política deliberativa; uma política deliberativa que se caracteriza pela troca constante de argumentos, em que as preferências são modeláveis conforme novos pontos de vista, novas informações e novas perspectivas são ancorados no processo argumentativo, que pode – ou não – levar a uma conclusão consensual. Nessa medida, a política deliberativa é capaz de sustentar a legitimidade da decisão política.

Funcionalmente, a democracia deliberativa estabelece que a esfera pública informal produtora de poder comunicativo deve pressionar, de modo constante e através de procedimentos discursivos, a esfera pública formal, possuidora de poder administrativo, de modo que a periferia possa influenciar os centros políticos.

Assim, **a democracia deliberativa pode ser apresentada como o regime de governo em que as decisões políticas são deliberadas, ou seja, as alternativas políticas**

são argumentativamente exploradas por indivíduos politicamente livres e iguais, inseridos em arenas comunicativas periféricas constitutivas da esfera pública informal, de onde se extrai uma opinião pública capaz de influenciar as tomadas de decisão coletivamente vinculantes realizadas pelos centros oficiais de decisão política, a saber, o parlamento, o executivo e o judiciário – a esfera pública formal, portanto[542].

Criticado[543] e elogiado[544], o modelo deliberativo entrelaça, de modo inovador na teoria democrática, legitimidade e intersubjetividade: a legitimidade das decisões políticas depende de uma troca de argumentos entre os co-deliberantes, sendo, portanto, intersubjetivamente estruturada. A tão reclamada democratização das relações jurídico-administrativas deve, então, ainda que minimamente, considerar a sério os postulados da democracia deliberativa.

---

[542] Conforme se constata, o conceito aqui apresentado lida principalmente com o vocabulário deliberativo habermasiano. Vejam-se outros conceitos de democracia deliberativa: "a democracia, segundo meu ponto de vista, é melhor entendida como um modelo para a organização do exercício público e coletivo do poder nas principais instituições de uma sociedade com base no princípio segundo o qual as decisões que atingem o bem-estar de uma coletividade podem ser vistas como o resultado de um procedimento de deliberação livre e racional entre indivíduos considerados iguais política e moralmente." (BENHABIB, 2007, p. 48); "por democracia deliberativa entendo, aproximadamente, uma associação cujas relações são governadas pela deliberação pública de seus membros.". (COHEN, 2009, p. 85).

[543] Não se pode deixar de mencionar as várias críticas endereçadas ao modelo deliberativo: Iris Marion Young (2001, p. 368-386) atenta para o fato de que a democracia deliberativa, ao se fixar em discursos, excluiria outras formas comunicativas, próprias de outros segmentos sociais; Álvaro de Vita (2000, p. 21) lembra que um pouco de competição política é saudável para os regimes democráticos; Fábio Wanderley Reis (2004, p. 65), com apoio em Timur Kuran, tematiza que a esfera pública informal pode ser opressora; Pedro Salazar Ugarte (2004, p. 99) desconfia da existência de uma esfera pública culta, responsável e informada adotada pelo padrão deliberativo; Cicero Araujo (2004, p. 158) alerta que, em sociedades ditas pluralistas, a participação não pode ser exigida como ideal político; Frank Michelman (2007, p. 201) desconfia da praticidade empírica da perspectiva deliberativa; Adam Przeworski (2007, p. 278) acredita que a prática deliberativa pode levar a uma dominação ideológica; Michael Walzer (2007, p. 299) vislumbra a deliberação como exceção nos regimes democráticos e Simone Goyard-Fabre (2003, p. 325-334) questiona a (i) a mixórdia metodológica da teoria democracia deliberativa, (ii) as várias ambiguidades em que a teoria se estriba e (iii) a confusão entre direito e direitos operada por Habermas.

[544] Maeve Cooke (2009, p. 143-174) arrola cinco argumentos em favor da democracia deliberativa, a saber: (i) a deliberação tem um caráter educativo; (ii) a deliberação gera um senso de comunidade; (iii) a deliberação aperfeiçoa a justiça dos resultados democráticos; (iv) a deliberação aperfeiçoa a racionalidade dos resultados democráticos; e (v) a deliberação promove um processo de autoelucidação social. De modo razoavelmente semelhante, Archon Fung (2004, p. 183-189) seleciona algumas consequências de um modelo democrático deliberativo: (i) a deliberação incita um engajamento cívico; (ii) a deliberação promove um participacionismo socialmente desnivelado; (iii) a deliberação tentada pelos indivíduos geralmente é de alta qualidade; (iv) a deliberação gera informação para as autoridades públicas; (v) a deliberação gera informação para os cidadãos deliberantes; (vi) a deliberação fortalece habilidades democráticas e estimula a socialização; (vii) a deliberação, em relação aos modelos representativos, permite a *accountability*; (viii) a deliberação contempla, de forma mais efetiva, a justiça das políticas; (ix) a deliberação é capaz de reforçar a efetividade da ação pública; e (x) a deliberação politiza os indivíduos, ensejando mobilizações populares.

4.4 O paradigma do Estado Democrático de Direito como paradigma da procedimentalização participativa

Paradigmas[545] são "[...] as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência." (KHUN, 1998, p. 13). Em outras palavras, os paradigmas constituem os mananciais dos quais se podem extrair as metanarrativas informativas de uma determinada ciência[546].

Tendo por base a ideia norteadora de paradigma, Habermas apresenta três paradigmas[547] distintos erguidos a partir do âmbito estritamente jurídico: o paradigma do

---

[545] A noção de paradigma encontra-se comprometida com uma visão moderna da contemporaneidade. Isso significa que ainda somos filhos do racionalismo iluminista francês. De acordo com David Harvey (1998, p. 60-61), a modernidade seria caracterizada pelas seguintes categorias conceituais: (i) romantismo/simbolismo; (ii) forma (conjuntiva, fechada); (iii) propósito; (iv) projeto; (v) hierarquia; (vi) domínio/logos; (vii) objeto de arte/obra acabada; (viii) distância; (ix) criação/totalização/síntese; (x) presença; (xi) centração; (xii) gênero/fronteira; (xiii) semântica; (xiv) paradigma; (xv) hipotaxe; (xvi) metáfora; (xvii) seleção; (xviii) raiz/profundidade; (xix) interpretação/leitura; (xx) significado; (xxi) *lisible* (legível); (xxii) narrativa/*grande histoire*; (xxiii) código mestre; (xxiv) sintoma; (xxv) tipo; (xxvi) genital/fálico; (xxvii) paranoia; (xxviii) origem/causa; (xxix) Deus Pai; (xxx) metafísica; (xxxi) determinação; (xxxii) transcendência. Já a pós-modernidade seria caracterizada pelos seguintes elementos: (i) parafísica/dadaísmo; (ii) antiforma (disjuntiva/aberta); (iii) jogo; (iv) acaso; (v) anarquia; (vi) exaustão/silêncio; (vii) processo/*perfomance*/*happening*; (viii) participação; (ix) descriação/desconstrução/antítese; (x) ausência; (xi) dispersão; (xii) texto/intertexto; (xiii) retórica; (xiv) sintagma; (xv) parataxe; (xvi) metonímia; (xvii) combinação; (xviii) rizoma/superfície; (xix) contra a interpretação/desleitura; (xx) significante; (xxi) *scripitible* (escrevível); (xxii) antinarrativa/*petite histoir*e; (xxiii) idioleto; (xxiv) desejo; (xxv) mutante; (xxvi) polimorfo/andrógino; (xxvii) esquizofrenia; (xxviii) diferença-diferença/vestígio; (xxix) Espírito Santo; (xxx) ironia; (xxxi) indeterminação; (xxxii) imanência. Para Habermas, um autor ainda inserido nos padrões da modernidade – ainda que uma outra modernidade, agora vinculada a uma racionalidade comunicativa – nosso tempo moderno seria caracterizado por ambivalências: "Esclarecimento e manipulação, consciente e inconsciente, forças produtivas e forças destrutivas, auto-realização expressiva e dessublimação repressiva, efeitos que garantem a liberdade e efeitos que a suspendem, verdade e ideologia: todos esses momentos desembocam agora um no outro" (HABERMAS, 2000, p. 469). De forma mais clara: "O conceito de modernidade não está mais ligado a nenhuma promessa de felicidade. Todavia, apesar de todo o palavrório sobre a pós-modernidade, ainda não temos alternativas racionais para as formas de vida da modernidade" (HABERMAS, 1993, p. 102). Nosso futuro é nosso passado: a modernidade.

[546] O conceito de paradigma é aplicável ao direito? "Sim, o conceito de paradigma é aplicável às Ciências Sociais e, particularmente, ao Direito! Contudo, essa aplicação exige do cientista social uma melhor compreensão da ferramenta que utiliza. Desse modo, fazê-lo implica necessariamente a percepção de que é preciso trabalhar não só com as conquistas recentes da reviravolta linguístico-pragmática como com a abertura que o raciocínio dialético trás consigo. Somente assim a noção de incomensurabilidade deixa de assumir uma posição de incomunicabilidade entre os paradigmas e, como isso é possível perceber que a condição humana de conhecimento implica sempre um não saber, que o mesmo holofote que ilumina é aquele que joga sombras sobre aquilo que nos debruçamos" (CRUZ, 2009, p. 221).

[547] "Os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sistema de direitos. Nesta medida, sua função primordial consiste em abrir portas para o mundo. Paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo. Eles lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização de direitos fundamentais, os quais, enquanto princípios não saturados, necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior" (HABERMAS, 2003b, p. 181).

direito formal burguês, o paradigma do direito materializado do Estado social e o paradigma do Estado Democrático de Direito.

O primeiro paradigma, o do direito formal burguês, surge a partir do iluminismo francês e tem por propósito extirpar a arbitrariedade recorrente dos governos despóticos e autoritários, intrusivos na esfera íntima do indivíduo. Assim, o paradigma do direito formal burguês é construído por meio de direitos negativos, capazes de assegurar a liberdade necessária para o gozo de direitos típicos do liberalismo: propriedade e contrato[548]. Portanto, esse paradigma envolve-se com a defesa do âmbito individual frente aos assédios interventores vindos do Estado.

> Segundo este modelo [do direito formal burguês], uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através de direitos de propriedade e da liberdade de contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera de realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos de mercado. Essa 'sociedade de direito privado' era talhada conforme a autonomia dos sujeitos do direito, os quais, enquanto participantes do mercado, tentam encontrar a sua felicidade através da busca possivelmente racional de interesses próprios. A expectativa normativa, segundo a qual a delimitação de esferas de liberdade individual, ou seja, a garantia de um *status* jurídico negativo (com a pretensão a uma correspondente proteção jurídica individual), garante a instauração da justiça social, apoiava-se no entrelaçamento entre o princípio da liberdade jurídica e o direito geral à igualdade. Pois o direito **de cada um**, de fazer e de não fazer o que bem entender, no âmbito da lei, só pode ser preenchido, se essas leis garantirem tratamento igual no sentido de uma igualdade do conteúdo jurídico. (HABERMAS, 2003b, p. 138-139, grifos do autor).

Esse paradigma, patentemente mancomunado com o sistema econômico capitalista, não tardou a entrar em crise em razão das desigualdades sociais com que ele compactuava[549]. A igualdade formal não era mais suficiente para implementar os valores da era do esclarecimento e da emancipação. Um passo além deveria ser dado, no sentido de garantir igualdade de oportunidades sociais àqueles que estivessem à margem dos mecanismos segregadores do capital.

---

[548] "A noção liberal de 'intervenção' do Estado na ordem econômica é própria de tal paradigma, no qual a ação estatal ou disciplina legal dos bens públicos é compreendida como algo destinado a garantir apenas a ordem legal necessária à proteção do livre exercício do direito de propriedade e do direito de contratar" (MATTOS; NADAI, 2008, p. 273).

[549] "A crítica do Estado social contra o direito formal burguês concentra-se na dialética que opõe entre si a liberdade de direito e a liberdade de fato dos **destinatários** do direito, portanto, em primeira linha, na implantação de direitos sociais fundamentais. A liberdade de fato mede-se pelas conseqüências sociais observáveis que atingem os envolvidos, resultantes das regulamentações jurídicas, ao passo que a igualdade de direito refere-se à sua competência em decidir livremente, no quadro das leis, segundo preferências próprias. O princípio da liberdade de direito gera desigualdades fáticas, pois, permite o uso diferenciado dos mesmos direitos por parte de sujeitos diferentes [...]." (HABERMAS, 2003b, p. 155, grifo do autor).

Desse modo, chega-se ao paradigma do direito materializado do Estado social, cujo propósito é precisamente suplantar os referidos processos de exclusão social. O paradigma materializado do Estado social vê-se, portanto, na contingência de regular, de forma mais assertiva, a vida social, limitando a liberdade individual na busca pela igualdade de fato.

Para tanto, surgem programas sociais, operacionalizados por aparatos administrativos gigantescos, extremamente burocratizados, que encaram a pessoa não como indivíduo, mas como cliente de prestações estatais configuradoras de um *status* jurídico positivo, traduzido em direitos como à saúde, à educação, à previdência, ao trabalho etc.; tudo em nome de um Estado de bem estar social. Assim, o paradigma do direito materializado do Estado social estimula:

> Um Estado social providente, que distribui chances de vida, garantindo a cada um a base material para uma existência humana digna através do direito ao trabalho, à segurança, à saúde, à habitação, à educação, ao lazer, à constituição de um patrimônio e às condições naturais de vida [...]. (HABERMAS, 2003b, p. 145).

Todavia, esse paradigma não tardou a esgotar suas energias utópicas[550] em razão das contradições internas[551] que ele albergava: a plena liberdade, que deveria ser alcançada com a distribuição de bens sociais, somente poderia ser obtida através de tutelas e assistencialismos

---

[550] "A utopia de uma sociedade do trabalho perdeu sua força persuasiva – e isso não apenas porque as forças produtivas perderam sua inocência ou porque a abolição da propriedade privada dos meios de produção manifestamente não resulta por si só no governo autônomo dos trabalhadores. Acima de tudo, a utopia perdeu seu ponto de referência na realidade estruturadora e socializadora do trabalho abstrato." (HABERMAS, 1987b, p. 106). Isso importa na própria desqualificação do trabalho como centro da pesquisa social, como bem salienta Claus Offe: "A partir desse ponto de observação, é possível encontrar amplas evidências para a conclusão de que o trabalho e a posição dos trabalhadores no processo de produção não são tratados como princípio básico da organização das estruturas sociais; que a dinâmica do desenvolvimento social não é concebida como emergente dos conflitos a respeito de quem controla a empresa industrial; e que a otimização das relações entre meios e fins técnico-organizacionais ou econômicos através da racionalidade industrial não é compreendida como a forma de racionalidade precursora de mais desenvolvimento social." (OFFE, 1994, p. 171).

[551] "Nos casos críticos, trata-se sempre do mesmo fenômeno, ou seja, o de que a realização das condições fáticas para a percepção simétrica de liberdades de ação subjetivas modifica de tal modo as situações de vida e as posições de poder, que a compensação de desvantagens situacionais culmina em certas tutelas, que transformam a almejada **autorização** para o uso da liberdade em **assistência**: é o caso de regulamentações do direito familiar ou do direito trabalhista, que **obrigam** os assalariados e membros da família a regular seu comportamento por um tipo de contrato de trabalho 'normal' ou por um modelo de socialização exemplar; são também os casos nos quais os beneficiários obtêm ou **compram** compensações sofrendo, porém, as intervenções normalizadoras, por exemplo, do juizado de menores, do ministério do trabalho, do serviço social, das agências de habitação ou as intervenções das decisões dos tribunais; são, finalmente, os casos em que a proteção jurídica coletiva, a liberdade de coalização, etc., asseguram uma representação eficaz dos interesses, porém às custas da liberdade de decisão dos membros de organizações condenados à adaptação e à obediência passiva." (HABERMAS, 2003b, p. 155-156, grifos do autor).

cujos efeitos colaterais poderiam ser simplesmente resumidos sob a rubrica “sufocamento do espaço de decisão individual”[552].

Perfazendo: o excesso de zelo do paradigma do direito materializado do Estado social levou à supressão da liberdade individual por meio do constante processo de juridificação e burocratização pensado como forma de atenuar as desigualdades socioeconômicas imanentes ao capitalismo predador da dignidade humana.

Tendo-se por perspectiva os paradoxos de ambos os paradigmas anteriores, Habermas encara o desafio de sistematizar um novo paradigma capaz de conciliar as pretensões normativas do direito formal burguês e do direito materializado do Estado social, através de uma reinterpretação global do sistema de direitos já existente[553].

Do método reconstrutivo habermasiano, delineia-se, assim, o paradigma do Estado Democrático de Direito como paradigma da procedimentalização participativa. O Estado Democrático de Direito não se configura como paradigma de uma sociedade de direito privado nem como uma sociedade assistencialista e padronizante: ele detalha normativamente uma rede de procedimentos discursivos capazes de captar as demandas articuladas pelas esferas pública e privada, onde são discutidas por uma arena democratizada. Ou seja: no lugar do homem-econômico e do homem-cliente, desvela-se o homem-cidadão[554].

A prática democrático-participativa é o limite de tudo: um público de cidadãos combativos, municiado de procedimentos discursivos, é capaz, além de denunciar o estrangulamento da necessária esfera de liberdade individual estimulado pelo paradigma social, de detectar e reparar as insensibilidades e as indiferenças sociais promovidas pelo paradigma liberal.

O procedimento discursivo é, por si só, aberto e democrático; constitui-se em um ambiente dotado de instrumentos comunicativos em que todos os temas podem ser conferidos

---

[552] “No entanto, essa relação se transforma num dilema, quando as regulamentações do Estado do bem-estar social, destinadas a garantir, sob o ponto de vista da igualdade do direito, uma igualdade de fato a situações da vida e posições de poder, só conseguem atingir esse objetivo em condições ou com a ajuda de meios que **reduzem** significativamente os espaços para a configuração de uma vida privada autônoma dos presumíveis beneficiários.” (HABERMAS, 2003b, p. 155, grifo do autor).

[553] “Faz-se necessária novamente, assim como ocorrera na passagem para o paradigma do direito social, uma re-interpretação do sistema de direito. Nessa busca por um novo paradigma, portanto, não se poderão anular as pretensões normativas próprias dos paradigmas anteriores, mas se deve procurar dar conta dessas novas formas do direito nas quais os critérios para a definição do conteúdo da regulação social dos direitos surgem como resultado da prática de autodeterminação pública dos cidadãos.” (MATTOS; NADAI, 2008, p. 277).

[554] “O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado dos casos diferentes.” (HABERMAS, 2003b, p. 183).

e discutidos pelos cidadãos, que, através da prática de autodeterminação política, conseguem finalizá-los da forma mais transparente e inclusiva possível[555]. Com efeito, o Estado Democrático de Direito, como paradigma da procedimentalização participativa, engloba elementos do direito discursivo e da democracia deliberativa, ambos fundamentados na própria ideia de pragmática universal:

> De um lado, a **teoria do direito**, fundada no discurso, entende o Estado democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito. De outro lado, **a teoria da sociedade fundada na comunicação** entende o sistema político estruturado conforme o Estado de direito como um sistema de ação entre outros. Este pode compensar os eventuais problemas de integração na sociedade global, colocando a formação institucionalizada da opinião e da vontade em contato com comunicações públicas informais, pois está inserido nos contextos de um mundo da vida através de uma esfera pública ancorada numa sociedade civil. Finalmente, **uma determinada concepção do direito** estabelece a relação entre a abordagem normativa e a empírica. Segundo essa concepção, a comunicação jurídica pode ser entendida como um *medium* através do qual as estruturas de reconhecimento concretizadas no agir comunicativo passam do nível das simples interações para o nível abstrato das relações organizadas. [...]. Além do mais, o paradigma procedimental do direito resulta de uma controvérsia acerca de paradigmas, partindo da premissa, segundo a qual o modelo jurídico liberal e o do Estado social interpretam a realização do direito de modo **demasiado concretista**, **ocultando** a relação interna que existe entre autonomia privada e pública, e que deve ser interpretada caso a caso. (HABERMAS, 2003b, p. 181-182, grifos do autor).

Eis, então, a compostura de um autêntico Estado Democrático (**deliberativo**) de Direito (**discursivo**), **inserido na ambiência filosófica de uma pragmática universal (filosofia da linguagem)**: é o Estado da interação comunicativa, do diálogo, da intersubjetividade estruturado a partir de procedimentos discursivos implementadores da cidadania irrestrita[556]. O Estado Democrático de Direito é, pois, o Estado da Participação[557].

---

[555] "O projeto de realização do direito, que se refere às condições de funcionamento de nossa sociedade, portanto de uma sociedade que surgiu em determinadas circunstâncias históricas, não pode ser meramente formal. Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. Evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a **de todos** os atingidos." (HABERMAS, 2003b, p. 190, grifos do autor). "O **Estado constitucional democrático** é, segundo sua idéia, uma ordem desejada pelo povo e legitimada pela sua livre formação de opinião e de vontade, que permite aos que são endereçados pela justiça sentirem-se como os seus autores." (HABERMAS, 2001, p. 83, grifos do autor).

[556] "[...] os processos de formação da opinião e da vontade dos cidadãos têm de ser institucionalizados, de forma a que, a cada vez, a **maior participação possível possa ser garantida**. Para que isso possa ocorrer, a lógica procedimental deve prevalecer de tal maneira que sejam institucionalizadas as formas de discussão, de **participação** e de **deliberação** que permitam o surgimento do maior número possível de vozes, de tematizações, de valores e de interesses." (NOBRE, 2008, p. 35, grifos acrescidos).

5 OS CAMINHOS PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: AS NOVAS COORDENADAS DA INTERSUBJETIVIDADE E DA LEGITIMIDADE (DIRETA)

A discricionariedade administrativa é um instituto típico do direito administrativo mergulhado em um mosaico de divergências e polêmicas que torna um tanto quanto impreciso seu perfil. Basta lembrar que aspectos[558] como conceito (material, formal ou misto), terminologia (ato discricionário, poder discricionário, competência discricionária etc.), exclusividade ou não da discricionariedade na função administrativa, os limites entre discrição e vinculação, localização da discricionariedade administrativa (hipótese, preceito ou hipótese e preceito), a existência ou não de discricionariedade técnica, a distinção entre discricionariedade e interpretação, a disjunção entre ato discricionário e ato político ou governamental e a separação entre mérito e discricionariedade não encontraram um discurso unificado dentro da dogmática jurídica administrativa.

Também em relação aos problemas capitais[559] que envolvem a própria operacionalidade da discricionariedade administrativa não se constata mansidão dogmática: questões como limites (quais seriam eles?), conceitos jurídicos indeterminados (seriam caso de padrão discricionário ou vinculado?) e controle judicial (até que ponto o judiciário pode intrometer-se na decisão discricionária do administrador?) estão imersos em tormentosos dissensos teóricos.

Não obstante, desse labiríntico universo temático erguem-se dois pontos essencialmente imunes a maiores problematizações, cognominados de coordenadas. Nesse sentido, o discurso dogmático da discricionariedade administrativa apoia-se precipuamente em duas coordenadas diferentes[560]: a coordenada da legalidade e a coordenada da subjetividade.

---

[557] Grande parte da doutrina administrativista nacional ainda ignora o paradigma do Estado Democrático de Direito como modelo plasmado a partir da ideia de participação procedimental, o que se percebe pelas concepções de Estado Democrático de Direito como "Estado de ponderação" (BINENBOJM, 2008, p. 33) ou "Estado da proporcionalidade" (FREITAS, 2009, p. 19). Essas formulações, como é facilmente perceptível, caem nas armadilhas da filosofia da consciência, na medida em que somente o administrador é capaz de ponderar, de realizar a máxima da proporcionalidade: a atuação, portanto, é solipsista, ensimesmada, enclausurada na consciência daquele que realiza a ponderação. O desafio é oportunizar uma ponderação participativa, que inclua todos os cidadãos-administrados na tarefa de decisão administrativa.

[558] Os aspectos aqui lembrados foram analisados na Seção 2 desta dissertação.

[559] Apresentados na Seção 3 desta dissertação.

[560] Diferentes mas interligadas: a subjetividade é capaz de garantir a legalidade da decisão discricionária. Mas seria a subjetividade capaz de garantir a legitimidade da decisão discricionária? Por certo que não.

Pela coordenada da legalidade, o exercício de competências discricionárias normativamente delegadas ao administrador público está limitado à observância global do ordenamento jurídico. Ou seja, a atuação discricionária administrativa não pode malferir normas contidas em determinado universo jurídico, sob a acusação de ela convolar-se em arbitrariedade, em capricho, em voluntarismo.

Já pela coordenada da subjetividade a decisão discricionária é elaborada mental e solipsisticamente pelo administrador público, cabendo a este, portanto, a prerrogativa de indicar a decisão que melhor contemple o interesse público no caso concreto. A margem de liberdade típica da discricionariedade permite ao agente administrativo selecionar a decisão, dentre aquelas abstratamente empregáveis e previamente válidas, que melhor se adapte às circunstâncias do contexto fático. A consciência do administrador é senhora de sua decisão.

Essas coordenadas consolidaram-se com os paradigmas do direito formal burguês (principalmente a coordenada da legalidade) e com o paradigma do direito materializado do Estado Social (principalmente a coordenada da subjetividade). Todavia, é preciso indagar se tais coordenadas são suficientes ao novo paradigma estatal da contemporaneidade – incluída a brasileira: o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Conforme anteriormente apresentado, o paradigma do Estado Democrático de Direito deve ser encarado como paradigma da participação procedimentalizada[561]: o pronunciamento estatal, seja ele de que origem for[562], deve reverberar a vontade cidadã, o que somente será possível através da institucionalização de procedimentos abertos e democráticos a todos, procedimentos eminentemente discursivos, portanto.

A noção de participação procedimentalizada, constitutiva da identidade do paradigma do Estado Democrático de Direito, surge por estímulo de três elementos distintos, mas alinhavados coerentemente, a saber, a linguagem, o discurso e a deliberação.

A linguagem fornece os mecanismos capazes de esclarecer como se dão os processos comunicativos firmados entre – no mínimo – um falante e um ouvinte, em que a **intersubjetividade** é condição necessária para a própria constituição do mundo (social, objetivo e subjetivo) circundante.

---

[561] "A idéia de Estado Democrático de Direito [...] está associada, necessariamente, à existência de uma Sociedade Democrática de Direito, o que de uma certa forma resgata a tese de que o conteúdo do conceito de democracia aqui se assenta na soberania popular (poder emanado do povo) e na participação popular, tanto na sua forma direta como indireta, configurando o que podemos chamar de princípio participativo, ou, em outras palavras: **democratizar a democracia através da participação significa em termos gerais, intensificar a optmização das participações dos homens no processo de decisão**." (LEAL, 2005, p. 390, grifos do autor).

[562] O pronunciamento estatal, conforme uma tipologia obsequiosa à ideia de separação de poderes, pode ser legislativo, administrativo ou judicial.

O discurso firma as premissas necessárias para uma fundamentação (produção) **legítima** do direito, o que somente pode ocorrer tendo por base a intersubjetividade da linguagem. Assim, a cooriginariedade entre autonomia jurídica pública e autonomia jurídica privada, entre direito e moral e entre direito e política afigura-se como rearranjo teórico próprio ao Estado Democrático de Direito capaz de garantir uma produção normativa não só legal, mas também legítima.

Por fim, a deliberação também oportuniza as condições capazes de emprestar **legitimidade** a decisões políticas tomadas sob o signo da democracia. Com efeito, decisões políticas, para serem realmente democráticas, devem passar por um intenso processo de discussão e diálogo, argumentativamente estruturado, em que os fluxos comunicacionais[563] advindos da marginalidade política tenham possibilidade de influenciar os centros institucionalmente competentes para a tomada de decisões políticas coletivamente vinculantes.

Compactando todo esse arcabouço teórico, pode-se dizer que: o paradigma do Estado Democrático de Direito, cimentado sob as noções de linguagem, discurso e deliberação, porta-se como Estado da participação procedimentalizada capaz de garantir a **legitimidade** do pronunciamento estatal através da **intersubjetividade**, o que requer, para sua concretização empírica, a institucionalização de procedimentos discursivos encorajadores do diálogo entre o cidadão e o aparato estatal.

Tendo por perspectiva essa conclusão, é fácil perceber o quanto o perfil da discricionariedade administrativa encontra-se divorciado dos vetores informativos de um autêntico paradigma do Estado Democrático de Direito, uma vez que é assentado principalmente nas coordenadas da legalidade e da subjetividade. Nessa medida, a participação do cidadão-administrado nas decisões discricionárias (cujo consectário é a democratização dessas decisões) somente pode ser alcançada através do acréscimo[564] de novas orientações normativas: a coordenada da intersubjetividade e a coordenada da legitimidade (direta).

Eis, portanto, os caminhos para a democratização da discricionariedade administrativa: as coordenadas da intersubjetividade e da legitimidade – hauridas do paradigma do Estado Democrático de Direito. A coordenada da subjetividade renova-se na

---

[563] Também aqui se faz sentir a presença da intersubjetividade. A intersubjetividade é, portanto, o *aleph* do discurso e da deliberação.

[564] Com "acréscimo" quer-se referir que as coordenadas da legalidade e da subjetividade não são, definitivamente, abandonadas, mas sim reinterpretadas em conformidade com as exigências do Estado Democrático de Direito.

compostura de uma coordenada da intersubjetividade, e a coordenada da legalidade transforma-se na nova coordenada da legitimidade[565]. E essas novas coordenadas desembocam na participação dos cidadãos-administrados na confecção da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto.

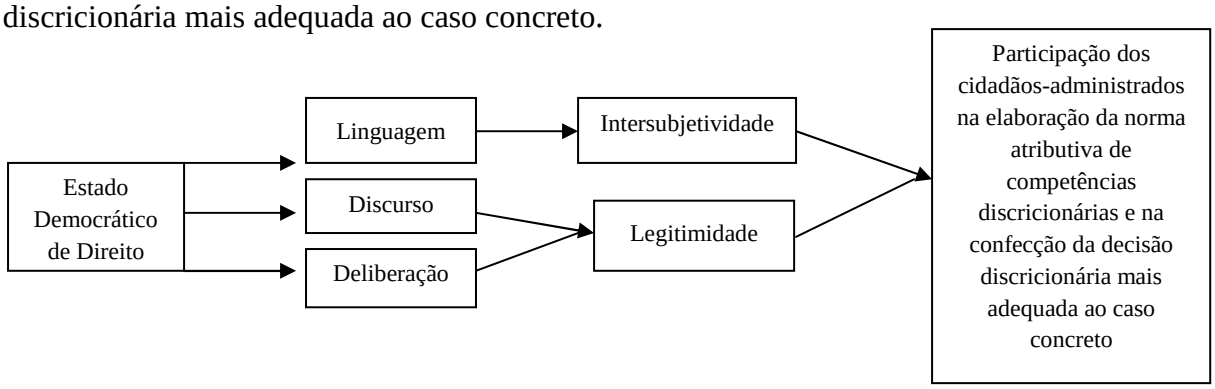


Figura 1 - Os caminhos para a democratização da discricionariedade administrativa no paradigma do Estado Democrático de Direito

Administrador público e cidadão-administrado, nessa medida, encetam um diálogo intersubjetivo oportunizado por meio de procedimentos, levando, portanto, à legitimidade do pronunciamento discricionário. A democratização da discricionariedade administrativa traduz-se, faticamente, na institucionalização de procedimentos discursivos acolhedores da participação social na construção da decisão discricionária, o que é estimulado, precisamente, pelas novas coordenadas anteriormente elencadas.

Essa é a ideia geral desta dissertação: propor a democratização, através da participação social[566] intersubjetiva, discursiva e deliberativa, da discricionariedade administrativa, o que requer procedimentos discursivos estruturados comunicativamente capazes de afiançar a legitimidade da decisão administrativa discricionária. A defesa dessa ideia, entretanto, depende de mais esclarecimentos, o que será feito a partir de agora.

---

[565] Deve-se registrar que a doutrina administrativista já deu conta de que a atuação administrativa não deve ser somente legal, mas também legítima. A conjunção entre legalidade e legitimidade recebe o batismo, por parte dessa doutrina, de princípio da juridicidade. Por todos: "No Direito, legalidade e legitimidade têm conceitos próprios e bem definidos. A legalidade refere-se ao exercício do poder, enquanto a legitimidade concerne à própria qualidade do poder, embora seja certo que esta qualidade se manifesta e se demonstra naquele exercício. A legalidade e a legitimidade reúnem-se para formar a juridicidade democrática." (ROCHA, 1995, p. 105).

[566] Sintomaticamente, dizem Eduardo Garcia de Enterría e Tomas-Ramón Fernández: "[...] os fenômenos de participação cidadã no funcionamento da Administração tem sua justificação específica, não como aportação à busca de decisões 'justas' frente a decisões 'injustas', no plano dos valores jurídicos finais, que é próprio da Lei, **mas dentro de âmbitos de discricionariedade**, em que o que interessa é precisar o 'oportuno' frente o 'inoportuno'." (FERNÁNDEZ; GARCIA DE ENTERRÍA, 1981, p. 88, grifos acrescidos, tradução nossa). (No original: "[...] los fenómenos de participación ciudadana en el funcionamento de la Administración tienen su justificación específica, no como aportación a la búsqueda de decisiones 'justas' frente a decisiones 'injustas', en el plano de los valores jurídicos finales, que es el próprio de la Ley, **sino dentro de ámbitos de discrecionalidad**, donde lo que interesa es precisar lo 'oportuno' frente a lo 'inoportuno'.").

5.1 Contributos da filosofia da linguagem, do direito discursivo e da democracia deliberativa para a democratização da discricionariedade administrativa

Cada um dos pilares do paradigma do Estado Democrático de Direito contribui para a democratização da discricionariedade administrativa, na medida em que eles (a linguagem, o discurso e a deliberação) fomentam a renovação das velhas coordenadas informativas da concepção dogmática e clássica de discricionariedade: da coordenada da subjetividade passa-se para a coordenada da intersubjetividade, e da coordenada da legalidade passa-se para a coordenada da legitimidade.

5.1.1 *Contributos da filosofia da linguagem para a democratização da discricionariedade administrativa*

A filosofia da linguagem, na versão pragmática universal consagradora da teoria do agir comunicativo, dá vários contributos pontuais para a democratização do exercício da discricionariedade administrativa.

O primeiro contributo evidencia a ambiência filosófica na qual se encontra inserida a concepção dogmática clássica de discricionariedade administrativa. Com efeito, a velha coordenada da subjetividade, como é facilmente perceptível, está atrelada ao empoeirado paradigma da consciência. O "eu" do administrador público seria capaz de apontar a decisão discricionária mais adequada para o caso concreto, sempre com um enfoque objetivador da realidade circundante. Um instituto do direito administrativo – ramo do direito público – é privatisticamente exercido pelo agente administrativo.

A linguagem, pela coordenada da subjetividade, é encarada como mero instrumento de transmissão de pensamentos privados de um administrador público ensimesmado, pensamentos esses dotados da prepotência de terem a capacidade de assestar a decisão discricionária mais adequada para o caso.

Assim, a filosofia da linguagem denuncia o atraso filosófico da concepção clássica de discricionariedade administrativa, por ainda estar amarrada ao paradigma da consciência que deve, em prol da consolidação do Estado Democrático de Direito, ser substituído pelo paradigma da linguagem.

O segundo contributo é, por conseguinte, a transformação da coordenada da subjetividade na coordenada da intersubjetividade. Nesse sentido, por meio de um dos pilares do paradigma do Estado Democrático de Direito – a filosofia da linguagem – surge um novo

modo de se exercerem competências discricionárias: a discricionariedade administrativa, na busca pela decisão que melhor contemple o interesse público no caso concreto, não pode ser realizada de modo insulado pelo administrador público; mister é compartilhar com a sociedade, de forma intersubjetiva, o encargo de lapidar o pronunciamento discricionário mais adequado para o contexto fático.

Desse segundo contributo surge o terceiro, consistente na apresentação esquemática da interação intersubjetiva entre administrador público e cidadãos-administrados entretidos sobre como melhor contemplar o interesse público no caso concreto através de competências discricionárias.

Na verdade, o exercício da discricionariedade administrativa deve começar pela concepção pessoal do administrador público (coordenada da subjetividade) sobre a decisão discricionária mais relevante para o caso concreto. Esse ato de fala propiciador da interação comunicativa – vinda de um falante, o administrador público – contém especialmente uma pretensão de validade: a pretensão de correção.

A perspectiva do administrador público sobre a decisão discricionária mais adequada para o caso revela-se como uma proposta normativa encarada como legítima para determinado contexto normativo e fático. O ato de fala visa, portanto, ao entendimento sobre algo presente no mundo social – a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto[567].

Todavia, essa concepção pessoal é endereçada a uma constelação de ouvintes que analisarão a adequação da proposta formulada pela administração. Esses ouvintes são precisamente os cidadãos-administrados. O ato de fala "normativo" do administrador é, então, analisado pelos cidadãos-administrados, desenvolvendo-se, a partir daí, um engate comunicativo[568] voltado para o entendimento mediado pela linguagem sobre a decisão discricionária mais adequada ao contexto em particular.

Os cidadãos-administrados têm, então, à disposição dois comportamentos possíveis: (i) concordar, imediatamente, com a proposta de decisão discricionária elaborada pelo administrador ou (ii) contestar essa proposta. No primeiro caso, ocorre o agir comunicativo, ou seja, os cidadãos-particulares, na condição de ouvintes, não problematizam a pretensão de correção do ato de fala "normativo" oferecido pelo administrador, desembocando, diretamente, num consenso sobre a proposta administrativa.

---

[567] Claro, esse ato de fala deve estar imbuído de conteúdos ilocucionários, para que falante (administrador público) e ouvintes (cidadãos-administrados) possam coordenar suas ações com vistas à obtenção de um possível consenso sobre a decisão discricionária mais adequada para o caso concreto.

[568] Lembre-se que tanto o administrador público quanto os cidadãos-administrados têm à disposição, nesses processos comunicativos, um mundo da vida intersubjetivamente compartilhado capaz de adiantar consensos reiteradamente reproduzidos.

Já no segundo caso surge o discurso, em que a pretensão de validade de correção é, de alguma forma, problematizada pelos ouvintes cidadãos-administrados: a proposta administrativa não é, sob algum aspecto, a mais adequada ao interesse público no caso vertente. Nesse caso, falante (administrador) e ouvintes (cidadãos-administrados) encetarão um processo argumentativo, dialógico, em que cada uma das partes do processo comunicativo oferecerá, reciprocamente, razões justificantes para uma direção ou outra, que pode – ou não – desaguar num consenso sobre a melhor decisão administrativa para o caso concreto informado pelas potencialidades do fenômeno discricionário.

A linguagem, portanto, tanto num caso (agir comunicativo) quanto no outro (discurso), coordena as ações de falante (administrador público) e de ouvintes (cidadãos-administrados) na busca pela decisão discricionária mais adequada ao caso concreto.

E, assim, tem-se a coordenada da intersubjetividade no âmbito da discricionariedade administrativa, estimulada especificamente por um dos substratos teóricos constitutivos do paradigma do Estado Democrático de Direito – a filosofia da linguagem, em sua versão pragmática universal consagradora de uma teoria do agir comunicativo.

A coordenada da intersubjetividade diz, então, que a decisão administrativa discricionária não pode ser resultado do "eu paranoico" da administração pública, mas sim de interações comunicativas entre falante (administrador público) e ouvintes (cidadãos-administrados), edificadas a partir de um ato de fala que contenha, especialmente, uma pretensão de validade de correção, que pode, ao final, resultar num consenso advindo de um agir comunicativo ou de uma prática discursiva – conforme haja ou não a problematização da pretensão de validade de correção contida no ato de fala "normativo" ofertado inicialmente pelo falante (administrador público).

Em síntese, a filosofia da linguagem, ao propiciar a nova coordenada da intersubjetividade no lugar da velha coordenada da subjetividade, aduz que a **que a linguagem é o principal elemento da democratização da discricionariedade administrativa**: não se pode participar da construção do pronunciamento discricionário sem a intermediação da linguagem incrustada em processos comunicativos intersubjetivamente estruturados.

5.1.2 *Contributos do direito discursivo para a democratização da discricionariedade administrativa*

O direito discursivo também contribui para a democratização da discricionariedade administrativa, e o faz a partir do momento em que estimula a renovação da velha coordenada da legalidade na nascente coordenada da legitimidade. Ou seja, o direito discursivo rompe com a velha tradição positivista do "dado", ao permitir a (re)construção do ordenamento jurídico a partir da base social, de modo a rasgar o mantra de que o legal, por si só, é legítimo.

Como tal, o direito discursivo apresenta os requisitos necessários para uma produção legítima do direito; em outras palavras, o direito discursivo atém-se a discursos de fundamentação[569] legítimos. Para tanto, são necessários vários realinhamentos teóricos: (i) os destinatários das normas jurídicas devem ser, também, seus autores – cooriginariedade entre autonomia pública e autonomia privada; (ii) os processos de fundamentação normativos devem ter como base, principalmente, elementos morais, o que não exclui o recurso a elementos pragmáticos ou ético-políticos – cooriginariedade entre direito e moral; princípio do discurso/princípio da democracia; (iii) o poder comunicativo deve entrelaçar-se com o poder administrativo – cooriginariedade entre direito e política. Cumpridos esses requisitos, torna-se possível a produção legítima do direito.

De que modo, então, a coordenada da legitimidade, incitada pelo direito discursivo, abre caminho para a democratização da discricionariedade administrativa? O direito discursivo, através da coordenada da legitimidade, contribui para a democratização da discricionariedade administrativa **ao atentar para o fato de que a atribuição de competências discricionárias, no plano abstrato da norma, fica na dependência de uma produção legítima dessa mesma norma atributiva**, o que requer a cooriginariedade entre autonomia pública e autonomia privada, entre direito e moral e entre direito e política.

Veja-se: (i) somente os cidadãos-administrados, destinatários das decisões discricionárias, podem consentir com a concessão de competências discricionárias ao administrador público, ou seja, os autores da concessão de competências discricionárias à administração pública são, concomitantemente, destinatários da imposição jurídica discricionária (cooriginariedade entre autonomia jurídica pública e autonomia jurídica privada); (ii) na elaboração da norma atributiva de discricionariedade administrativa, os atingidos por essa norma devem pautar-se principalmente pelo elemento justiça (moral), mas ficam livres, também, para se apoiarem em elementos pragmáticos (concede-se a discricionariedade administrativa para se alcançar determinado fim) e ético-políticos

[569] "Para a fundamentação é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações. Importa se é do interesse de todos que cada um observe a regra, visto que uma norma representa o interesse comum de todos e não depende de sua aplicação, mas dos motivos que conseguimos apresentar para que ela tenha de ser observada por todos como uma regra." (GÜNTHER, 2004, p. 70).

(concede-se a discricionariedade administrativa porque, neste caso, ela é boa medida para a comunidade); e (iii) a impressão societal (poder comunicativo) sobre a melhor maneira de se conceder discricionariedade ao administrador deve de alguma forma ser chancelada pelo complexo parlamentar (detentor de poder administrativo). Esses realinhamentos teóricos, aptos a conceder legitimidade ao direito infante, somente podem concretizar-se por meio de procedimentos discursivos amparados na institucionalidade oficial.

Nesse sentido, a concessão de autorização de atuação discricionária ao administrador público não pode passar ao largo da participação dos atingidos/interessados na produção daquela autorização[570]. Ou seja, os cidadãos-administrados devem consentir com a atribuição da discricionariedade administrativa ao administrador, para que seu exercício tenha um lastro normativo legítimo, e não apenas legal. Em assim sendo, a autorização para o exercício de competências discricionárias por parte do administrador público segue em direção à imparcialidade, considerando, destarte, o simétrico interesse de todos.

Desse modo, o direito discursivo oportuniza a produção normativa legítima da discricionariedade administrativa, permitindo a participação dos cidadãos-administrados na feitura da norma que autorizará o administrador público a recorrer a competências discricionárias necessárias à concretização do interesse público no caso em questão. Democratiza-se, assim, o âmbito da produção da norma atributiva de discricionariedade administrativa[571].

5.1.3 *Contributos da democracia deliberativa para a democratização da discricionariedade administrativa*

---

[570] Como se sabe, existe uma discricionariedade de aplicação e uma discricionariedade de justificação, assim compreendidas: "Utiliza-se a expressão **discricionariedade normativa** para indicar a situação em que uma lei atribui à Administração Pública competência para complementar normas de conduta, de modo que a conduta futura das pessoas será qualificada como lícita ou ilícita não só em vista da disciplina contemplada em sua essência em uma lei, mas também pelos preceitos de um ato administrativo. A discricionariedade normativa administrativa se traduz na produção de regulamentos. Situação muito mais simples é a discricionariedade decisória, em que se trata de escolher solução para determinado caso concreto, sem que daí derive o surgimento de normas. Um exemplo característico é a investidura de servidores em cargos de comissão. A lei atribui à autoridade administrativa a discricionariedade para escolher o indivíduo que será investido no cargo. Existe autonomia de escolha, sem que tal se traduza na produção de normas de conduta. Para ser mais preciso, a discricionariedade normativa se traduz na **criação** de normas de conduta, enquanto a discricionariedade decisória consiste precipuamente na **aplicação** de normas de conduta." (JUSTEN FILHO, 2005, p. 174, grifos do autor). À vista do que foi dito, pode-se vislumbrar que o direito discursivo é um importante instrumento de democratização de uma das mais poderosas ferramentas da função administrativa: o "poder" normativo.

[571] "[...] **a demanda por democracia substantiva** [...] reivindica o incremento do diálogo e da participação, visando sobretudo à **criação** e à **aplicação** do direito, forçando a abertura dos processos decisórios e à instituição de instrumentos políticos e administrativos de vários tipos e em vários níveis políticos e administrativos." (MOREIRA NETO, 2006, p. 232, grifos do autor).

A visão deliberacionista do fenômeno democrático oportuniza interessantes e intensas reflexões para a democratização da discricionariedade administrativa. Ela fornece, igualmente, a coordenada da legitimidade, ao lado do direito discursivo[572]. A democracia deliberativa, conforme visto, trata da tensão externa entre facticidade (centros oficiais de tomadas de decisão, detentores de poder administrativo) e validade (esfera pública informal, assentada na sociedade civil, detentora de poder comunicativo). A democracia deliberativa, portanto, estabelece as diretrizes para um exercício legítimo do poder.

Se a democracia deliberativa levanta os esquemas necessários para a legitimação do poder político, o que ela teria a ver com a discricionariedade administrativa, um instituto jurídico do direito administrativo? A indagação – extremamente capciosa – faz crer que a discricionariedade administrativa é um instituto tipicamente jurídico, o que não corresponde dogmaticamente à verdade.

A discricionariedade administrativa constitui-se, em realidade, num amálgama de elementos jurídicos e políticos. Dado que os critérios para a decisão discricionária não estão completamente arrolados na norma atributiva de competências discricionárias, resta permitido ao administrador público manusear pautas políticas a fim de concretizar o interesse público no caso concreto. As margens de liberdade da discricionariedade administrativa concederiam, portanto, um substrato político à decisão discricionária, que, classicamente, é matutada subjetivamente pelo agente estatal administrativo.

Se a discricionariedade administrativa contém ingredientes políticos, há espaço para se fermentar a democracia deliberativa em seu receituário, com o fito de se obter a decisão discricionária legítima. E, para isso, deve-se encarar o exercício fático da discricionariedade administrativa como um discurso de aplicação[573].

No uso concreto de competências discricionárias, devem o administrador público e os cidadãos-administrados, através de comunicações intersubjetivadas, procederem a uma

---

[572] Talvez aqui se deva tornar mais clara a compostura de uma legitimidade (do direito discursivo) e de outra legitimidade (da democracia deliberativa). Apesar de entroncadas, a legitimidade do direito discursivo refere-se, principalmente, à legitimidade da produção **jurídica**, ao passo que a legitimidade da democracia deliberativa refere-se, principalmente, à legitimidade da produção **política**. O entrecruzamento entre uma e outra ocorre porque, no âmago do direito discursivo, há a cooriginariedade entre direito e política – essa política é a política da democracia deliberativa.

[573] "Em contraposição, para a sua aplicação cada uma das situações é relevante, não importando se a observância geral também contempla o interesse de todos. Em vista de todas as circunstâncias especiais, o fundamental é **se** e **como** a regra teria de ser observada em determinada situação. Na aplicação devemos adotar, 'como se estivéssemos naquela situação', a pretensão da norma de ser observada por todos em toda situação (isto é, como uma regra), e confrontá-la com cada uma de suas características. O tema não é a validade da norma para cada um, individualmente, tampouco para os seus interesses, mas a adequação em relação a todas as características de uma única situação." (GÜNTHER, 2004, p. 70, grifos do autor). Em síntese: "Discursos de aplicação combinam a pretensão de validade de uma norma com o contexto determinado, dentro do qual, em dada situação, uma norma é aplicada." (GÜNTHER, 2004, p. 79).

análise acurada de todos os contornos do contexto fático, a fim de buscar a decisão discricionária mais adequada para o caso.

Na busca intersubjetiva pela decisão discricionária apta a reger o caso concreto, a norma atributiva de competências discricionárias – advinda do discurso de fundamentação informado pelos parâmetros legitimadores do direito discursivo – pode receber várias significações possíveis por parte dos atores sociais entretidos naquele processo comunicativo: o administrador público (falante) e os cidadãos-administrados (ouvintes).

Administrador público e cidadãos-administrados, portanto, encetarão uma análise das possíveis significações que a norma atributiva de discricionariedade administrativa pode comportar para, a partir dessa constelação de normas potenciais capazes de solucionar o caso concreto carente de decisão, "revelar" a norma (dentre as obtidas pela argumentação recíproca) que calhe mais adequadamente às peculiaridades do caso concreto.

Em epítome, o discurso de aplicação, estruturado comunicativamente através da intersubjetividade lastreada na relação entre falante (administrador público) e ouvintes (cidadãos-administrados), busca (i) investigar todas as características singulares do caso concreto e (ii) estabelecer as normas que podem arrogar a condição de resolutivas da controvérsia. Após isso, falante e ouvinte, por meio de um processo argumentativo e dialógico[574], em que dançam razões entre atos de fala reciprocamente disparados, poderão, finalmente, indicar a norma (dentre aquelas que disputaram a preferência dos ouvintes e do falante) que seja mais adequada ao caso concreto.

A busca pela norma de decisão mais adequada ao caso concreto, em sede de discurso de aplicação, reclamada por uma norma atributiva de discricionariedade administrativa oriunda do discurso de fundamentação obsequioso ao direito discursivo, é, na verdade, um processo deliberativo dialogicamente estruturado e intersubjetivamente assentado, em que há uma filtragem de possíveis decisões pelos ouvintes e pelo falante, que, ao final, escolherão a decisão mais adequada ao caso concreto. Confirmando a perspectiva de que os discursos de aplicação são eminentemente deliberativos:

---

[574] Esse processo dialógico embutido em discursos de aplicação torna-se evidente na seguinte passagem escrita por Klaus Günther: "É verdade que é possível ao proponente desconsiderar os sinais característicos adicionais, insistindo na aplicação da hipótese de norma, sugerida por ele. Nesse caso, porém, o oponente poderia acusá-lo de aplicar a norma de modo unilateral, parcial, e, com isso, de tratar, de modo arbitrariamente igual, casos desiguais. As duas outras possibilidades consistem em prosseguir a argumentação de adequação: conforme o proponente contestar, afirmando que os sinais característicos desiguais, adicionalmente considerados, são relevantes, ou considerar os pontos de vista normativos, sob os quais esses sinais característicos recebem a sua relevância, no sentido de corrigir a sua proposta original de norma ou a ponderação, a fim de encontrar uma norma adequada." (GÜNTHER, 2004, p. 311-312).

> A deliberação pública geralmente diz respeito a como **aplicar uma norma determinada ou princípio a um caso particular**. O mecanismo dialógico tipicamente utilizado em questões políticas desse tipo é a troca de razões entre uma norma geral e sua especificação concreta. Tal deliberação tem a estrutura geral que Klaus Günther [...] chama de '**discursos de aplicação**'. Tais discursos não almejam a justificação de alguma norma geral, mas ao seu uso correto em conflitos particulares ou em novas situações sociais. [...]. O diálogo de troca de razões entre **membros de um grupo** e **representantes de uma instituição** irá relacionar-se como definir a **situação relativa a alguma norma geral** (aqui um direito) e os apreços relevantes que a tornam a **norma aplicável**. Esse diálogo também toma a forma de uma dialética entre as normas institucionais e a realidade social na qual os cidadãos comparam demandas de direitos justificáveis com desigualdades factuais. (BOHMAN, 2009, p. 73-74, grifos acrescidos).

Simplesmente isto: o discurso de aplicação da norma atributiva de discricionariedade administrativa traduz-se num processo democrático deliberativo, no qual, através de discussões firmadas entre falante e ouvintes, será buscada a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto. A legitimidade da decisão discricionária resolutiva do caso concreto depende, portanto, do processo deliberativo, e esse processo deliberativo somente é possível, no âmbito da discricionariedade administrativa, porque esta contém componentes não apenas jurídicos, mas também políticos.

As potencialidades da deliberação no âmbito de um discurso de aplicação atinente à discricionariedade administrativa são facilmente observáveis: o administrador público apresenta sua decisão preferencial para o caso concreto; em outras palavras, expõe a decisão mais adequada ao contexto empírico.

Essa proposta inicial deve, então, ser endereçada aos cidadãos-administrados, que podem refutar, sob determinados aspectos, a preferência veiculada pelo administrador. Nessa troca dialógica de razões justificantes, intersubjetivamente erguida, o administrador público pode convencer-se de que sua proposta inicial não era, de fato, a mais adequada às peculiaridades do caso concreto, ou os cidadãos-administrados podem persuadir-se de que a(s) sua(s) proposta(s) não era(m) a(s) mais adequada(s) para o caso concreto.

O convencimento recíproco, por conseguinte, é a chave da legitimidade do discurso de aplicação[575] da discricionariedade administrativa, inserido em um processo deliberativo capaz de mudar as preferências de um lado e de outro, por meio do intercâmbio constante de

[575] A democratização da discricionariedade administrativa ocorre, portanto, em todos os polos da verticalidade normativa: do lado de cima (discurso de fundamentação), pelo direito discursivo; do lado de baixo (discurso de aplicação), pela democracia deliberativa. E, presente nos dois polos, a intersubjetividade intrínseca à filosofia da linguagem.

razões justificantes. Portanto, a democracia deliberativa contribui para a renovação, à sua maneira[576], da velha coordenada da legalidade para a coordenada da legitimidade

Claro, adotando-se o modelo da democracia deliberativa, deve-se ter em vista que a pressão comunicativa exercida sobre o administrador público não fica restrita a uma perspectiva *micro*[577]: muito pelo contrário, o diálogo deliberativo entre a administração pública e o público de cidadãos-administrados, em sede aplicativa, pode ser interpretado como processo de escoamento de demandas advindas de uma esfera pública informal lastreada na sociedade civil em direção à esfera pública formal – a administração pública –, o que é possível graças a procedimentos que ligam uma extremidade a outra.

Desse modo, estão abertos os caminhos para a democratização da discricionariedade administrativa. Eles partem do paradigma do Estado Democrático de Direito, erguido com base nos marcos teóricos da linguagem, do discurso e da deliberação. A linguagem transforma a velha coordenada da subjetividade em coordenada da intersubjetividade. O discurso e a deliberação transformam a velha coordenada da legalidade em coordenada da legitimidade.

O direito discursivo contribui para a democratização da discricionariedade administrativa ao reclamar a legitimidade dos discursos de fundamentação atinentes à discricionariedade, o que se traduz na exigência de participação dos cidadãos-administrados na confecção da norma atributiva de discricionariedade administrativa.

A democracia deliberativa contribui para a democratização da discricionariedade administrativa ao reclamar a legitimidade dos discursos de aplicação atinentes à discricionariedade, o que se traduz na exigência de participação dos cidadãos-administrados na busca empírica pela decisão/norma mais adequada ao caso concreto.

Em ambos os casos (direito discursivo e democracia deliberativa), a linguagem desempenha um papel essencial, pois a legitimidade – de um e de outra – depende, fundamentalmente, da intersubjetividade: o legítimo somente permanece nessa condição quando for projetado do intersubjetivo.

Apesar de os caminhos já estarem apontados, eles ainda estão pouco luminosos. Portanto, faz-se necessário realizar alguns aclaramentos que visam a tornar menos opaca a visão de uma discricionariedade administrativa democratizada conforme os lastros sustentadores do paradigma do Estado Democrático de Direito. É o que se passa a fazer.

---

[576] O direito discursivo contribui para a legitimidade da fundamentação da discricionariedade administrativa; a democracia deliberativa contribui para a legitimidade da aplicação da discricionariedade administrativa.

[577] No sentido de um número determinado ou determinável de cidadãos-administrados: a discricionariedade administrativa deliberada pode abarcar um número indeterminado de cidadãos-administrados, sintetizados na fórmula de uma opinião pública onisciente.

5.2 Alguns aclaramentos necessários sobre a discricionariedade administrativa democratizada

Os bosquejos de uma discricionariedade administrativa democratizada através das coordenadas da intersubjetividade e da legitimidade, anteriormente apresentados, carecem de elucidações sobre pontos determinantes para sua funcionalidade não apenas teórica, mas principalmente empírica. Esses pontos são: (i) consenso; (ii) participantes; (iii) abrangência do interesse; (iv) captura; (v) discricionariedade "relâmpago"/desmobilização cidadã; (vi) decisão discricionária não democrática; (vii) benefícios da participação; e (viii) o papel do Estado-administração.

Consenso. Dentro dos parâmetros conformadores da pragmática universal consagradora de uma teoria do agir comunicativo, o consenso assume relevância: o ato de fala, seja despontado do falante, seja despontado do ouvinte, tem sempre uma faceta proposicional tendencialmente direcionada ao consenso. Ou seja, quando os participantes utilizam a linguagem para coordenarem reciprocamente seus planos de ação visam a obter entendimento sobre algo presente no mundo.

A interatividade comunicativa, voltada para o entendimento mediado pelos potenciais agregadores da linguagem, pode dar-se no bojo de um agir comunicativo (em que não há a problematização de uma pretensão de validade) ou de uma atividade eminentemente discursiva (em que ocorre a problematização de uma pretensão de validade): nos dois casos, o consenso entre os participantes é um dado possível, mas não necessário.

Do mesmo modo ocorre com a relação entre administrador público e cidadãos-administrados. Eles procuram entender-se, comunicativamente, sobre a melhor decisão discricionária para o caso concreto, de acordo com as exigências do interesse público. Desse desenrolar argumentativo reciprocamente estabelecido entre administrador e cidadãos-administrados pode irromper ou não o consenso sobre a decisão discricionária mais adequada aos contornos singulares do caso concreto. Se ocorrer o consenso, o grau de legitimidade da decisão administrativa discricionária alcança seu ápice.

Todavia, a pluralidade das visões de mundo e a complexidade idiossincrática social, típicas da alta modernidade, recomendam prudência em relação à emergência de consenso entre administrador público e cidadãos-administrados. Com efeito, e isso é bastante natural em um Estado dito "democrático" e, portanto, virtualmente capaz de tolerar perspectivas diferentes, é bem mais provável o "estouro" do dissenso do que a "construção" do consenso

nas relações entre administrador público e cidadãos-administrados no que tange à busca pela decisão discricionária mais adequada para o caso controvertido.

Vindo à tona graves divergências que realmente obstaculizem a obtenção de consenso entre administrador público e cidadãos-administrados, a decisão discricionária, ao final, caberá a qual dos participantes da interação comunicativa? Pela posição institucional que ocupa, e dada a necessidade de se tomar alguma conduta, a decisão final caberá ao administrador público. Destarte, como curador indiretamente legitimado do interesse público, o administrador público detém o poder de sentença sobre a maneira mais adequada de se implementar a decisão administrativa discricionária no caso concreto.

Aqui é importante retomar o escólio de James Bohman (2009, p. 69-70) entre democracia deliberativa discursiva e democracia deliberativa dialógica. Pela primeira, a troca argumentativa desemboca no consenso; a segunda faz pressuposição de que o consenso pode não emergir das interações comunicativas.

Assim, se cidadãos-particulares e administrador público conseguem concertar sobre a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, há democracia deliberativa discursiva; do contrário, ou seja, se cidadãos-administrados e administrador público não logram um entendimento sobre a melhor decisão para o caso concreto, há democracia deliberativa dialógica, na medida em que, pelo menos, a decisão discricionária foi de alguma forma argumentativamente explorada pelos participantes – houve diálogo entre as partes, portanto.

A decisão administrativa discricionária, inserta no quadro de uma democracia deliberativa dialógica, oportuniza ao administrador público o emprego das velhas coordenadas da subjetividade e da legalidade? Por certo que não.

Uma vez não obtido o consenso entre cidadãos-administrados e administrador público sobre a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, cabe a este a decisão; mas esta decisão deve ser cuidadosamente motivada com o propósito de apaziguar o descontentamento dos cidadãos-administrados, de modo a persuadi-los de que, naquele contexto isento da possibilidade de entendimento, a decisão discricionária por ele acolhida foi, na medida do possível, a mais adequada ao caso concreto.

A motivação ora referida é mais do que uma motivação restritivamente entendida como exposição de motivos. Ela suplanta a noção de motivação jurídico-instrumental para acessar outro patamar: a motivação político-jurídico-instrumental, que, no léxico da

democracia deliberativa, recebe o batismo de *accountability*[578]. A *accountability* revela-se como uma prestação de contas do administrador público aos cidadãos-administrados, permitindo-lhes, além de amainarem sua insatisfação, controlar a atuação administrativa a fim de averiguar se a decisão tomada pelo representante refletiu, de fato, seus desejos e suas aspirações[579]. A *accountability* é uma resposta dada ao público "[...] em situações onde as expectativas de coordenação romperaram." (FERES, 2000, p. 49).

Nessa atividade de prestar contas à cidadania mobilizada, o administrador público torna-se não apenas responsável pela legalidade da decisão discricionária por ele apontada como a mais adequada ao caso concreto, mas também por ela responsivo, no sentido de que sua decisão deve ponderadamente refletir, de alguma forma, os anseios sociais manifestados na prática dialógica firmada com os cidadãos-administrados, a fim de que seja encarada também como legítima[580].

Abdicar, portanto, à rígida concepção de consenso nas interações comunicativas estabelecidas entre administrador público e cidadãos-administrados, voltadas para a busca intersubjetiva e dialógica da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, é uma condição de sustentabilidade do ideal democratizante que impulsiona este estudo.

Participantes. Um dos aspectos a serem oportunamente elucidados em relação à democratização da discricionariedade administrativa é a delimitação de quem deve ser convocado a colaborar com o administrador público na perseguição da decisão discricionária mais adequada para o caso concreto.

---

[578] É interessante observar que a noção de *accountability* representa um passo atrás na teoria democrática deliberativa direta, retornando aos confins de uma teoria democrática deliberativa representativa! "O ideal de uma sociedade de cidadãos livres e iguais não pede que todos passem muito tempo participando da política, nem requer que os cidadãos tomem sozinhos todas as decisões políticas importantes. A maioria dos democratas deliberativos , portanto, não insiste que os cidadãos comuns participem regularmente das deliberações públicas e a maioria favorece alguma forma de democracia representativa. Nestas versões da teoria, os cidadãos confiam em seus representantes para que estes decidam entre si mesmos, mas que também deêm ouvidos e se comuniquem com seus constituintes, os quais, em troca, deveriam ter muitas oportunidades para ter responsividade sobre eles." (GUTMANN; THOMPSON, 2007, p. 46-47). Esta dissertação continua a acolher a versão de democracia deliberativa participativa direta, mas, como se vê, diante das contingências do consenso, adere pontualmente à concepção de uma democracia deliberativa participativa indireta.

[579] "Através da deliberação pública organizada, os cidadãos podem examinar coletivamente as ações e políticas dos representantes, avaliar o alinhamento deste comportamento do Estado com suas próprias aspirações e valores e tentar colocar os dois em conformidade." (FUNG, 2004, p. 187). Lúcida é a distinção proposta por Guillermo O'Donnell (1998, p. 28/40) entre *accountability* vertical, firmada entre o poder público e os governados (o primeiro presta contas aos segundos), e a *accountability* horizontal, firmada entre o poder público e agências estatais de zelo (Ministério Público, por exemplo) – em que o primeiro presta contas às segundas.

[580] "O **princípio da responsividade** vem, por isso, complementar **o princípio da responsabilidade** ao ampliar-lhe os efeitos, além da legalidade estrita, para inspirar e fundar todo um capítulo sancionatório do Direito Administrativo, voltado à preservação do **princípio democrático** e, como se expôs, da **legitimidade**, que dele decorre. [...]. [...] nas democracias contemporâneas, a **responsividade** é hoje **um dever jurídico autônomo** dos agentes do Poder Público, sempre que disponham de competência para fazer **escolhas discricionárias** para atender (responder) adequadamente às demandas da cidadania regularmente manifestadas." (MOREIRA NETO, 2006, p. 280-281, grifos do autor).

A resposta a esse questionamento perpassa, inicialmente, o direito discursivo, através do princípio do discurso/princípio da democracia. O princípio do discurso estabelece que "são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis **atingidos** poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais." (HABERMAS, 2010, p. 142, grifo acrescido). A se seguir a literalidade do enunciado, somente os atingidos[581] pela decisão discricionária poderiam participar do processo de lapidação fática da decisão discricionária mais adequada para o caso concreto.

Entretanto, a literalidade merece o imemorial tempero *cum grano salis*. Com efeito, não faria sentido impedir a participação de um cidadão-administrado no processo de busca da decisão discricionária adequada ao caso quando, apesar de não atingido, fosse interessado. Em outras palavras, tanto o **cidadão-administrado atingido** quanto o **cidadão-administrado interessado** detêm as credenciais impostergáveis à admissão no ambiente participativo.

Duas razões concorrem para tal conclusão: (i) no âmbito da democracia deliberativa, não há restrição quanto a quem está apto a participar do processo deliberativo – até porque ele pode suportar uma volumosa opinião pública que não está passível de ser represada por qualquer indivíduo; (ii) a elementar lógica do direito público contribui para reforçar a ilação posta, na medida em que, se a decisão discricionária a ser adotada no caso concreto tem que ser compatível com o interesse público, todos[582] que prezarem atenção ao interesse público devem ser recepcionados no processo deliberativo dialógico e intersubjetivo.

Seria contraproducente excluir sumariamente da dinâmica participativa o cidadão-administrado interessado na busca pela decisão discricionária mais adequada para o caso concreto: se ele está interessado, por certo guarda intimamente importantes contribuições a serem aportadas no processo deliberativo.

Abrangência do interesse. O modelo dialógico de exercício de competências discricionárias, informado pelas novas coordenadas da intersubjetividade e da legitimidade, que acarreta a própria democratização da discricionariedade administrativa por meio da participação dos cidadãos-administrados na busca pela decisão discricionária mais adequada

---

[581] Habermas (2010, p. 142) chama de atingido aquele cujos interesses são tocados pelas **consequências da normatização**.

[582] "Um trabalhador, uma ama de casa, um profissional, um estudante, etc., podem segundo o caso ser o elemento de inovação e crítica que obrigue a maior reflexão o resto do corpo; a maior necessidade de fundamentação e demonstração, a maior esforço de convicção e busca de consenso." (GORDILLO, 2012a, p. 663-664, tradução nossa). (No original: "Un obrero, un ama de casa, un profesional, un estudiante, etc., puden según el caso ser el elemento de innovación y crítica que obligue a mayor reflexión al resto del cuerpo; a mayor necesidad de fundamentación y demonstración, a mayor esfuerzo de convicción y búsqueda de consenso.").

ao caso concreto, requer que se faça uma distinção em relação aos interesses tocados pelo fenômeno discricionário.

Como se sabe, a discricionariedade administrativa pode afetar uma gama considerável de interesses, indo desde interesses **meramente** individuais (por exemplo, a autorização para porte de armas) até interesses metaindividuais (pense-se, ilustrativamente, nas prerrogativas de planejamento estatal, como o urbanístico). A democratização da discricionariedade administrativa, nesta sede defendida, abarca indistintamente quaisquer desses interesses (individuais e metaindividuais)?

Não. A democratização da discricionariedade administrativa aqui defendida foi pensada somente para a abertura de processos decisórios discricionários a cidadãos-administrados portadores especificamente de interesses metaindividuais[583]. As decisões administrativas discricionárias nevrálgicas, com profunda repercussão, capazes de espraiar seus efeitos por toda a latitude do tecido social, é que devem, segundo o modelo aqui apresentado, ser democratizadas com a efetiva participação dos cidadãos-administrados na construção do pronunciamento discricionário.

Esses interesses metaindividuais podem assumir diversas roupagens categoriais. Adotando-se a terminologia de Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 104), pode-se dizer que os interesses metaindividuais desdobram-se em interesses difusos[584], interesses coletivos *stricto sensu*[585] e interesses individuais homogêneos[586].

Portanto, a democratização da decisão administrativa discricionária, realizada com a participação dos cidadãos-administrados, abrange, nos moldes aqui propugnados, interesses metaindividuais, a saber, interesses difusos, interesses coletivos *stricto sensu* e interesses

---

[583] Isso não significa que o processo decisório discricionário atinente a interesses meramente individuais não possa – ou não deva – ser democratizado. Muito pelo contrário, o processo de cariz individual, principalmente quando presente o poder público, ainda é favorável às velhas hierarquias, supremacias e outras categorias contemplativas da ideia de "subordinação", excludentes de uma participação efetiva do interessado individual na construção dialógica da decisão.

[584] Assim caracterizados: (i) são de transindividualidade real ou essencial ampla; (ii) os sujeitos são indeterminados; (iii) a indivisibilidade desses interesses é ampla; (iv) são interesses indisponíveis; (v) o que une os sujeitos portadores desses interesses é um vínculo de fato; (vi) não há unanimidade social; (vii) tais interesses são passíveis de organização, mas sempre subotimal; (viii) a reparabilidade desses interesses é indireta.

[585] Assim caracterizados: (i) a transindividualidade é real ou essencial restrita (contemplando grupo, categoria ou classe de pessoas); (ii) há determinabilidade dos sujeitos; (iii) há divisibilidade externa e indivisibilidade interna; (iv) há disponibilidade coletiva e indisponibilidade individual; (v) o que une os sujeitos detentores de tais interesses é uma relação jurídica base; (vi) irrelevância da unanimidade social; (vii) organização-ótima viável desses interesses; (viii) reparabilidade indireta.

[586] Assim caracterizados: (i) transindividualidade artificial ou legal e instrumental; (ii) determinabilidade dos sujeitos portadores; (iii) ampla divisibilidade; (iv) ampla disponibilidade (quando a lei não dispuser o contrário); (v) o que une tais sujeitos é um núcleo comum de questões de fato ou de direito; (vi) irrelevância da unanimidade social; (vii) organização-ótima viável e recomendável; (viii) reparabilidade direta, com recomposição pessoal das eventuais lesões.

individuais homogêneos, muitas vezes, inclusive, tematizados por uma opinião pública resultante da interação entre "público" e "privado" e advinda de uma esfera pública informal capaz de exercer pressão conformadora sobre os centros oficiais de tomadas de decisão públicas[587].

Captura. O paradigma do Estado Democrático de Direito, lastreado nas noções de linguagem, discurso e deliberação, acresce ao discurso da discricionariedade administrativa as coordenadas da intersubjetividade e da legitimidade, que redundam na possibilidade de participação dos cidadãos-administrados, em companhia do administrador público, na construção da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto.

Essa feitura dialógica do pronunciamento discricionário ocorre em meio a vários argumentos, múltiplos pontos de vista, de informações mutuamente direcionadas visando ao convencimento recíproco sobre a melhor decisão discricionária possível. Logo, a linguagem é o principal componente da decisão discricionária participada.

Todavia, tal arena deliberativa não combina com inocência: é grande a chance de interesses particulares utilizarem-se da instância deliberativa com o propósito de, sub-repticiamente, impor seus desejos camuflados, fazendo valer seus imperativos mais subterrâneos[588]. E, para tanto, recorrem não a atos de fala ilocucionários, pelos quais se busca a decisão discricionária mais adequada para o caso concreto, mas sim a atos de fala perlocucionários[589], que almejam, precisamente, a decisão discricionária mais adequada a seus interesses privados.

Ou seja, a superficial aparência de comprometimento com o processo deliberativo tem por finalidade tão somente iludir os demais participantes, cooptando-os conforme suas

---

[587] A abrangência do interesse será melhor analisada adiante, no item referente ao "como" democratizar a discricionariedade administrativa.

[588] "No entanto, temos que fazer uma distinção entre atores que surgem do público e participam na reprodução da esfera pública e atores que ocupam uma esfera pública já constituída, a fim de aproveitar-se dela. Tal é o caso, por exemplo, de grandes grupos de interesses, bem organizados e ancorados em sistemas de funções, que exercem influência no sistema político **através** da esfera pública. Todavia, eles não podem usar manifestamente, na esfera pública, os potenciais de sanção sobre os quais se apóiam quando participam de negociações reguladas publicamente ou de tentativas de pressão não-públicas. Para contabilizar seu poder social em termos de poder político, eles têm que fazer campanha a favor de seus interesses, utilizando uma linguagem capaz de mobilizar convicções [...]." (HABERMAS, 2003b, p. 96, grifo do autor).

[589] Essa noção de "captura" poderia ser perfeitamente aplicada ao discurso governamental realizado por ocasião da implementação das bases gerenciais no direito administrativo brasileiro: "[...] o discurso sobre a reforma administrativa apresentado pelo governo brasileiro – especialmente como ele aparece nos artigos do ministro Bresser Pereira – utiliza-se de atos de fala com a intenção de produzir efeitos perlocucionais, sendo que o principal efeito perlocucional desejado é produzir a impressão de que a administração gerencial é uma proposta **progressista**. Para que esta estratégia tenha sucesso, o contexto da reforma administrativa é transformado numa construção artificial introduzida no próprio discurso, de forma que o ouvinte seja induzido a aceitar este contexto 'construído' como ele é apresentado pelo emissor do discurso." (ANDREWS; KOUZMIN, 1998, p. 102, grifo dos autores).

intenções escusas. A vontade oriunda da dinâmica participativa é, assim, "capturada" pelos agentes impostores, modulando-a para lhe fazer parecer "legítima", quando, na verdade, o invólucro esconde exatamente o contrário: a vontade sorrateira e estrategicamente imposta[590].

A única maneira de remediar esse risco constante de manipulação egoística de decisões discricionárias participadas é os cidadãos-administrados – e, porque não, o administrador público – estarem permanentemente vigilantes quanto a qualquer tentativa dissimulada de intromissão de interesses "rígidos"[591] na ambiência deliberativa. E, uma vez detectados, tais interesses devem ser publicamente denunciados, com sua consequente expulsão do palco deliberativo.

Discricionariedade "relâmpago"/desmobilização cidadã. Dois pontos que merecem ser apresentados conjuntamente são aqueles referentes ao exercício "relâmpago" da discricionariedade administrativa e ao – lamentável – contexto da desmobilização cidadã. São reunidos no mesmo item porque em ambos os casos a participação do cidadão-administrado na busca cooperativa com a administração pela decisão discricionária mais adequada ao caso concreto resta cabalmente inviabilizada.

O exercício "relâmpago" da discricionariedade administrativa diz respeito àqueles casos em que a decisão discricionária a ser adotada factualmente não pode esperar pela dinâmica participativa. Ou seja, são situações inopinadas, surgidas sob a regência da urgência, em que o processo deliberativo seria contraproducente a sua própria finalidade: a busca pelo interesse público no caso concreto na forma de uma decisão administrativa discricionária.

De fato, em conjunturas marcadas pela necessidade de uma decisão administrativa discricionária emergencial, não faria sentido convocar os cidadãos-administrados para colaborarem com a administração pública porque o interesse público reclama uma análise e um julgamento imediatos, por parte do administrador público, das circunstâncias do caso concreto. Desse modo, por ser recomendável o afastamento das deliberações intersubjetivas, a decisão administrativa discricionária mais adequada ao caso concreto deve ser de plano adotada pela administração[592].

Contudo, isso não desonera o administrador público do dever da motivação jurídico-instrumental (a decisão discricionária não ultrapassou os limites da legalidade) e da motivação político-jurídico-instrumental (a decisão discricionária tomada isoladamente pelo

---

[590] O fenômeno da "captura" pode, nesse sentido, ser interpretado como sintoma de colonização do mundo da vida pelos imperativos sistêmicos do poder e do dinheiro.

[591] Diz-se "rígidos" porque não abertos ao diálogo, mas inexoravelmente fechados em seus próprios propósitos.

[592] "Evidentemente que em vários assuntos o interesse público é detectado **unilateralmente** pela Administração, sobretudo nas hipóteses de necessidade de atuação imediata, em situações de emergência, de grave risco à integridade das pessoas." (MEDAUAR, 2003, p. 191, grifo acrescido).

administrador possui um lastro legítimo, ou seja, corresponde, de alguma forma, às aspirações sociais – *accountability*).

Se no exercício "relâmpago" da discricionariedade administrativa a dramaticidade temporal delega a decisão discricionária para o administrador público, no contexto da desmobilização cidadã também a decisão administrativa discricionária afasta-se da seara deliberativa para pousar placidamente nas mãos do administrador público.

Se a decisão discricionária comporta mecanismos deliberativos e os cidadãos-administrados conclamados a cooperar na construção intersubjetiva do pronunciamento discricionário não atendem ao chamado participacionista, uma solução, não obstante, tem de haver, e esta somente poderá, na ocasião, ser decretada pelo administrador público[593]. Nesse caso, igualmente, a motivação político-jurídico-instrumental desvela-se como imperativo incontornável para fins de legalidade e legitimidade da decisão discricionária.

Evidentemente, diante da preguiça contributiva dos cidadãos-administrados, deve a administração pública repousar no divã e investigar o porquê da renúncia cidadã. Precisamente porque tal abdicação pode ser fomentada, ao final, pelo próprio comportamento administrativo. Desprestígio político[594], desconfiança institucional[595], desinformação[596], puro desinteresse[597], patente desrespeito[598] ou o desacostume participativo[599] podem ser algumas

---

[593] É o caso da história bíblica sobre o "lavo as mãos" de Pilatos, mas em sentido diametralmente oposto: se, na versão bíblica, Pilatos lava as mãos sobre a condenação de Jesus, transferindo tal sentença ao povo, na versão aqui lembrada, o povo, por não querer decidir, transfere a sentença ao administrador público – um Pilatos renovado, portanto.

[594] Tão bem emergido nos panfletos imagéticos das históricas jornadas de junho de 2013.

[595] Não raro, mecanismos participativos são sumariamente boicotados em razão da suspeita que recai sobre o processo codecisório administrativo. Ademais, a mera natureza consultiva de algumas instâncias participativas – quando, na verdade, deveriam ser genuinamente deliberativas – contribui proficuamente para o esvaziamento do ideal participativo.

[596] Muitas vezes não há (intencionalmente ou não) a publicidade necessária para o fortalecimento dos foros democráticos. A questão se agrava quando o cidadão-administrado sequer tem acesso às informações necessárias para o exercício democrático da decisão discricionária, o que foi remediado, sob algum aspecto, pela lei de acesso à informação – Lei n. 12.527/2011. Sobre tal lei, conferir o estudo de Márcio Tadeu Guimarães Nunes (2013).

[597] O que confirmaria a velha tese da democracia competitiva segundo a qual o homem moderno não encontra espaço em sua agenda para pautas políticas.

[598] Operante quando a decisão administrativa discricionária consorciada é flagrante e abissalmente contrária aos interesses sociais manifestados na arena deliberativa. Esse desrespeito atiça o próprio falecimento da relação intersubjetiva que é base para a democratização da discricionariedade administrativa (pede-se vênia, agora, para transcrever trecho de marco teórico distinto daquele esposado pela dissertação, mas com ele absolutamente aparentado – a teoria do reconhecimento de Axel Honneth): "[...] a particularidade nas formas de **desrespeito**, como as existentes na privação de direitos ou na exclusão social, não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de **não possuir o *status* de um parceiro da interação com igual valor**, moralmente em pé de igualdade; para o indivíduo, a **denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar um juízo moral**; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos uma perda de autorrespeito, ou seja, **uma perda da capacidade de se referir a si mesmo**

das causas propiciadoras da estagnação participativa, devendo, portanto, ser prontamente sanadas pelo aparato administrativo (claro, se for, de fato, de interesse da administração uma função administrativa transparente e democrática).

Decisão discricionária não democrática. Diante de norma atributiva de competências discricionárias, o administrador público convoca, regularmente, os cidadãos-administrados a com ele cooperarem na busca pela decisão discricionária administrativa mais adequada no caso concreto. Se assim foi, fazem-se duas pressuposições importantes: (i) houve suficiente atendimento ao chamado participativo, não ocorrendo a hipótese da desmobilização cidadã; (ii) não concorreram os requisitos para o exercício "relâmpago" da discricionariedade administrativa.

Assim, administrador público e cidadãos-administrados engatam-se em processos comunicativos, cada um oferecendo sua visão de decisão discricionária mais adequada ao caso concreto. Novas informações são aportadas na arena, discussões são engendradas reciprocamente, atos de fala ilocucionários adornam a ambiência deliberativa. E, no final, administrador público e cidadãos-administrados conseguem chegar a um consenso (ou não) sobre a decisão discricionária mais adequada frente às características situacionais do contexto.

Todavia, por alguma razão, a chancela oficial dada pelo administrador público é flagrantemente subversiva ao que foi concertado conjuntamente com os cidadãos-administrados. Ou seja, a decisão administrativa discricionária institucionalmente adotada é comprovada e manifestamente contrária ao que foi arranjado intersubjetivamente entre administrador público e cidadãos-administrados – trata-se, portanto, de uma decisão claramente ilegítima frente ao ajustado na arena deliberativa.

Que postura poderiam adotar os cidadãos-administrados? Ora, sentindo na pele o desrespeito intersubjetivo, os cidadãos-administrados podem passivamente paramentar-se

---

como parceiro em pé de igualdade na interação com **todos os próximos**." (HONNETH, 2003, p. 216-217, grifos acrescidos)

[599] É bastante interessante a colocação de Agustín Gordillo: "Um sistema administrativo de televisão e de educação no qual a decisão é tomada em forma unilateral e excludente, sem participação decisória prévia nem posterior dos destinatários e afetados diretos, sem audiência pública nem privada, sem descentralização nem delegação, sem *Ombusdman* que controle e às vezes ainda sem um sistema político democrático do qual parte como esquema de poder, inevitavelmente ensinará diariamente a todo seu público, nos mais mínimos atos e expressões, em inúmeras formas implícitas e explícitas, que a participação **não** é o sistema de valores do qual se parte nem a qual se aspira, sobretudo porque **não** é o sistema de valores que se pratica." (GORDILLO, 2012b, p. 653, grifos do autor, tradução nossa). (No original: "Un sistema administrativo de televisión y de educación en el cual la decisión es tomada en forma unilateral y excluyente, sin participación decisoria previa ni posterior de los destinatarios y afectados diretos, sin audiencia pública ni privada, sin descentralización ni delegación, sin *Ombudsman* que controle y a veces aún sin un sistema político democrático del cual partir como esquema de poder, inevitablemente enseñará diariamente a todo su público, en los más mínimos actos y expresiones, en innúmeras formas implícitas y explícitas, que la participación **no** es el sistema de valores del cual se parte ni al cual se aspira, sobre todo porque **no** es el sistema da valores que se practica.").

como vítimas institucionais de um sistema trapaceiro, anuindo por meio de seus desânimos com a corrosão do sonho da democracia administrativa. Ou podem rebelar-se contra a decisão ilegítima, mantendo viva a chama da democracia administrativa em meio aos ventos do autoritarismo.

Mas rebelar-se como? Os cidadãos-administrados é que devem discutir a melhor maneira de suplantar o absolutismo administrativo. Todavia, essencialmente, duas soluções podem ser-lhes apontadas: (i) recorrer aos velhos mecanismos de tutela jurisdicional incidentes sobre a administração pública, a saber, *habeas data*, mandado de injunção, mandado de segurança, ação popular e ação civil pública, se o contexto comportar esses instrumentos[600]; ou (ii) aderir à desobediência civil[601].

Humildemente, acredita-se que a desobediência civil seja mais efetiva do que o controle jurisdicional. Isso porque o controle jurisdicional ocorre no bojo de processos judiciais demorados, encontrando-se o aparato administrativo sob amparo jurídico de excelentes profissionais do direito capazes, se não de conservar por longo lapso temporal a decisão discricionária flagrantemente ilegítima, de mantê-la definitivamente inatacável através da consolidação da coisa julgada.

Além disso, e este é um argumento que não se pode facilmente desprezar, o controle judicial do comportamento administrativo discricionário segue um recorte eminentemente legalista, abstraindo-se da análise de conveniência e oportunidade da decisão discricionária. Para decisões discricionárias ilegais, o controle judicial é plenamente recomendável, mas tem seus efeitos corretivos coarctados diante de decisões discricionárias legais ilegítimas.

A desobediência civil tem efeitos pedagógicos muito mais assertivos, justamente por ocorrer no "calor" da ebulição do sentimento político, em que a sensação de injustiça potencializa o descontentamento, compactando-o na forma de uma pressão quase irresistível, capaz de, minimamente, levar a administração trapaceira a repensar[602] a decisão discricionária

---

[600] "Os remédios constitucionais são instrumentos essenciais para a defesa da cidadania, pelo que propiciam, também, o repensar das relações jurídico-administrativas, bem como dos limites principiológicos da anulação dos atos administrativos, por meio das maneiras corretas de interpretação das diversas formas de manifestação dos órgãos componentes da estrutura do Estado, inclusive no que se refere à própria governabilidade." (BARACHO, 2012, p. 944).

[601] "Esses [princípio da desburocratização, princípio da aproximação dos serviços à população, princípio da participação dos interessados na gestão administrativa e princípio da descentralização] e outros princípios ampliam as possibilidades da Cidadania efetiva e participativa, possibilitando uma nova era dos direitos, em que se destaca, inclusive a desobediência civil como participação na defesa da Constituição." (BARACHO, 2012, p. 936).

[602] "É por meio de ações de Desobediência Civil que a sociedade civil pode provocar, de forma mais radical, o sistema político a questionar a legitimidade das decisões que são tomadas em seu centro." (REPOLÊS, 2003, p. 138).

ilegítima e arbitrária[603]. Diante decisões discricionárias ilegítimas caberia, portanto, não o controle judicial, mas sim a desobediência civil[604], que seria exercida, por exemplo, através de protestos, ocupações, intervenções político-artísticas, dentre outras ações possíveis, tudo com o fito de restabelecer a legitimidade da decisão discricionária[605].

Benefícios da participação. A participação dos cidadãos-administrados no ambiente de confecção da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto – estimulada pelas novas coordenadas da discricionariedade administrativa: intersubjetividade (oriunda da filosofia da linguagem) e legitimidade (vinda do direito discurso e da democracia deliberativa), como consequentes do paradigma do Estado Democrático de Direito – provoca inúmeros benefícios[606] para o próprio comportamento administrativo.

Em primeiro lugar, a troca dialógica de razões entre administrador público e cidadãos-administrados promove um processo de recolhimento de informações não autoevidentes ou mesmo um acesso mais amplo às informações disponíveis. Trata-se, especificamente, da tese da democracia deliberativa de que a interação deliberativa é um catalisador para novas informações ou um ingresso ao universo de informações já presentes, o que em muito contribui para a lapidação da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto.

Em segundo lugar, a prática deliberativa consegue imprimir maior previsibilidade à atuação administrativa, oportunizando, inclusive, um controle mais eficiente e eficaz sobre o comportamento administrativo. De outra maneira, o processo deliberativo, especificamente no

---

[603] "O papel da Desobediência Civil no Estado Democrático de Direito é o de medida extrema utilizada para pôr em evidência uma situação de crise, isto é, de déficit de legitimidade, resultante de um fechamento do processo decisório do centro em relação à periferia da esfera pública." (REPOLÊS, 2003, p. 138).

[604] "O último meio para conferir uma **audiência maior** e uma **influência político**-jornalística aos argumentos da oposição consiste em **atos da desobediência civil**, os quais necessitam de um alto grau de explicação. Tais atos de transgressão simbólica **não-violenta** das regras se auto-interpretam como expressão do protesto contra **decisões impositivas as quais são ilegítimas no entender dos atores**, **apesar de terem surgido legalmente à luz de princípios constitucionais vigentes**. Eles têm como alvo dois destinatários. De um lado, apelam aos **responsáveis e mandatários**, para que **retomem deliberações políticas formalmente concluídas**, e para que **revisem** eventualmente suas decisões, tendo em conta a **persistente crítica pública**. De outro lado, eles apelam para o 'sentido de justiça da maioria da sociedade', formulado por Rawls, portanto, para o juízo crítico de um público de pessoas privadas, a ser mobilizado através de meios não-convencionais. Independentemente do respectivo objeto da controvérsia, a desobediência civil sempre reclama implicitamente que a formação legal da vontade política não pode se desligar dos processos de comunicação da esfera pública." (HABERMAS, 2003b, p. 117, grifos acrescidos). Discorda-se, no entanto, de Habermas em um ponto: a decisão discricionária ilegítima seria reflexo de uma violência simbólica; por que os atos de desobediência civil deveriam ser retratados como "transgressão simbólica não violenta"? Dois pesos, duas medidas? Acredita-se que a violência simbólica da decisão discricionária ilegítima pode ser combatida com a violência simbólica da desobediência civil.

[605] Gize-se que a desobediência civil tem lugar quando a decisão discricionária é patentemente ilegítima. Isso significa que a desobediência civil tem lugar não somente quando a decisão administrativa ignora o eventual consenso firmado, mas também quando, na ausência de consenso, a *accountability* é plenamente insuficiente para o convencimento dos cidadãos-administrados quanto à legitimidade da decisão adotada.

[606] Os benefícios aqui elencados foram extraídos de Fabiana de Menezes Soares (1997, p. 142-143), com algumas significativas adaptações ou desenvolvimentos.

que toca à discricionariedade administrativa, torna os cidadãos-administrados monitores dos passos do agente administrativo, o que os alça a uma sólida condição informada pela segurança jurídica.

Em terceiro lugar, a democracia administrativa oportuniza uma maior publicidade e transparência dos processos decisórios, principalmente quando não há consenso entre cidadãos-administrados e administrador público sobre a melhor decisão discricionária para o caso concreto, imputando ao segundo a obrigação de prestar contas (públicas e transparentes) ao público cidadão – *accountability*.

Em quarto lugar, sabe-se que, quanto o maior nível de aderência participativa ao processo de deliberação, maior o estoque de legitimidade na decisão administrativa discricionária. Isso tem uma relação de causa-efeito com a noção de efetividade[607]. Na medida em que a decisão administrativa discricionária recebeu apoio suficiente dos cidadãos-administrados, é possível vislumbrar que a decisão discricionária não encontrará maiores obstáculos a sua concretização empírica, redundando, portanto, na própria efetividade da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto.

Por fim, a ideologia participativa alimenta a autodeterminação social com a vantagem de promover a emancipação do cidadão. Através da prática participativa, o indivíduo consegue livrar-se de eventuais amarras tutelares ou assistencialistas enfraquecedoras do potencial crítico. Com isso, o indivíduo consegue pensar por si próprio, detonando os mecanismos do raciocínio teleguiado. E um indivíduo livre para agir conforme sua própria intimidade racional contribui em termos qualitativos para uma autodeterminação social mais substantiva[608].

O papel do Estado-administração. Ao se explicar a estrutura intersubjetiva da discricionariedade administrativa democratizada, em consonância com os postulados de uma filosofia da linguagem apresentada como pragmática universal consagradora da teoria do agir comunicativo, sempre se pontuou que o ato de fala que contém a visão da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto é ofertado, inicialmente, por um falante (o administrador público) a um conjunto de ouvintes (os cidadãos-administrados).

---

[607] "[...] a efetividade se refere à implementação do 'programa finalístico' que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo 'meio-fim' que decorre abstratamente do texto legal." (NEVES, 2007, p. 48). Nesse sentido, a finalidade da norma atributiva de competências discricionárias é a decisão mais adequada ao caso concreto conforme as necessidades do interesse público.

[608] A se observar de perto, trata-se do argumento da cooriginariedade entre autonomia privada e autonomia pública (no que tange ao direito discursivo) e entre liberalismo e republicanismo (no que se refere à democracia deliberativa).

Isso denota que cabe à administração o dever fundamental de inaugurar o processo deliberativo voltado para a busca intersubjetiva da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto. Em outras palavras, os caminhos para a democratização da discricionariedade administrativa, norteados pelas novas coordenadas da intersubjetividade e da legitimidade, devem ser pavimentos pelo aparato administrativo[609]. Esses caminhos dão a um só destino: a participação dos cidadãos-administrados na confecção da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto.

Logo, cabe ao Estado-administração o dever de prover as condições necessárias para que os cidadãos-administrados tenham à disposição técnicas participativas efetivas engendradas com o propósito de abrir os processos decisórios atinentes à discricionariedade administrativa; cabe ao Estado-administração desobstruir os canais de comunicação política, permitindo que as demandas elaboradas na esfera pública informal possam direcionar as decisões de conteúdo discricionário tomadas pelo centro oficial administrativo; em síntese, e em termos estritamente habermasianos, o Estado-administração tem a tarefa de permitir que o poder comunicativo coordene o poder administrativo[610].

Talvez essa reflexão sobre o papel do Estado-administração no que tange especificamente à democratização da discricionariedade administrativa deva ser ampliada de modo a proporcionar uma visão mais profunda da própria democratização da função administrativa como um todo. Desse modo, a função administrativa em sua totalidade deve estar aberta à participação dos cidadãos-administrados, o que requer uma reconfiguração do sentido de administração pública: não mais uma administração pública patrimonialista; não mais uma administração pública burocrática; não mais uma administração pública gerencial. O desafio é erguer, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, os pilares de uma administração pública dialógica[611].

---

[609] "Mas de quem é a responsabilidade neural à implementação no mínimo das condições objetivas e subjetivas destas medidas todas que estamos referindo [medidas de democratização pela participação]? Se tal responsabilidade não pode se encontrar exclusivamente nas mãos de um único sujeito social, porque está dispersa sobre todas as representações e presentações (individuais e coletivas) existentes, tenho que é ainda o Estado – enquanto espaço legítimo de debate público igualitário sobre o que se quer da e na sociedade – o lócus privilegiado de impulsão à constituição de uma Sociedade Democrática de Direito, haja vista tantos os vetores axiológicos desta sociedade que já estão postos em termos constitucionais (com os direitos humanos e fundamentais explícitos e implícitos vigentes hoje no Texto Político brasileiro), como os compromissos emancipatórios republicanos, desenhados pelos princípios do mesmo Diploma Legal." (LEAL, 2005, p. 390).

[610] "No sistema da administração pública concentra-se um poder que precisa regenerar-se a cada passo a partir do poder comunicativo." (HABERMAS, 2010, p. 212). Essa "retroligação" deve institucionalizar-se através dos postulados do direito discursivo.

[611] "Assim entendida a democracia, em sua faceta substantiva, como um **permanente diálogo da sociedade com seu aparelho governante**, é pela interação, formal e informal, entre todos os órgãos, públicos e privados, estendida a toda cidadania, que as decisões estatais se tornarão não apenas **legais**, mas, sobretudo, **legítimas**, no sentido de que apliquem o poder estatal harmonicamente com a percepção dos valores, interesses, necessidades e

Ou seja, a estrutura administrativa deve cercar-se de mecanismos participativos capazes de incluir os cidadãos-administrados nas várias decisões que recorrentemente cabem à administração. Claro, não se devem instituir mecanismos participativos meramente plebiscitários, mas oportunizar a profunda discussão dos temas administrativos conjuntamente analisados. Logo, a administração pública dialógica, como a própria expressão sugere, lastreia-se no permanente dialógico entre os cidadãos-administrados e o administrador público, do qual se pode extrair a legitimidade dos pronunciamentos discricionários.

5.3 Da impotência às alternativas e das alternativas à alternativa: sobre o velho problema do "como"

O paradigma do Estado Democrático de Direito fornece as novas coordenadas dogmáticas a serem acrescidas ao repertório clássico da discricionariedade administrativa, oportunizando sua plena democratização: as coordenadas da intersubjetividade e da legitimidade.

Sinteticamente, essa imagética de um exercício democrático da discricionariedade administrativa decodifica-se como uma busca intersubjetiva, permeada pelo diálogo, entre administrador público e cidadãos-administrados pela decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, o que permite a legitimidade dessa mesma decisão.

Esse modelo de compartilhamento do encargo decisório atinente às competências discricionárias recebeu alguns aclaramentos necessários para sua ancoragem empírica: (i) viu-se que o consenso não é um dado inexorável para a democratização da discricionariedade administrativa; (ii) salientou-se que os participantes do processo deliberativo sobre a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto não abarca somente os diretamente atingidos por tal decisão, acolhendo, inclusive, os eventuais cidadãos-administrados que manifestarem interesse pela questão; (iii) alertou-se para o fato de que a arena participativa pode ser tomada

---

aspirações do grupo nacional." (MOREIRA NETO, 2011, p. 142, grifos do autor); "A Administração Pública, com efeito, deixa de ser uma instância meramente burocrática do Estado para constituir-se em uma instância simbólica da realização da democracia, privilegiando os espaços sociais e buscando instituir um processo de inclusão. Uma concepção do Estado-Administração passa por uma pré-compreensão dialógica." (OHLWEILER, 2000, p. 108-109); "Nesse cenário, aponta-se para o surgimento de uma Administração pública dialógica, a qual contrastaria com a Administração pública monológica [administração patrimonialista, administração burocrática e administração gerencial], refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade." (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2008, p. 37). Uma administração pública dialógica é a única capaz de suplantar a velha dicotomia "direito administrativo dos *clips*" (administração pública burocrática) e "direito administrativo dos negócios" (administração pública gerencial) (SUNDFELD, 2008, p. 87-93), ambos enclausurados na frieza dos gabinetes institucionais, de modo a permitir a eclosão de um novo direito administrativo, o "direito administrativo das ruas".

por interesses particulares camuflados, capazes de impor ocultamente suas vontades mais egoísticas; (iv) consignaram-se as hipóteses em que o administrador público tem diante de si a oportunidade de decidir subjetivamente sobre a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, hipóteses essas relativas ao exercício "relâmpago" da discricionariedade e ao contexto da desmobilização cidadã; (v) vislumbrou-se que, diante decisões discricionárias ilegítimas, há grandes potencialidades para a utilização de atos de desobediência civil; (vi) apontaram-se os inúmeros benefícios para a discricionariedade administrativa com a abertura dos processos decisórios aos anseios de participação dos cidadãos-administrados; e (vii) firmou-se a ideia de que cabe ao Estado instituir os mecanismos necessários capazes de permitir a produção dialógica da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto.

Esses aclaramentos – acredita-se – tornaram o modelo democratizado de exercício da discricionariedade administrativa menos difuso; no entanto, de tudo o que foi dito até aqui sobre a discricionariedade administrativa democratizada, um ponto não foi devidamente tematizado: o velho e tormentoso problema do "como", ou seja, a questão nevrálgica de como implementar faticamente o modelo, reclamado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, da discricionariedade administrativa democrática. Em outras palavras, de que modo pode-se permitir a participação dos cidadãos-administrados na confecção da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto?

A resposta a tal desafiante colocação é de extrema importância, na medida em que embaraça discursos céticos[612] que, pejorativamente, etiquetariam a proposta de democratização da discricionariedade administrativa aqui esposada como "utópica" ou meramente "teórica".

Não há resposta peremptória sobre como implementar, na realidade fática, o modelo democrático de discricionariedade administrativa: somente há, aqui, o gosto amargo da impotência. Essa impotência não significa, todavia, que o modelo dialógico de exercício da discricionariedade administrativa não possa receber concretude nas práticas administrativas.

A impotência refere-se, tão somente, à impossibilidade de um "eu" em dar respostas definitivas. Na verdade, a resposta do "como" não pode ser subtraída à interação comunicativa entre administrador público e cidadãos-administrados. Esses dois polos da relação comunicativa intersubjetiva, firmada no âmbito do direito administrativo, é que devem traçar o perfil institucionalizado da discricionariedade administrativa democrática. É o "nós",

[612] Nesse sentido: "O irrealismo, a idealização e a ingenuidade são armadilhas de que os administrativistas precisam fugir." (SUNDFELD, 2012b, p. 13).

e o não o "eu", que deve construir a ancoragem empírica de um exercício democrático da discricionariedade administrativa.

A se exigir o contrário – ou seja, reclamar do "eu" uma resposta pronta e acabada sobre o problema do "como" –, este estudo cairia nas armadilhas da filosofia da consciência[613], tão combatidas pelo marco teórico da filosofia da linguagem (versão pragmática universal consagradora da teoria do agir comunicativo). Por conseguinte, uma resposta ao problema do "como" fornecida por um "eu" seria paradoxal com o perfil de Estado Democrático de Direito, nesta dissertação acolhido, e com os próprios propósitos do estudo.

É, pois, com modéstia que se diz: o "eu" não pode apresentar as soluções empíricas necessárias à implementação do arcabouço da discricionariedade administrativa democratizada: cabe aos cidadãos-particulares e à administração pública estabelecerem, conjunta e cooperativamente, através do diálogo, os melhores mecanismos consagradores da participação social na construção da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto.

A coerente postura filosófica que abdica de dar respostas prontas (que usurpariam dos cidadãos-administrados e da administração pública a oportunidade de encetarem um processo comunicativo voltado para a busca das soluções institucionais capazes de concretizar o ideal democrático no âmbito da discricionariedade administrativa) não obstaculiza, entretanto, a apresentação de algumas alternativas institucionais[614] direcionadas a suportar a participação social no âmbito administrativo.

Desse modo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 123-141) arrola os seguintes institutos de participação administrativa: a coleta de opinião, o debate público, a audiência pública, o colegiado público, a cogestão de paraestatal, a assessoria externa, a delegação atípica, a provocação de inquérito civil, a denúncia aos tribunais ou conselhos de contas e a reclamação relativa à prestação de serviços públicos. Cada um desses institutos será adiante apresentado e analisado criticamente quanto às suas potencialidades institucionais de implementar o exercício democrático da discricionariedade administrativa.

---

[613] O "eu", nesse caso, iria objetivar a realidade circundante, categorizá-la mentalmente e utilizar a linguagem como mero instrumento de transmissão de um pensamento privado que, pretensiosamente, teria elaborado o melhor meio de se concretizar o exercício democrático da discricionariedade administrativa.

[614] Assim, as propostas doravante apresentadas devem ser encaradas como autênticos atos de fala, que podem ou não ser devidamente problematizados pelos ouvintes – ou leitores – em relação especificamente a uma pretensão de correção. Aliás, toda a dissertação deve ser assim encarada: como um simples ato de fala proposicional, sujeito, portanto, a tematizações e problematizações. Ela pode traçar caminhos, mas esses caminhos não se apresentam, de modo algum, como impassíveis de mudança de rota.

A **coleta de opinião** é o instrumento pelo qual os cidadãos-administrados expõem motivadamente à administração pública suas opiniões sobre determinada decisão administrativa a ser tomada. As opiniões veiculadas pelos cidadãos-administrados podem ser decisivas ou não para a decisão final: no primeiro caso, diz-se que elas são vinculativas; no segundo caso, diz-se que são meramente orientadoras[615].

É claro que a coleta de opiniões tem grande valia para o propósito de democratizar a discricionariedade administrativa, na medida em que permite que as opiniões dos cidadãos-administrados sobre uma eventual decisão discricionária sejam conhecidas pela administração e, desse modo, sejam refletidas na decisão final adotada.

No entanto, a coleta de opiniões concebe a linguagem como mero instrumento de transmissão de pensamentos privados, bem ao gosto da filosofia da consciência. A opinião é simplesmente endereçada à administração, o que ignora o papel do debate linguisticamente mediado na construção do mundo circundante.

Em outras palavras: não há o diálogo capaz de legitimar a decisão discricionária porque tão somente apresenta-se à administração a visão dos cidadãos-administrados, quando o ideal seria que aparato administrativo e cidadãos-administrados engatassem um processo comunicativo intersubjetivo marcado pelo debate, pela argumentação, pela troca de perspectivas. “Eu digo o que penso”, e não “eu discuto o que penso”.

É preciso, portanto, imprimir o traço deliberativo à coleta de opiniões, de modo que, ao recolhê-las, permita-se aos cidadãos-administrados, entre si e com a administração pública, discutir e avaliar as várias decisões possíveis que possam surgir das múltiplas opiniões manifestadas na instância participativa.

Ao se permitir o diálogo durante a coleta de opiniões, não faz mais sentido perquirir de sua natureza vinculativa ou orientadora. Com efeito, o intercâmbio de razões reciprocamente assentado entre cidadãos-administrados e administração pública não pode ser aprioristicamente domesticado num sentido (vinculativo) ou outro (orientadora).

A questão, aqui, é saber se ocorreu ou não o consenso entre os participantes. Caso tenha ocorrido o consenso sobre a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, o apontamento é feito conjuntamente entre cidadãos-administrados e administração pública. Em sentido contrário, não sendo possível a obtenção de consenso, a decisão recai nas mãos do

---

615 “A **coleta de opinião**, em síntese, é um instituto de participação administrativa, aberto a grupos sociais determinados, identificados por certos interesses coletivos ou difusos, visando à legitimidade da ação administrativa pertinente a esses interesses, formalmente disciplinado, pelo qual o administrado exerce o direito de manifestar sua opção, orientadora ou vinculativa, com vistas à melhor decisão do Poder Público.” (MOREIRA NETO, 1992, p. 126, grifos do autor).

administrador público, que, apesar disso, fica na contingência de elaborar uma motivação jurídico-instrumental e político-jurídico-instrumental (*accountability*)[616].

Tornando mais claro o raciocínio: as ideias de vinculação e de orientação levam a decisão para um lado ou para outro: na vinculação, a decisão é dos cidadãos-administrados; na orientação, a decisão é do administrador público. Deve-se permitir que as duas partes cheguem a um consenso, de modo a não se domesticar previamente a comunicação num sentido ou em outro. Não se pode aprioristicamente subtrair dos participantes a possibilidade de consenso, que resplandece o grau máximo de legitimidade da decisão administrativa.

O **debate público** é um instrumento de participação administrativa pelo qual os cidadãos-administrados podem discutir amplamente programas e decisões administrativas entre si e com a administração pública. Ou seja, a troca de razões entre os cidadãos-administrados e entre estes e o administrador público acerca de eventual decisão administrativa a ser tomada constitui a tônica dominante do debate público[617].

Evidentemente, o debate público suporta quase todos os requisitos necessários para a busca intersubjetiva da melhor decisão discricionária para o caso concreto, uma vez que é entremeado por argumentações firmadas entre, de um lado, os cidadãos-administrados entre si, e, de outro lado, o administrador público e os cidadãos-administrados.

Mas também o debate público tem seus defeitos, visto que a discussão pública racionalmente desenvolvida não é conformadora para a administração pública[618]. Mais uma vez, retira-se a possibilidade de consenso entre cidadãos-administrados e administrador público, numa tentativa ontológica de preconceber os caminhos da comunicação. Do debate público pode nascer um consenso – caso em que será vinculativo – ou não – caso em que o administrador público deve levar a sério as discussões realizadas, fazendo com que elas sejam reverberadas na decisão administrativa por ele tomada, havendo certa vinculação transparecida por meio da *accountability*.

A **audiência pública** é um instrumento de participação administrativa pelo qual os cidadãos-administrados são convocados a expor suas perspectivas ao poder público, no que

---

[616] A *accountability* sublinha algo interessante: de certo modo, a decisão administrativa tomada pela administração deve ser vinculativa aos interesses sociais manifestados, sob pena de ilegitimidade.

[617] "Em suma, o **debate público** é um instituto de participação administrativa, aberto a indivíduos e grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinado, pelo qual o administrado tem o direito de confrontar seus pontos de vista, tendências, opiniões, razões e opções com outros administrados e com o próprio Poder Público, com o objetivo de contribuir para a melhor decisão administrativa." (MOREIRA NETO, 1992, p. 128, grifos do autor).

[618] "[...] o decreto que o instituir [o debate público] estabelecerá o procedimento e os limites da eficácia, que só poderá ser declarativa, **sem nenhuma vinculação obrigatória** no tocante à decisão do Poder Público." (MOREIRA NETO, 1992, p. 127, grifos acrescidos).

tange a decisões que possam ser consensualmente acertadas[619]. No caso da audiência pública, os resultados são necessariamente vinculativos para a administração pública[620], ou seja, a decisão final cabe aos cidadãos-administrados.

Pelo fato de a decisão final ficar a cargo dos cidadãos-administrados, pode-se criticar a audiência pública por inadmitir o diálogo entre os cidadãos-administrados e o administrador público capaz, eventualmente, de lograr um consenso. A decisão final não pode caber a "fulano" ou a "beltrano" logo de introito: a titularidade da decisão final dependerá do consenso obtido ou não.

Se emergir o consenso, a titularidade da decisão cabe, conjuntamente, ao administrador e aos cidadãos-administrados; se presente o dissenso, a decisão cabe ao administrador, devendo, contudo, respaldar seu pronunciamento conforme as visões aportadas na instância participativa.

Ou seja, a audiência pública também tende a domar a comunicação, levando a decisão, necessariamente, para os braços dos cidadãos-administrados, excluindo, portanto, a potencialidade racional-comunicativa do administrador público. Não obstante essa crítica, a audiência pública tem, sim, grandes atrativos no que se refere à possibilidade de democratização da discricionariedade administrativa.

O **colegiado público** é um instrumento de participação administrativa pelo qual os cidadãos-administrados são inseridos em determinadas estruturas organizacionais com o propósito de aconselhar, discutir e deliberar sobre os rumos do órgão ou da entidade em que estão integrados[621].

O colegiado público é uma técnica legitimante sobejamente utilizada na Constituição brasileira de 1988. Basta pensar: (i) na participação dos trabalhadores e empregadores nos

---

[619] "A **audiência pública**, em resumo, é um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual." (MOREIRA NETO, 1992, p. 129, grifos do autor). Importante salientar que a audiência pública teve recepção por parte da Lei de Processo Administrativo Federal – Lei n. 9.784/99, conforme pontua Dinorá Adelaide Musetti Grotti: "De extrema importância também é a Lei 9.784, de 29.01.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, que prevê – em caráter facultativo – a consulta pública (art. 31) e a audiência pública (art. 32) como instrumentos prévios à tomada de decisões administrativas relevantes, bem como a participação dos administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, através de outros meios estabelecidos pelos órgãos e entidades administrativas (art. 33). Os resultados da consulta pública, da audiência pública ou destes outros meios 'deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado'." (GROTTI, 2002, p. 139).

[620] "As audiências públicas se caracterizam pela formalidade de seu procedimento e pela eficácia vinculatória de seus resultados." (MOREIRA NETO, 1992, p. 128).

[621] "Em resumo, o **colegiado público** é um instituto de participação administrativa, aberto a pessoas físicas ou jurídicas da sociedade civil, visando à legitimidade da ação administrativa, pelo qual se reconhece, formalmente, a essas pessoas, o direito de integrar órgãos de consulta ou de deliberação coletivos do Poder Público." (MOREIRA NETO, 1992, p. 133, grifos do autor).

colegiados atinentes à discussão de seus interesses profissionais ou previdenciários (art. 10, CF); (ii) na possibilidade de participação de associações no planejamento municipal (art. 61, § 2°, CF); (iii) na participação dos produtores e trabalhadores rurais na conformação da política agrícola (art. 187, caput, CF); (iv) na gestão quadripartite (trabalhadores, empregadores, aposentados e governo) nos órgãos colegiados referentes à seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII, CF), à saúde (art. 198, III, CF), à assistência social (art. 204, II, CF); (v) na gestão democrática do ensino (art. 206, VI, CF); e (vi) na participação da comunidade na proteção do patrimônio cultural (art. 216, § 1º, CF) (BRASIL, 2007).

Sem dúvida, o colegiado público é um mecanismo importante para a democratização do exercício da discricionariedade administrativa em relação às decisões discricionárias ocasionais a serem tomadas pelos órgãos estruturados a partir de composições pluripessoais.

Entrementes, o colegiado público é uma forma de democratização do exercício da discricionariedade administrativa mais restrita (MOREIRA NETO, 1992, p. 129) que os outros mecanismos, na medida em que é pontualmente exercido, cabendo somente aos órgãos e às entidades dotadas de colegiado. O que aqui se defende é o espraiamento da democratização do exercício da discricionariedade administrativa, e não sua utilização parcial somente para determinados órgãos ou entidades.

A **cogestão de paraestatal** tem os mesmos pilares do colegiado público, com a diferença de que a participação ocorre, precisamente, em uma paraestatal. Desse modo, constitui-se em um instrumento de participação administrativa que visa a introduzir os cidadãos-administrados nos mecanismos decisórios de uma entidade qualificada como paraestatal[622-623].

Claro, a cogestão de paraestatal tem o condão de democratizar as decisões discricionárias da paraestatal, e não de toda a administração pública, conforme aqui defendido. Nesse sentido, esse mecanismo de participação administrativa padece da mesma crítica endereçada ao colegiado público, por ser restrito a uma determinada entidade estatal.

A **assessoria externa** é o instrumento de participação administrativa pelo qual cidadãos-administrados são selecionados ou indicados com o propósito de assessorar decisões

---

[622] "Em suma, a **cogestão de paraestatal** é um instituto de participação administrativa, aberto a pessoas físicas de sociedade civil, indicadas ou selecionadas, que visa à legitimidade da ação administrativa delegada, formalmente estabelecida em lei e nos estatutos da entidade, com o objetivo de expressar tendências, preferências e opções que a conduzam a decisões mais adequadas ao interesse público." (MOREIRA NETO, 1992, p. 135, grifos do autor).

[623] A extensão de paraestatal abrange, na concepção de Moreira Neto (1992, p. 133), tanto entidades da administração indireta (como sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações) como entidades tipicamente paraestatais, inseridas no chamado terceiro setor (serviços sociais autônomos).

a serem tomadas pelo aparato administrativo. Nesse sentido, os cidadãos-administrados selecionados ou indicados têm o dever de veicular as preferências sociais a serem acolhidas no momento da decisão[624].

A assessoria externa não possui grande capacidade de alargar a participação social durante o processo decisório referente à discricionariedade administrativa. E isso porque tal instrumento de participação administrativa recorre, no final das contas, aos esquemas básicos da democracia representativa, pois os assessores externos têm a soberba incumbência de apontar, sem qualquer espécie de debate comunicativamente estruturado, as preferências[625] dos demais cidadãos-administrados.

A **delegação atípica** é um instrumento de participação administrativa pelo qual entidades da sociedade civil são convidadas a colaborar com a administração pública na realização de seus misteres jurídicos. Assim, aos atos praticados pela entidade civil colaboradora empresta-se força jurídica, isto é, seus atos possuem efeitos jurídicos reconhecidos pelo sistema administrativo[626].

O perfil da delegação atípica oportuniza uma maior democratização do exercício da discricionariedade administrativa, ao permitir que entidades inseridas na sociedade civil possam, de alguma forma, contribuir para a decisão administrativa. Mas trata-se de uma concepção restrita de cidadania participativa, uma vez que apenas algumas específicas entidades da sociedade civil não conseguem ventilar, de forma sólida, os autênticos interesses sociais enterrados na ambiência social. É preciso massificar esse convite, de modo a promover uma decisão administrativa genuinamente legítima – oriunda da opinião pública de uma esfera pública informal assentada nas entidades em geral da sociedade civil.

A **provocação de inquérito civil** é o instrumento de participação administrativa pelo qual os cidadãos-administrados podem endereçar ao Ministério Público acervo probatório destinado à provocação de ação civil pública, quando constatada ou vislumbrada transgressão a interesses difusos[627].

---

[624] "Em síntese, a **assessoria externa** é um instituto de participação administrativa, aberto a pessoas físicas da sociedade civil, indicadas ou selecionadas, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente estabelecida como função pública definida em lei, com o objetivo de expressar tendências, preferências e opções que conduzam os órgãos assessorados a melhores decisões." (MOREIRA NETO, 1992, p. 136, grifos do autor).

[625] Desprezando, inclusive, o dado de que as preferências são passíveis de mudança através dos processos comunicativos.

[626] "Em resumo, a **delegação atípica**, é um instituto de participação administrativa, aberto a pessoas físicas ou jurídicas da sociedade civil, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente estabelecida por lei, ato complexo ou ato administrativo, com o objetivo de atribuir efeitos jurídicos a ações de colaboração com o Poder Público." (MOREIRA NETO, 1992, p. 138, grifos do autor).

[627] "Em síntese, a **provocação do inquérito civil** é um instituto de participação administrativa, aberto a pessoas físicas ou jurídicas da sociedade civil, visando à legalidade e à legitimidade de ação administrativa, formalmente

É patente a imprestabilidade da provocação de inquérito civil como forma de democratizar o exercício da discricionariedade administrativa. E a razão é simples: a decisão administrativa discricionária que provocou a participação administrativa via inquérito civil já foi logicamente tomada pela administração pública. Não há como democratizar o exercício da discricionariedade quando ela já foi exercida solipsisticamente pelo administrador público. O inquérito civil tem grandes aptidões, isso sim, para reparar ilegalidades advindas da violação de interesses difusos.

A **denúncia aos tribunais e conselhos de contas** é o instrumento de participação administrativa pelo qual cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos podem aviar, aos tribunais ou conselhos de contas, denúncias sobre irregularidades ou ilegalidades resultantes do comportamento administrativo[628]. Trata-se de direito constitucionalmente assegurado no art. 74, § 2º, da Constituição brasileira de 1988 (BRASIL, 2007, p. 70).

Também aqui não se concebe força participativa no que tange especificamente ao exercício democrático da discricionariedade administrativa, justamente porque o ato questionado, ainda que praticado por ocasião de competências discricionárias, já foi previamente realizado pela administração, não havendo, portanto, oportunidade lógica de se permitir a participação dos cidadãos-administrados em sua confecção. Como no caso do inquérito civil, a denúncia aos tribunais e conselhos de contas tem mais possibilidade de restaurar a legalidade de uma atuação administrativa do que efetivamente permitir a participação administrativa na construção do pronunciamento discricionário.

Por fim, tem-se a **reclamação relativa à prestação de serviços públicos**, instrumento de participação administrativa pelo qual os cidadãos-administrados usuários de serviços públicos podem provocar, mediante denúncias e queixas, a análise de legalidade e regularidade de serviços públicos oferecidos direta ou indiretamente pela administração pública[629]. A Constituição Federal de 1988 garantiu o direito de queixa sobre a prestação de serviços públicos em seu art. 37, § 3º (BRASIL, 2007, p. 44).

---

estabelecido, com o objetivo de submeter à apreciação do Ministério Público provas ou indícios de violações de interesses difusos, com vistas à postulação de ação civil pública." (MOREIRA NETO, 1992, p. 139, grifos do autor).

628 "Em suma, a **denúncia aos tribunais ou conselhos de contas** é um instituto de participação administrativa, aberta a cidadãos, partidos políticos, associações e sindicatos, visando à legalidade e à legitimidade da ação administrativa, formalmente estabelecido, com o objetivo de submeter àqueles órgãos de fiscalização contábil, financeira e orçamentária da gestão pública, notícia de irregularidades ou ilegalidades praticadas, com vistas à provocação da ação fiscalizadora e sancionatória que lhes é atribuída." (MOREIRA NETO, 1992, p. 140, grifos do autor).

629 "Em síntese, a **reclamação relativa à prestação de serviços públicos** é um instituto de participação administrativa, aberto a seus usuários, visando à legalidade e à legitimidade da ação administrativa, formalmente estabelecida, com o objetivo de submeter a órgãos administrativos específicos queixas e denúncias, com vistas

A temporalidade também é nesse instituto de participação administrativa o verdadeiro empecilho à democratização do exercício de faculdades discricionárias. Isso porque se o serviço público, em um contexto específico, foi prestado com supedâneo em prerrogativas discricionárias, machucaria a lógica defender-se a possibilidade de participação dos cidadãos-administrativos na construção do ato discricionário pela singela razão de que o serviço já foi prestado.

O exercício de uma competência discricionária não pode ser resgatado do pretérito e ser realocado no presente, evidentemente. Destarte, a reclamação relativa à prestação de serviços públicos tem somente a capacidade de reparar irregularidades e ilegalidades praticadas na prestação de serviços públicos já ofertada aos cidadãos-administrados.

Portanto, os institutos clássicos de participação dos cidadãos-administrados na função administrativa não são plenamente cabíveis para os propósitos de uma democratização do exercício da discricionariedade administrativa: ora eles adotam uma concepção estreita de processo comunicativo (caso da coleta de opiniões, do debate público e da audiência pública), ora ficam encapsulados em determinadas e específicas estruturas administrativas (caso do colegiado público e da cogestão de paraestatal), ora caem nos meandros da democracia representativa (caso da assessoria externa), ora privilegiam a participação cidadã a determinados entes (caso da delegação atípica) e ora impossibilitam a participação dos cidadãos-administrados na confecção da decisão discricionária simplesmente pelo fato de que a decisão já foi previamente adotada solipsisticamente pela administração pública (provocação de inquérito civil, denúncia a tribunais e conselhos de contas e reclamação relativa à prestação de serviços públicos).

Não é o caso de se excluir, sumariamente, esses instrumentos importantes para a democratização da função administrativa: mas, infelizmente, tais técnicas participativas não conseguem comportar toda a complexidade do fenômeno participativo no âmbito da discricionariedade administrativa.

Estariam, então, cidadãos-administrados e administrador público desamparados quanto à possibilidade de se utilizar mecanismos participativos institucionalizados capazes de suportar a participação dos cidadãos-administrados na confecção, juntamente com o administrador público, da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto? A democracia administrativa na seara da discricionariedade administrativa seria uma mera quimera?

---

ao controle corretivo dos órgãos ou entidades, governamentais ou delegadas, prestadores de serviços públicos, em qualquer nível federativo.” (MOREIRA NETO, 1992, p. 141, grifos do autor).

Felizmente, para as duas desafiantes colocações, a resposta é não. Isso porque, não obstante as críticas que se podem direcionar aos mecanismos clássicos de participação administrativa, os cidadãos-administrados e o administrador público têm à disposição um manancial de possibilidades democráticas a ser devidamente explorado: o **processo administrativo**[630]. É no processo administrativo[631] que se encontra a caixa de ferramentas necessária para a construção de arenas capazes de oportunizar a construção dialógica da decisão administrativa discricionária mais adequada ao caso concreto.

E isso vem ao encontro da própria visão-síntese sobre o paradigma do Estado Democrático de Direito na dissertação defendida: o paradigma da participação procedimentalizada, ocorrida, em vários aspectos, tanto no direito discursivo, quanto na democracia deliberativa, ambos amarrados categoricamente pela pragmática universal versão teoria do agir comunicativo.

Sinteticamente, a rede de procedimentos discursivos que sustenta o paradigma do Estado Democrático de Direito traduz-se institucionalmente no fenômeno processual, que, na seara administrativa, é justamente o processo administrativo. Os processos administrativos são retratos empíricos bem-acabados dos procedimentos discursivos[632].

Desse modo, os processos administrativos constituem-se na matéria-prima por excelência para o fomento da participação dos cidadãos-administrados na função estatal administrativa. A participação da cidadania administrativa somente pode ocorrer no e pelo processo administrativo[633].

---

[630] Controverte a doutrina administrativa sobre a melhor nomenclatura: processo ou procedimento administrativo? Diz Carlos Ari Sundfeld: "Preferimos a palavra **procedimento** administrativo por uma razão muito clara e com um sentido muito definido. Para nós, ela significa a sucessão de atos que se encadeiam e que condicionam uma decisão final." (SUNDFELD, 2012c, p. 837, grifo do autor). Por sua vez, assevera Patrícia Baptista: "Enfim, o fato de o processo administrativo não apresentar total semelhança com o judicial não impede que ambos remetam a um gênero comum designado **processo**, que representa uma seqüência de atos preordenados a um fim e configura um meio legítimo de exercício do poder." (BAPTISTA, 2003, p. 226, grifo da autora). A doutrina processual, principalmente aquela calcada em Elio Fazzalari, já conseguiu resolver o problema, ao criar as conexões necessárias entre processo e procedimento, no sentido de que o processo é uma espécie do gênero procedimento. Nesse sentido, o processo é o procedimento realizado em contraditório, o que em muito contribui para a noção de participação, como atesta Aroldo Plínio Gonçalves: "O processo começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento. Mas essa definição se concluirá pela apreensão da específica estrutura legal que inclui essa participação, da qual se extrairá o predicado que identifica o processo, que é o ponto de sua distinção: a participação dos interessados, em contraditório entre eles [...]." (GONÇALVES, 1992, p. 113). Dessa forma, concebe-se como terminologia correta a noção de processo administrativo, desde que entendido como procedimento desenvolvido em contraditório.

[631] O que subjaz aos institutos típicos de participação administrativa é precisamente o processo administrativo.

[632] O discurso decodifica-se juridicamente pelas garantias do contraditório e da ampla defesa, em especial.

[633] Salientando a arquitetônica administrativa erguida a partir das noções de processo, democracia e participação: "Complementa esta achega sobre o **conteúdo** participativo impulsionador da eficiência da ação do Estado, a exigência de uma **forma** adequada que possa disciplinar com fidelidade e segurança o processo de formação da vontade participativa, ou seja, a **processualidade adequada** como instrumento democrático." (MOREIRA

> [...] o esquema processual responde à exigência pluralista que domina a sociedade atual, pois chama a cooperar, no exercício do poder, todos os sujeitos privados e públicos inscritos no quadro de disciplina do poder e, portanto, envolvidos no exercício deste; deixa de ocorrer o rígido confronto entre autoridade e liberdade, em prol de um "compartilhar" do poder que se liga ao princípio democrático; realiza-se uma cooperação entre sujeitos públicos e privados, entre entidades centrais e descentralizadas, entre órgãos hierarquizados. (NIGRO *apud* MEDAUAR, 2003, p. 225).

Duas consequências importantes podem ser sublinhadas quanto a essa centralidade do processo administrativo aberto à participação dos cidadãos-administrados. Em primeiro lugar, o processo administrativo não é somente um conjunto formal de atos preordenados movidos com o propósito de se chegar a uma decisão final; o processo administrativo é mais do que isso, na medida em que se apresenta como lócus onde o poder de decisão dilui-se substancialmente entre os participantes públicos e privados.

O processo administrativo, assim, é o espaço privilegiado para a colaboração entre cidadãos-administrados e administrador público no que se refere à construção de uma função administrativa democrática. A decisão administrativa é o procedimento, e não o resultado do procedimento (SILVA, 2003, p. 308-309).

Em segundo lugar, a atual posição holística do processo administrativo dentro da função administrativa faz com que o ato administrativo perca sua posição sobranceira nos estudos administrativos. Como se sabe, o ato administrativo, em razão de seus conhecidos atributos da imperatividade e da autoexecutoriedade, é visto como símbolo das decisões administrativas emitidas de forma unilateral e autoritária, em que o administrado é encarado como mero vassalo da vontade administrativa[634].

No entanto, as intensas transformações sofridas pelo direito administrativo no século XX[635] modificaram profundamente a "perspectiva actocêntica" (SILVA, 2003, p. 302) como

---

NETO, 2006, p. 332, grifos do autor); "Independentemente de quaisquer considerações políticas de carácter global, indiscutível é, no entanto, que a participação dos privados no procedimento constitui uma forma de democratização da Administração Pública." (SILVA, 2003, p. 401); "A legitimação pelo processo decorre em grande parte da abertura que ele propicia para a participação. O processo, por si só, não gera legitimação. A legitimação, na verdade, é resultado do maior envolvimento das partes na tomada de decisão." (BAPTISTA, 2003, p. 245); "A disciplina do procedimento administrativo possibilita a audição e participação institucionalizada do administrado, além de favorecer o controle e, com isso, a legitimidade da atividade administrativa." (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 189).

[634] "O ato administrativo, no contexto do Estado Liberal em que surgiu, representava o momento de exteriorização da vontade de uma Administração Pública autoritária e unilateral. Era, então, a forma normal, quase exclusiva, de atuação da Administração, quando havia uma escassa interação desta última com os cidadãos." (BAPTISTA, 2003, p. 230-231).

[635] Acompanhando-se Odete Medauar (2008, p. 411-412), podem-se apresentar como acontecimentos modificativos do perfil clássico do direito administrativo: (i) a busca cada vez maior de democracia administrativa; (ii) o encurtamento da distância entre Estado e sociedade; (iii) a explosão dos fenômenos contratuais e consensuais no âmbito administrativo; (iv) a consolidação de uma esfera pública informal, assentada em entidades da sociedade civil capazes de pressionar o centro administrativo; (v) a substituição da

módulo dogmático estruturante do arcabouço administrativo, alcançando a processualidade como andaime principal de uma nova realidade administrativa. O processo apresenta-se, portanto, como o centro de gravidade de toda a dogmática administrativa.

A centralidade do processo administrativo na função administrativa não está isenta de divergências. O processo administrativo, principalmente como mecanismo de inclusão dos cidadãos-administrados na etapa decisória, comporta duas diferentes linhas de interpretação, sistematizadas com base na doutrina italiana e na doutrina alemã.

Pela doutrina italiana, a participação dos cidadãos-administrados no e pelo processo tem como principal objetivo estabelecer instrumentos organizatórios para uma decisão administrativa democraticamente compartilhada[636]. Os cidadãos-administrados ingressam no processo administrativo não como forma de defender ou proteger interesses subjetivos, mas como forma de construir uma decisão administrativa colegiada capaz de repercutir sobre toda a sociedade[637].

Já pela doutrina alemã, a participação dos cidadãos-administrados no e pelo processo tem como principal objetivo a concretização de direitos fundamentais[638], o que somente poderia ocorrer com a abertura procedimental aos cidadãos-particulares para que possam defender seus direitos (fundamentais) subjetivos frentes aos encargos decisórios compartilhados com a administração[639].

Pois bem. Viu-se nos aclaramentos necessários sobre a democratização da discricionariedade administrativa que o modelo aqui proposto vincula-se a interesses

---

administração executora pela administração elaboradora; (vi) a centralidade dos direitos fundamentais, cuja concretização também deve ser devotada pela administração; (vii) a tentativas de melhoria das relações entre administração e cidadãos-administrados.

[636] "A participação no procedimento é, portanto, de acordo com esta orientação, vista a partir da perspectiva da organização administrativa, enquanto mecanismo institucionalizado de colaboração dos particulares e das autoridades públicas para a produção de decisões administrativas. Daí que a intervenção do particular no procedimento seja analisada não como meio de defesa das suas posições subjectivas perante a Administração, mas como um expediente organizativo destinado à tomada das melhores decisões administrativas, em resultado dessa cooperação." (SILVA, 2003, p. 306).

[637] Essa visão objetivista da participação procedimental tem um importante consectário: "Este alargamento da participação, que pretende ir para além da protecção subjectivizada de interesses individuais, é operado mediante o recurso à categoria dos interesses difusos ou dos interesses colectivos." (SILVA, 2003, p. 409).

[638] "Isto porque se entende que 'o procedimento administrativo possui uma relação directa com a constituição. Os direitos fundamentais, que resultam da personalidade reponsável e autónoma, exigem que os indivíduos não sejam tratados apenas como objectos do procedimento estadual, mas como 'cidadãos de voz activa' e como partes com **direitos próprios** no processo de decisão, no qual têm a possibilidade de fazer valer os seus conhecimentos, concepções e perspectivas'." (SILVA, 2003, p. 419, grifos acrescidos).

[639] "A participação dos particulares é, pois, no direito alemão, entendida como projecção no domínio do procedimento administrativo da titularidade de direitos subjectivos públicos por parte dos cidadãos, assim como da sua posição de sujeitos das relações jurídicas estabelecidas com a Administração Pública. A relação jurídica administrativa prolonga-se, assim, numa relação jurídica de procedimento, na qual os particulares e a Administração fazem valer direitos e deveres recíprocos. Pelo que aos direitos e deveres substantivos dos particulares perante a Administração acrescem, naturalmente, os direitos e deveres de natureza procedimental." (SILVA, 2003, p. 419).

metaindividuais – difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, o que excluiria interesses meramente individuais. Isso poderia provocar a impressão de que a dissertação deveria acolher, necessariamente, por razões de coerência metodológica, a perspectiva italiana, que encara o processo administrativo como forma de possibilitar a participação dos cidadãos-administrados na defesa não de seus interesses meramente individuais ou subjetivos, mas dos interesses de todos, o que se reflete na decisão administrativa democratizada.

Todavia, há uma omissão nessa ordem de ideias que requer melhor apresentação. Na verdade, quando o cidadão-administrado é convocado a colaborar procedimentalmente com a administração pública na defesa de interesses metaindividuais – que são direitos fundamentais! –, ele apresenta-se singularmente como protetor de interesses que lhe tocam diretamente, mas que não podem ser exclusivamente por ele titularizados, pois pertencentes a toda a sociedade.

Em outras palavras: o indivíduo adentra o ambiente participativo-procedimental nessa condição mesma (de indivíduo), mas com o propósito de defender um direito fundamental vazado na forma de interesses metaindividuais cuja titularidade é compartilhada com outros indivíduos. Isso se explica facilmente ao se resgatar a cooriginariedade entre autonomia jurídica privada e autonomia jurídica pública (no que se refere ao direito discursivo) e a cooriginariedade entre liberalismo e republicanismo (no que se refere à democracia deliberativa). O "coletivo" inicia-se pelo "individual" e o "individual" fortalece-se pelo "coletivo"[640].

Ou seja: acolhe-se da doutrina italiana o fato de que a participação dos cidadãos-administrados no processo administrativo não está destinada à proteção de interesses meramente individuais, mas metaindividuais, em que a colaboração dos cidadãos-particulares refletirá em uma decisão administrativa democratizada que respeita a todos; mas critica-se a perspectiva italiana por ignorar a dimensão individual que necessariamente está acoplada à dimensão coletiva.

Do mesmo modo, acolhe-se da doutrina alemã o fato de que a participação dos cidadãos-administrados no processo administrativo está destinada à concretização de direitos fundamentais; mas critica-se tal perspectiva por relacionar a concretização de direitos

---

[640] Um exemplo é capaz de esclarecer o que se passa: imagine que "José" irá participar de uma **instância administrativa participativa processualmente estruturada** que tem como objeto de discussão um **interesse difuso fundamental** por excelência: o meio ambiente. "José", com sua bagagem axiológica e idiossincrática, **certamente tem algo a contribuir para a discussão**. Mas essa bagagem axiológica e idiossincrática **individual** não consegue dar conta de todas as questões que envolvem a discussão sobre o meio ambiente. São necessárias **outras bagagens**, que devem ser aportadas ao processo administrativo; mas a **bagagem de "José**" é sem sombra de dúvidas importante para a discussão do interesse difuso fundamental – o meio ambiente.

fundamentais somente a indivíduos subjetivados, quando, na verdade, nem todos os direitos fundamentais têm uma matriz individual.

Em síntese, o processo administrativo é um ambiente institucional em que se democratizam decisões administrativas atinentes a interesses metaindividuais fundamentais; ele concretiza direitos fundamentais metaindividuais através da participação dos cidadãos-administrados nos mecanismos decisórios respeitantes àqueles interesses metaindividuais albergados na forma de direitos fundamentais[641].

Enfim, tem-se o dado necessário para a conclusão de "como" democratizar a discricionariedade administrativa: o processo administrativo. É aí que os cidadãos-administrados e o administrador público encontrarão os utensílios institucionais necessários para a criação discursiva de uma instância participativa administrativa capaz de, através da intersubjetividade e da deliberação legitimantes, proporcionar a busca cooperativa e colaborativa pela decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, de modo a implementar interesses metaindividuais fundamentais[642].

Da impotência de uma resposta peremptória, passando por uma análise das alternativas disponíveis – francamente inadequadas em alguns aspectos –, chegou-se à alternativa às alternativas: o processo administrativo. O "como" está aí guardado em algum lugar, devendo os cidadãos-administrados e o administrador público aventurarem-se conjuntamente nesse universo de infinitas possibilidades democratizantes.

5.4 Linhas mestras para uma renovação democratizante da dogmática clássica da discricionariedade administrativa

Os caminhos para a democratização da discricionariedade administrativa, guiados pelas novas coordenadas da intersubjetividade e da legitimidade, levam, além de uma

---

[641] Essa visão específica do processo administrativo advém, é importante dizer, do recorte metodológico da dissertação, que visa à democratização da discricionariedade administrativa em relação a interesses metaindividuais. Evidentemente, o processo administrativo também é um importante mecanismo de democratização de decisões discricionárias referentes a interesses individuais.

[642] Talvez aqui surja a pergunta quanto a se o processo administrativo, de fato, tem tais aptidões. A realidade brasileira diz que sim. Ora, basta pensar nos orçamentos participativos, arenas administrativas deliberativas, processualmente fundamentadas, em que há um compartilhamento do poder decisório entre administração e sociedade civil (cidadãos-administrados) sobre como aplicar concretamente investimentos públicos para o próximo exercício orçamentário – algo que estaria no domínio discricionário da administração pública. Daí pergunta-se: de onde surgiu institucionalmente o orçamento participativo? De alguma maneira, o processo administrativo participativo teve grande relevância para a concretização empírica desse ideal democratizante. Sobre a riquíssima experiência brasileira do orçamento participativo, conferir os estudos dos seguintes autores: Leonardo Avritzer e Zander Navarro (2003), Tarso Fernando Genro e Ubiratan de Souza (1999) e Nilton Bueno Fischer e Jaqueline Moll (2000).

exposição modular de um modelo de discricionariedade democrática, a uma renovação da concepção clássica e dogmática de discricionariedade administrativa.

Tanto o panorama geral da discricionariedade quanto os problemas capitais[643] que a envolvem merecem, portanto, uma nova releitura realizada a partir da ideia nuclear de Estado Democrático de Direito constituído a partir das noções de linguagem, discurso e deliberação, noções das quais se projetam as novas coordenadas da intersubjetividade – no lugar da velha coordenada da subjetividade – e da legitimidade – no lugar da velha coordenada da legalidade.

O que se proporá aqui são meramente linhas mestras, ou seja, ideias gerais, que devem ser, em momento posterior, analisadas criticamente pela comunidade jurídica administrativa, mas que, à luz dos objetivos albergados por este estudo, desvelam-se necessárias para uma visão, tão completa quanto seja possível, de uma discricionariedade administrativa democrática.

5.4.1 *Linhas mestras para uma renovação democratizante do panorama geral da discricionariedade administrativa*

O panorama geral da discricionariedade administrativa apresentado pela dissertação destacou os seguintes pontos: (i) arbitrariedade; (ii) perspectiva de compreensão da discricionariedade administrativa; (iii) caleidoscópio terminológico; (iv) discricionariedade nas funções legislativa e judicial; (v) indispensabilidade da discricionariedade administrativa; (vi) discrição e vinculação; (vii) localização da discricionariedade administrativa; (viii) discricionariedade administrativa e outros fenômenos correlatos. A se ver, portanto, como a discricionariedade administrativa democrática lida com essas temáticas[644].

Arbitrariedade. A distinção entre discricionariedade e arbitrariedade reside, fundamentalmente, no fato de que a primeira ostenta parâmetros normativos para seu exercício, ao passo que a segunda emerge do mais puro decisionismo[645]. Todavia, tendo-se por perspectiva o paradigma do Estado Democrático de Direito, deve-se enriquecer o conceito de arbitrário, no sentido de acrescentar-lhe a ilegitimidade mais patente. Desse modo,

---

[643] Ou seja, o que se fará aqui é uma nova incursão, ainda que rápida, na Parte I da dissertação. Assim, o término deste estudo será, precisamente, o seu início, relevando um pensamento circular.

[644] Advirta-se que esse panorama renovado algumas vezes resolve aporias dogmáticas clássicas; outras vezes, acresce novas problematizações.

[645] No decisionismo, "a decisão, portanto, não é determinada em seu conteúdo (se o fosse, sua autonomia seria irremediavelmente afetada). Ao visar o estabelecimento da ordem, e por estar em seu fundamento, ela é irredutível a qualquer princípio normativo que a anteceda." (ADVERSE, 2013b, p. 82).

arbitrário não é somente o comportamento administrativo ilegal, mas também o comportamento administrativo flagrantemente ilegítimo, ou seja, que despreza de forma manifesta os anseios sociais. E, frente à arbitrariedade pela ilegitimidade despudorada, cabe o recurso aos atos de desobediência civil.

Perspectiva de compreensão da discricionariedade administrativa. Várias são as perspectivas conceituais para a discricionariedade administrativa. A perspectiva formal ou negativa diz que a discricionariedade caracteriza-se pela margem de liberdade que confere duas ou mais opções ao administrador público, todas válidas perante o direito. Pela perspectiva material ou positiva, a discricionariedade administrativa é encarada como uma ponderação de interesses primários e secundários, voltada para a obtenção do interesse geral. Já pela perspectiva mista a discricionariedade comporta, concomitantemente, uma margem de liberdade permissiva de uma ponderação de interesses.

Todavia, qualquer que seja a perspectiva adotada, não se pode desprezar o elemento da intersubjetividade, que deve ser adotado como forma primordial para a garantia da legitimidade da decisão discricionária. Assim, a discricionariedade administrativa pode ser vista como margem de liberdade que confere ao administrador público e aos cidadãos-administrados duas ou mais opções, todas válidas perante o direito (perspectiva formal ou negativa); a discricionariedade administrativa pode ser vista como uma ponderação, realizada colaborativamente entre administrador público e cidadãos-administrados, de interesses primários e secundários, voltados para a obtenção do interesse geral (perspectiva material ou positiva); ou a discricionariedade administrativa pode ser encarada como a margem de liberdade que permite, ao administrador público e aos cidadãos-administrados, a possibilidade de ponderarem, conjuntamente, sobre interesses primários e secundários (perspectiva mista).

Caleidoscópio terminológico. “Poder discricionário”, “competência discricionária”, “faculdade discricionária”, “liberdade discricionária”, “potestade discricionária” ou “dever discricionário” são terminologias recorrentes empregadas para designar o fenômeno discricionário. Todavia, todas podem ser livremente utilizadas, na medida em que conseguem retratar, fielmente, o que se passa na discricionariedade administrativa. O importante é que tais nomenclaturas não desprezem, em seu âmago conceitual, as coordenadas da intersubjetividade e da legitimidade, que oportunizam a participação dos cidadãos-administrados na confecção da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto.

Discricionariedade nas funções legislativa e jurisdicional. A dissertação concluiu que existe discricionariedade não somente na função administrativa, mas também nas funções legislativa e judicial, no sentido de que ela se faz sentir mais dramaticamente nos discursos de

fundamentação (função legislativa) e menos presente nos discursos de aplicação (funções administrativa e judicial). Se todas as funções do Estado devem desenvolver-se em consonância com os parâmetros do paradigma do Estado Democrático de Direito, é evidente que também as funções legislativa e judicial necessitam das coordenadas da intersubjetividade e da legitimidade. Assim, o direito discursivo deve ser empregado para a função legislativa, e a democracia deliberativa, para a função judicial.

Indispensabilidade da discricionariedade administrativa. A discricionariedade administrativa é indispensável porque sem ela seria impossível, inviável e indesejável o próprio direito administrativo. A discricionariedade administrativa é indispensável porque é uma ferramenta imprescindível para a própria funcionalidade administrativa. Mas ela é também indispensável porque se constitui em um valioso instrumento para o fortalecimento da democracia administrativa. Deve-se recordar do lembrete de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (1981, p.88) no sentido de que é no âmbito da discricionariedade, informado pelas ideias de "oportuno" e "inoportuno", que se concretiza o ideal participativo no direito administrativo. Reforçando-se a democracia administrativa, contempla-se fielmente o paradigma do Estado Democrático de Direito, que contribui, portanto, para seu próprio robustecimento normativo.

Discrição e vinculação. A renovação da discricionariedade administrativa não precisa ser aqui retomada, uma vez que a dissertação, em sua totalidade, já o fez, no sentido de democratizar seu exercício. O que interessa aqui, particularmente, é a noção de vinculação, capaz de ser amplamente reformulada pela ambiência filosófica do paradigma do Estado Democrático de Direito, a filosofia da linguagem.

Como se viu, as opções administrativas são bifurcadas em padrões vinculados e discricionários. Pelo padrão vinculado, a opção administrativa somente pode ser uma, aquela albergada explicitamente pela normativa. Ao administrador público resta somente o trabalho intelectivo de "descobrir" o que foi previamente "dado" pela ordem jurídica. Desse modo, da opção administrativa vinculadamente disposta pelo ordenamento jurídico pode decorrer apenas uma única resposta correta. Já o padrão discricionário permite várias respostas corretas[646], na medida em que a norma de textura aberta, atributiva de competências discricionárias, dá uma margem de liberdade ao administrador para apontar, solitariamente, por meio de sua consciência, aquela que melhor calhar aos contornos do caso concreto.

[646] Todas chanceladas pelo ordenamento jurídico.

Acontece que, pelos vetores da filosofia da linguagem, não há **uma única** resposta correta. Isso porque tal posição (a que abona a tese de uma única resposta correta, traduzida sob a noção de vinculação) contemplaria o ultrapassado paradigma platônico do ser, segundo o qual as coisas têm uma existência ontológica imune à manipulação linguística. A resposta correta depende, como tudo no mundo (social, objetivo e subjetivo), do *medium* linguístico.

A resposta correta somente pode ser encarada como produto de uma interação comunicativa sempre passível de revisitação crítica, também mediada pela linguagem. A verdade de uma resposta apenas permanece como tal enquanto livre de problematizações operadas via linguagem; a resposta será correta enquanto comunicativamente persuasória e justificada para os atores sociais envolvidos no caso, ou seja, para o administrador público e para os cidadãos-administrados.

Então, se não há **uma única** resposta correta, pode haver **uma** resposta correta? De certo, sim[647]. Mas essa resposta correta não está acoplada a uma ideia de ontologia própria do paradigma do ser. A resposta somente será correta quando avalizada pela comunidade linguística (administrador público e cidadãos-administrados): o correto é aquilo que foi considerado comunicativamente aceitável pelos atores sociais, o que se pode aferir através da análise das argumentações engendradas no processo intersubjetivo comunicativo.

Pode-se dizer, com as devidas reservas, que tudo é "mais ou menos discricionário"[648-649], no sentido de que várias respostas (corretas) podem surgir mesmo que de padrões normativos vinculados, desde que mediadas pela linguagem – deflacionados, claros, quaisquer vestígios de subjetividade.

---

[647] "[...] há um resposta correta? Por tudo o quanto foi dito, resta claro que sim, pois tanto a 'resposta correta' quanto a 'pretensão de correção' não podem ser deixadas de lado nem desconsideradas porquanto acontecem em função de uma exigência *ek-sistencial* do homem, qual seja, a responsabilidade tal qual nos apresenta Lévinas! Assim, o cuidado, a face diante de nós, o modo de ser humano determinam o sentido do 'seer', que, de fato, é a verdade do 'seer'. Sem ela não há homem, não há rosto, não há face, não há nada." (CRUZ, 2011, p. 235).

[648] É interessante obsevar que Filippo Satta já diagnosticara a crise do conceito de vinculação, e não de discricionariedade, em termos, evidentemente, afastados dos pressupostos da filosofia da linguagem: "Aquilo que, portanto, entra em crise e deve-se assujeitar à radical revisão é o **conceito de atividade vinculada**. Enquanto esta era definida, de fato, como exclusão da efetiva e operante participação intelectual da administração aos juízos necessários para cada agir, impende dizer que esta exclusão se funda sobre o pressuposto inexato de que as normas possuem, em certo caso, ter e, em outros, ser privadas de um conteúdo determinado. **Este conteúdo existe sempre, no sentido de que há sempre uma precisa vontade do legislador**, **que a Administração deve realizar**; para este fim, deve ela agir não como máquina, mas como ser inteligente que, **entendido o valor da norma**, **entendido em seu fim**, liga-o ao fato e a tal ligação adéqua a sua ação [...]." (SATTA *apud* FIGUEIREDO, 1995, p. 124, grifos da autora).

[649] A esse ponto da dissertação, o leitor já se apercebeu de um paradoxo relevante. Este estudo, de um modo geral, alastra a discricionariedade administrativa por toda a estrutura administrativa, o que ocorre devido aos pressupostos da filosofia da linguagem (**fim do paradigma do ser**). Mas, por outro lado, reduz significativamente essa discricionariedade, na medida em que propõe seu exercício intersubjetivo, compartilhado, diluído, entre administração pública e sociedade (**fim do paradigma da consciência**).

Em síntese, a noção de vinculação, classicamente encarada como resultado de um processo interpretativo capaz de chegar à única decisão – normativamente estabelecida – para o caso concreto, deve ser abandonada em prol da possibilidade de existirem várias decisões possíveis, desde que tais decisões possíveis sejam procuradas intersubjetivamente entre administrador público e cidadãos-administrados engajados em processos comunicativos. Democracia é isso: possibilidade de escolha e não extirpação apriorística de alternativas.

Localização da discricionariedade administrativa. Conforme registrado, controverte-se a doutrina em relação à localização da discricionariedade administrativa: em relação ao ato administrativo (competência, objetivo, motivo, forma e finalidade), em relação à configuração lógica dos dispositivos normativos (hipótese, preceito ou hipótese e preceito) e em relação aos objetos[650] sobre os quais recai a discricionariedade administrativa (*an*, *quid*, *quomodo* e *quando*).

Na verdade, não faz muito sentido perquirir a localização da discricionariedade administrativa, pelo menos à luz dos pressupostos da filosofia da linguagem. Como se viu em relação à vinculação, a linguagem impregna toda a realidade circundante, inclusive o mundo social. E onde há linguagem há múltiplas possibilidades a serem comunicativamente exploradas.

Nessa ordem de ideias, a discricionariedade administrativa pode alojar-se em qualquer local do ato administrativo, dos dispositivos legais e dos objetos, na medida em que a demarcação da discricionariedade não leva mais inexoravelmente à demarcação da vinculação. Tudo é "mais ou menos discricionário", em razão das revoluções epistemológicas promovidas pela filosofia da linguagem.

Assim, os cidadãos-administrados, juntamente com o administrador público, podem, justificadamente e com base em argumentos racionais, entender que uma competência, inicialmente deferida a algum órgão ou autoridade, possa ser transferida a outrem[651]. Do mesmo modo, se toda função administrativa deve contemplar o interesse público, esse interesse pode flutuar e modificar-se conforme a predisposição comunicativa dos cidadãos-administrados e do administrador público. Não existe um interesse público ontológico, existe o interesse público construído dialogicamente entre administração pública e sociedade. Se

---

[650] Sobre os objetos, não é necessário realizar uma análise, na medida em que em todos eles há possibilidade de discricionariedade.

[651] É óbvio que qualquer mudança de competência no quadro administrativo deve ocorrer sob a égide da legalidade. Mas essa legalidade tem de ser, também, legítima, o que somente pode ser alcançada com o direito discursivo.

assim deve ser, vinculado é somente o paramento "interesse público", sendo discricionário[652] o seu "conteúdo"[653].

No que tange à configuração lógica dos dispositivos normativos, a coerência leva à proposição de que há discricionariedade tanto no preceito quanto na hipótese. Desse modo, a discricionariedade administrativa espraia-se tanto pela previsão legal do comportamento quanto pela consequência da implementação fática desse comportamento. E isso graças, mais uma vez, à posição de destaque da linguagem, que censura qualquer imunização linguística apriorística.

Discricionariedade administrativa e outros fenômenos correlatos. Viu-se que a discricionariedade administrativa ostenta forte relação com outros fenômenos que, apesar de diferentes, com ela têm grande intimidade. Esses fenômenos são: a discricionariedade técnica, a interpretação, os atos políticos e governamentais e o mérito. Tendo-se por referência o paradigma do Estado Democrático de Direito, lastreado na linguagem, no discurso e na deliberação, esses fenômenos merecem ser reanalisados na devida conta.

(i) Primeiro, a discricionariedade técnica. Como se constatou, o conceito e as consequências da utilização da categoria "discricionariedade técnica" variaram consideravelmente com passar do tempo, ora aproximando-se da discrição, ora roçando a vinculação. Posteriormente, engendrou-se uma análise tópica da discricionariedade técnica, no intuito de torná-la menos difusa.

Todavia, a ausência de critérios suficientes para a utilização de uma discricionariedade técnica levou a dissertação a propor a deserção da categoria analítica, remanejando-a para a seara da qual se deslocou: a discricionariedade administrativa.

Se razões dogmáticas recomendaram a renúncia à discricionariedade técnica, razões políticas contribuem inequivocamente para abandonar, de uma vez por todas, esse constructo teórico-administrativo. Isso porque a ideia de "técnica" é completamente antagônica à ideia de "democracia"[654].

---

[652] Nunca é demais repetir: "discricionário", aqui, continua com a ideia de múltiplas possibilidades, mas deflacionado da clássica subjetividade.

[653] A análise aqui realizada centrou-se, como se pode perceber, tão somente nos elementos classicamente tidos como vinculados, a saber, a competência e a finalidade, uma vez que, em relação aos outros elementos (objeto, motivo e forma), a doutrina admite a existência de padrões discricionários.

[654] "Tecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer. A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados para decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos." (BOBBIO, 1986, p. 34). Importante salientar que Norberto Bobbio é um autor vinculado a uma perspectiva empírica de democracia.

Com efeito, se a decisão for encarada estritamente como "técnica", somente especialistas poderiam tomá-la, excluindo do processo decisório aqueles que não possuem especialidade no assunto, precisamente os cidadãos-administrados. Subtrai-se a participação dos cidadãos-administrados sob o argumento de que a decisão discricionária depende de pautas técnicas que eles não estão aptos a manipular; desse modo, somente os "técnicos", no auge de seus conhecimentos inacessíveis ao homem médio do povo, poderiam indicar a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto[655].

No paradigma do Estado Democrático de Direito, todos estão aptos a participar de decisões coletivamente vinculantes, sejam elas de que qualidade for[656]; não há um espaço institucional de luxo reservado exclusivamente aos técnicos. Se, porventura, a decisão discricionária a ser adotada comportar recursos técnicos, deve a administração pública esclarecer pormenorizadamente aos cidadãos-administrados todos os contornos que envolvem a pauta técnica, capacitando-os a participarem da construção decisória. É ensinar para incluir.

Portanto, razões dogmáticas e razões políticas aconselham enfaticamente a desistência da discricionariedade técnica. Se o contexto decisório discricionário envolver, por alguma razão, elementos técnicos, deve a administração pública estimular, via pedagogia democrática, a confiança e a segurança a serem sentidas pelos cidadãos-administrados quanto a suas aptidões para contribuir no processo decisório.

(ii) Segundo, a interpretação. Sobre a interpretação, viu-se que ela teria um papel fundamental quanto à discricionariedade administrativa: a interpretação é que permitiria ao administrador público saber se a disposição normativa lhe atribuiria, ou não, competência discricionária.

Se a norma concedesse competência discricionária, o administrador público teria diante de si um universo de possibilidades decisórias, todas previamente validadas pelo ordenamento jurídico. Nesse caso, a volição do administrador público apontaria a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto. Do contrário, o administrador público estaria diante de norma de competência vinculada, em que sua cognição teria a função de "descobrir" a única decisão cabível ao contexto, por ser a expressamente desejada pelo ordenamento

---

[655] Essa barreira técnica excludente do ideal participativo pode ser interpretada como sintoma de colonização do mundo da vida pelos imperativos sistêmicos do dinheiro e do poder.

[656] Alerta Robert Dahl, um autor que, como se viu, encontra-se inserido numa perspectiva empírica de democracia: "[...] **entre adultos, não há ninguém tão inequivocamente mais bem preparado do que outros para governar, a quem se possa confiar a autoridade completa e decisiva no governo do estado**." (DAHL, 2001, p. 89, grifos do autor).

jurídico. O administrador público, perante a vinculação, somente poderia se contentar com a interpretação, que levaria a uma única decisão possível, tida como a verdadeira[657].

Todavia, em uma realidade em que o conceito de vinculação entra em crise, arrastando consigo a ideia de uma única resposta correta, a própria categoria da interpretação deve ser revisitada. A interpretação, nessa medida, não tem a função de levar a uma única resposta correta. Na verdade, frente aos esquemas da filosofia da linguagem, o ato de interpretar mistura-se ao de aplicar[658]. Se a interpretação é o mesmo que aplicação, fica fácil perceber que a interpretação desenvolve-se num ambiente deliberativo.

Nessas condições, o ato de interpretar não significa a busca desenfreada pela única decisão possível, mas sim pela decisão mais adequada frente às peculiaridades do caso concreto. E essa busca pela decisão mais adequada ao caso concreto ocorre, como se viu, numa arena deliberativa, dialógica, informada pelo intercâmbio constante de razões entre várias subjetividades engatadas em processos comunicativos.

A interpretação, no paradigma do Estado Democrático de Direito, erguido com base na filosofia da linguagem, torna-se, portanto, igualmente, "mais ou menos discricionária". É mais discricionária porque a interpretação não visa mais à busca de uma única decisão cabível no contexto, fornecida *a priori* pelo ordenamento jurídico – visto que existe um universo de possibilidades de decisão a ser linguisticamente explorado – falência do paradigma filosófico do ser.

---

[657] Bem sintetiza o ponto José Adércio Leite Sampaio: "Interpretar um texto é comumente definido como uma operação de atribuir sentido às suas partes e ao todo de forma a torná-lo inteligível e claro ao vulgo. Em Direito, classicamente, é uma **etapa prévia e necessária à aplicação** dos enunciados de normas a casos concretos. Os dois entendimentos pressupõem a existência de uma **verdade** escondida entre as palavras e que precisa ser descoberta por meio do emprego de métodos adequados. Assim, como a ciência, a interpretação é uma atividade neutra, orientada por regras e, diferentemente da ciência, destinada à identificação do mundo dos textos querido ou imaginado pelo seu autor." (SAMPAIO, 2005, p. 361-362, primeiro grifo acrescido, último grifo do autor).

[658] Pede-se licença, mais uma vez, para adentrar marco teórico distinto daquele albergado pela dissertação. De fato, a noção de que interpretar é o mesmo que aplicar não foi devidamente tematizada pela filosofia da linguagem **pragmática universal**, mas sim pela filosofia da linguagem **hermenêutica filosófica**. Por sua contribuição para o tema ora analisado, deve-se, portanto, recorrer-se a Gadamer: "A estreita pertença que unia na sua origem a hermenêutica filológica com a jurídica repousa sobre o reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda compreensão. Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica, por outro. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validez jurídica. Da mesma maneira, o texto de uma mensagem religiosa não deseja ser compreendida com um mero documento histórico, mas ele deve ser entendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar." (GADAMER, 2003, p. 461). Se interpretar é o mesmo que aplicar, a interpretação não é compreendida como uma etapa prévia ao ato de aplicar, conforme a visão comum noticiada por José Adércio (nota de rodapé acima).

É menos discricionária porque a interpretação não se dá de modo encapsulado em uma subjetividade, mas é exercida conjuntamente entre os cidadãos-administrados e o administrador público, na busca pela decisão (discricionária) mais adequada ao caso concreto[659] – falência do paradigma filosófico da consciência.

A interpretação, assim entendida, está a serviço da democracia, na medida em que dela explodem várias possibilidades decisórias a serem analisadas intersubjetivamente entre cidadãos-administrados e administrador público. Tudo, claro, mediado pela linguagem, que constitui o mundo circundante.

(iii) Atos políticos ou governamentais. A distinção entre atos administrativos discricionários e atos políticos ou governamentais reside no fato de que os primeiros defluem da lei infraconstitucional, ao passo que os segundos advêm da própria constituição. Ademais, a discricionariedade dos atos políticos ou governamentais seria mais intensa do que a dos atos administrativos discricionários.

Não se encara essa visão dogmática que realiza tais diferenciações como problemática. O que se deve lembrar, aqui, é que mesmo os atos políticos ou governamentais devem, no âmbito do paradigma do Estado Democrático de Direito, ser informados pelas coordenadas da intersubjetividade e da legitimidade, oportunizando, quando possível, a participação dos cidadãos na confecção do ato político ou governamental.

(iv) Mérito do ato administrativo. A discricionariedade administrativa democrática revisita três aspectos importantes a respeito do mérito do ato administrativo discricionário. Conforme averbado, o mérito consiste na parcela política da decisão administrativa discricionária; ele refletiria a decisão/o ato mais oportuno e/ou conveniente ao contexto fático, conforme as ponderações subjetivas realizadas pelo administrador público.

Dessa perspectiva do mérito sublinham-se três pontos: (i) não se contesta que o mérito é fruto da porção política da discricionariedade administrativa; ele é até essencial para que o deliberacionismo se instale na engrenagem discricionária, oportunizando, destarte, a participação dos cidadãos-administrados na busca pela decisão discricionária mais adequada ao caso concreto; (ii) mas veja-se algo que, talvez, não se tenha percebido: a dissertação reiteradamente pontuou "decisão discricionária mais adequada ao caso concreto" e não "ato discricionário mais oportuno e/ou conveniente ao caso concreto". Prefere-se decisão a ato

---

[659] Esclarece José Adércio Sampaio, no que tange especificamente à hermenêutica filosófica: "A experiência lingüística não é manifestação solipsista de vontade, mas o exercício do mútuo entendimento: 'a linguagem só tem seu verdadeiro ser na conversação'. E é essa conversação que torna manifesto o mundo. Não quer dizer que não exista mundo sem homens, apenas afirma que o mundo surge para o homem por meio da linguagem que é, por seu turno, resultado de entendimento de uma comunidade e tradição." (SAMPAIO, 2005, p. 367).

porque o ato institucionalmente expedido é “assinado” somente pelo administrador público competente, ao passo que a decisão é o núcleo do ato – o ato comporta uma decisão –, construído conjuntamente entre cidadãos-administrados e administrador público. Prefere-se “adequado” a “oportuno e/ou conveniente” porque, como se destacou, todos os elementos do ato administrativo, à luz da filosofia da linguagem, podem ser “mais ou menos discricionários”, e não somente o motivo (oportunidade) e o objeto (conveniência); a “adequação”, portanto, diz da construção dialógica e intersubjetiva de todos os elementos que compõe o ato administrativo discricionário portador de uma decisão compartilhada entre cidadãos-administrados e administrador público; (iii) por fim, o óbvio ululante: o mérito não é mais fruto de elucubrações subjetivas do administrador público; é construído colaborativamente entre administrador público e cidadãos-administrados (coordenada da intersubjetividade), através de processos administrativos (discursivos) amplamente democráticos, em que a comunicação é pressuposto para a legitimidade da decisão.

Dessa forma, também o mérito do ato administrativo recebe uma visão democratizante, disparada a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, estruturado com esteio nos substratos teóricos da linguagem, do discurso e da deliberação.

5.4.2 *Linhas mestras para uma renovação democratizante dos problemas capitais que envolvem a discricionariedade administrativa*

Os problemas capitais que envolvem a discricionariedade administrativa são: (i) limites, (ii) conceitos jurídicos indeterminados e (iii) controle judicial. A ver, portanto, como a discricionariedade administrativa democrática imprime novas feições a essas temáticas.

Limites. Os limites à discricionariedade administrativa são postos como mecanismos que previnem a transformação da liberdade discricionária em pura arbitrariedade. Assim, se o administrador público ultrapassar os limites erigidos à sua atividade discricionária, seu comportamento será tachado de ilegal, merecendo a reprimenda judicial ou mesmo administrativa, visando à restauração da legalidade ultrajada.

Contudo, até mesmo o elenco desses limites é problemático, pois, como se viu, eles flutuam consideravelmente conforme a metodologia autoral e jurídico-institucional. Apesar disso, a dissertação apresentou os limites mais sensivelmente referentes à discricionariedade administrativa, a saber: o excesso de poder, a teoria dos motivos determinantes e o desvio de poder ou de finalidade, todos juridicamente posicionados com o propósito de conter a ilegalidade administrativa em sede discricionária.

A vigilância quanto à transgressão dos citados limites por parte do administrador público quando do exercício de competências discricionárias é realizada pela motivação, dogmaticamente entendida em sentido mais amplo (a motivação é mais que a exposição dos motivos). Por conseguinte, a motivação consegue expor (i) se o ato administrativo foi praticado pela autoridade competente; (ii) se o comportamento administrativo não está impregnado de desvio de poder ou de finalidade; (iii) se o ato administrativo respeitou as formalidades necessárias para sua exteriorização; (iv) se o ato não malferiu normas contidas no ordenamento jurídico; e (v) se os motivos (jurídicos e fáticos) apontados pelo administrador têm consistência empírica e normativa.

Como é facilmente perceptível, esses limites espreitam a legalidade do comportamento administrativo discricionário, mas não estão preparados para lidar com uma eventual demanda de legitimidade. Se o paradigma do Estado Democrático de Direito reclama a participação dos cidadãos-administrados, juntamente com o administrador público, na confecção da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, o que lhe conferiria, além de legalidade, legitimidade, é preciso propor o surgimento de outro limite: o limite da legitimidade.

Com efeito, pelo limite da legitimidade, a decisão administrativa discricionária deve, de alguma forma, reverberar a vontade cidadã. Ou seja, a decisão administrativa discricionária final deve corresponder aos pontos de vista articulados pelos cidadãos-administrados durante o processo comunicativo de construção da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto. Se houve participação social na elaboração do pronunciamento discricionário, esse pronunciamento deve conter, em alguma medida, a visão social sobre o assunto deliberado.

A equação é simples: se houve consenso entre cidadãos-administrados e administrador público quanto à decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, a decisão institucional final deve refletir **milimetricamente** o acerto intersubjetivo firmado entre sociedade e administração pública. Se não houve consenso entre cidadãos-administrados e administrador público quanto à decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, a decisão institucional final tomada pelo administrador público deve refletir **suficientemente** as demandas elaboradas pela sociedade à administração pública.

A questão que interessa aqui é quando não há o consenso. E também aqui a motivação assume um papel de relevância indubitável. Quando não há o consenso, o administrador público deve motivar sua decisão, de modo a convencer os cidadãos-administrados de que a decisão final foi, além de legal, em alguma medida legítima, respeitando as colocações postas pela sociedade.

O limite da legitimidade, então, tem prestabilidade quando não há consenso entre cidadãos-administrados e administrador público quanto à decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, ocasião em que se faz necessária uma motivação político-jurídico-instrumental[660], capaz de fazer com que a administração pública preste contas de sua decisão ao público cidadão, com o propósito de convencer a cidadania mobilizada de que a decisão discricionária institucional é legal (responsável) e, de certa forma, legítima (responsiva). Isso nada mais é que *accountability*[661].

Caso a *accountability* não seja suficientemente persuasória aos olhos dos cidadãos-administrados, hipótese em que o limite da legitimidade não foi observado, resta a eles a oportunidade de se valer de atos de desobediência civil, voltados para o restabelecimento da confiança de legitimidade perdida.

Conceitos jurídicos indeterminados. Uma das grandes controvérsias que envolvem a discricionariedade administrativa são os conceitos jurídicos indeterminados. A doutrina disputa fervorosamente o seu perfil, havendo quem, de um lado, defenda sua natureza discricionária e, de outro lado, sua natureza vinculada. Inclusive existe segmento doutrinário que concebe os conceitos jurídicos indeterminados como uma margem de apreciação, que concederia certa primazia interpretativa à administração pública. Subjacente a essa discussão, está o alcance do controle judicial.

Tendo por base tudo o que foi dito sobre as noções de vinculação, interpretação e localização da discricionariedade administrativa, não restam dificuldades em concluir pela inexistência de conceitos jurídicos indeterminados capazes de levar a uma única decisão cabível no caso concreto. A linguagem impede que haja somente uma única resposta correta; isso porque, através do *medium* linguístico, várias respostas podem ser dialogicamente criadas pelos participantes de processos comunicativos.

A se permitir a tese de que os conceitos jurídicos indeterminados suportam somente uma única decisão possível, querida opacamente pelo ordenamento jurídico, o paradigma platônico do ser seria irremediavelmente ressuscitado, estimulando uma ontologia que cerceia os potenciais comunicativos dos seres humanos, aprisionando-os àquilo que deve ser pelo que

---

[660] Decompondo a ideia de motivação político-jurídico-instrumental tem-se que: o componente "político" diz respeito à legitimidade, o componente "jurídico" diz respeito à legalidade e o componente "instrumental" diz respeito à exposição fundamentada de que a decisão adotada é legal e legítima, com o fito, portanto, de convencer os cidadãos-administrados quanto ao acerto da decisão final adotada.

[661] Retome-se, mais uma vez, o conceito de *accountability*, dessa vez apresentado por Fernando Filgueiras: "A *accountability* refere-se aos processos políticos e institucionais que configuram a prestação de contas como princípio fundamental para a publicidade da ação de agentes e instituições frente à cidadania. Ou seja, trata-se da construção política da publicidade com base em processos de representação política." (FILGUEIRAS, 2013, p. 264).

é, numa versão filosófica de autoritarismo. Os conceitos jurídicos indeterminados são, como tudo no mundo circundante, passíveis de lapidação de sentido operada pela linguagem e, como tal, realizada por seres capazes de se comunicar.

Por conseguinte, os conceitos jurídicos indeterminados também são "mais ou menos discricionários". São mais discricionários porque, ao serem interpretados/aplicados, emerge uma miríade de possibilidades de decisão a serem exploradas pelos participantes da interação comunicativa, quais sejam, os cidadãos-administrados e o administrador público, golpeando, portanto, o velho paradigma platônico do ser.

São menos discricionários porque a interpretação/aplicação desses conceitos não se dá, como propunha determinada posição doutrinária, de forma insulada em uma determinada subjetividade institucional – a do administrador público –, mas espraia-se por entre a comunidade de direito administrativo, abarcando, também, outras subjetividades não institucionais – os cidadãos-administrados –, o que golpeia, por sua vez, o velho paradigma filosófico da consciência. É a linguagem democratizando as possibilidades e os participantes.

Controle. A temática do controle judicial da discricionariedade administrativa não merecerá, aqui, uma nova abordagem, mesmo porque o assunto encontra-se dogmaticamente esgotado[662], sem que se tenha logrado, apesar de todas as tentativas realizadas, uma solução consensual capaz de indicar, com clareza, o ponto ótimo[663] do controle judicial incidente sobre a atividade administrativa discricionária. Além disso, o objetivo deste estudo não foi analisar a discricionariedade quanto a sua juridicização, mas sim quanto a sua democratização.

O que se deve, neste estudo, salientar é que a participação dos cidadãos-administrados na construção da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto leva ao controle do exercício de competências discricionárias. Ou seja: participar é controlar.

Trata-se, no caso, de um controle social da discricionariedade administrativa pela participação social[664]. Ao oportunizar a colaboração dos cidadãos-administrados na busca pela

---

[662] "O controle da discricionariedade administrativa é um tema clássico da teoria geral do direito público, sobre o que é difícil a estas alturas dizer algo novo." (SÁNCHEZ MORÓN, 1994, p. 9, tradução nossa). (No original: "El control de la discrecionalidad administrativa es un tema clássico de la teoría general del derecho público, sobre el que es difícil a estas alturas decir algo nuevo.").

[663] Ponto ótimo capaz de preservar, com alguma substância, a garantia da separação de poderes.

[664] Neste sentido: "A participação administrativa visa, principalmente, à legitimação dos atos governamentais na execução das atividades finalísticas da administração pública, ou seja, no exercício do Poder de Polícia, na prestação de serviços públicos, no Ordenamento Econômico, no Ordenamento Social e no Fomento Público. Perfaz, assim, uma dupla função: legitima as futuras decisões e amplia o controle de legalidade, de legitimidade e de moralidade daquelas já tomadas." (MOREIRA NETO, 1995, p. 94). Em sentido contrário, adotando uma perspectiva restrita de "política", de modo a apartar participação e controle: "Por conseqüência, não há confundir a participação popular com o controle social, pois o fim de quem efetivamente participa não é atuar um comando

decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, permite-se ao corpo cidadão vigiar a legalidade e a legitimidade da decisão discricionária final.

E, como se viu, em relação à ilegalidade eventualmente presente na decisão discricionária, os cidadãos-administrados podem valer-se dos clássicos instrumentos de correção judicial, ao passo que, em relação à ilegitimidade, podem os cidadãos-administrados recorrer aos atos de desobediência civil. O controle social da discricionariedade administrativa é, assim, um controle de legalidade e de legitimidade[665] realizado pelos atentos olhos da cidadania mobilizada.

Dizer que a participação social na construção da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto apresenta-se como um controle social da atividade discricionária não demarca o papel do poder judiciário em relação à decisão discricionária intersubjetivada e legitimada, nem sobre quem tem a "palavra final" sobre essa decisão.

Com efeito, quanto o maior grau de atendimento ao chamado participativo, ou seja, quanto maior a adesão dos cidadãos-administrados na construção da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, menos intrusivo deve ser o controle judicial[666]. A prudência judicial faz reverenciar a legitimidade da decisão, além de impedir que o judiciário se transforme em um "superego de uma sociedade (pretensamente) órfã" (MAUS, 2000).

Por fim, a quem caberia a palavra final sobre a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto? Aos cidadãos-administrados? À administração pública? Ao judiciário? Ao parlamento? É óbvio que a nenhum deles. Nos lineamentos gerais traçados para a democratização da discricionariedade administrativa, nenhuma instituição ou ator social tem o poder de pretensamente indicar a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto. Isso seria voltar ao paradigma da consciência, ignorando o paradigma da linguagem. A palavra final cabe a todos – subjetividades institucionais e subjetividades sociais – emergida a partir de uma deliberação interinstitucional-social[667].

---

constitucional que força o Estado a olhar para trás. A parte privada, o grupo, ou o conjunto da sociedade, nenhum deles pretende fazer da liberdade ou da cidadania um elemento de anulação do poder político [...]. O objetivo colimado não é fazer 'oposição' ao governo – convenhamos –, mas negociar com ele a produção de uma nova regra jurídica pública." (BRITTO, 1992, p. 120-121).

665 "Tempo, pois, de favorecer o controle de legitimidade, ao lado da eficiência e eficácia, na senda de cobrar a motivação consistente dos atos discricionários e vinculados, ao oposto da ancoragem ilusória no formalismo abstrato ou na liberdade irrestrita do decisionismo irracional." (FREITAS, 2009, p. 19-20).

666 "O juiz deverá considerar, ainda [para fins de controle da discricionariedade], o grau de efetiva participação social no processo de tomada de decisão, como fator a ensejar um controle mais brando." (BINEMBOJM, 2008, p. 241).

667 Para uma análise sobre o diálogo interinstitucional, consultar o excelente livro de Conrado Hübner Mendes (2011).

Fechamento do ciclo. Com essas linhas mestras para uma renovação democratizante da dogmática clássica sobre a discricionariedade administrativa encerra-se este estudo. O convite para a reflexão está feito. Cabe à sociedade e à administração pública fazer com que o exercício da discricionariedade administrativa seja mais que um mero "espetáculo"[668] de legalidade e de subjetividade: é dever de todos a transformação do espetáculo em *perfomance*, caracterizada pela interação, pelo diálogo, pela comunicação. Somente assim o paradigma do Estado Democrático de Direito despir-se-á de suas vestimentas normativas simbólicas[669].

---

[668] "Mas há uma outra dimensão [do "direito administrativo de espetáculo"] a ser considerada, que se relaciona à imunização das escolhas e decisões do governante ao controle direto. Não se nega à Platéia o exercício de opiniões – faz parte do espetáculo a formulação de opiniões por parte do expectador. Mas não se admite que o expectador assuma posição ativa." (JUSTEN FILHO, 2008, p. 73).

[669] "[...] conforme a teoria da ação comunicativa de Habermas, a constitucionalização **simbólica** importa, no **âmbito político**, ou melhor, para os detentores do poder, função primariamente **'instrumental'**. [Mas] permanece válida a tese: em relação ao **domínio do direito**, trata-se do papel hipertroficamente **simbólico** da atividade constituinte e do discurso constitucionalista, na medida em que ambos constituem uma parada de símbolos para a massa dos espectadores, sem produzir os efeitos normativo-jurídicos generalizados previstos no respectivo texto constitucional." (NEVES, 2007, p. 119-120, grifos do autor).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizando este estudo, podem-se sumariar, do seguinte modo, os principais resultados obtidos com a pesquisa sobre a democratização da discricionariedade administrativa no paradigma do Estado Democrático de Direito:

1. O discurso clássico e dogmático da discricionariedade administrativa constitui-se em um mosaico de controvérsias e divergências, que tangencia aspectos como as perspectivas de compreensão da discricionariedade administrativa; a terminologia adequada para rotular a atividade discricionária; a presença – ou não – de discricionariedade nas funções legislativa e judicial; as relações entre discrição e vinculação; a localização da discricionariedade administrativa (principalmente nos elementos do ato administrativo e na configuração lógica da disposição normativa); as correlações entre discricionariedade e outros fenômenos de alguma forma semelhantes (discricionariedade técnica, interpretação, atos políticos ou governamentais e mérito); os limites; os conceitos jurídicos indeterminados; e o controle, em especial, o jurisdicional.

2. Apesar das polêmicas, a discricionariedade administrativa possui dois pontos sob os quais não há maiores problematizações. Esses pontos são chamados de coordenadas da subjetividade e da legalidade. Pela coordenada da subjetividade, a decisão discricionária mais oportuna e/ou conveniente no caso concreto, tendo em vista o interesse público, deve ser subjetivamente apontada pelo administrador público, consultando tão somente sua consciência. Pela coordenada da legalidade, o exercício da discricionariedade administrativa não pode transgredir normas jurídicas encartadas em um determinado ordenamento normativo, sob pena de esse exercício ser denunciado como arbitrário.

3. O paradigma do Estado Democrático de Direito é constituído a partir da filosofia da linguagem, do direito discursivo e da democracia deliberativa. Desse modo, o Estado Democrático de Direito é o paradigma da participação procedimentalizada.

4. Pela filosofia da linguagem, toda a realidade circundante é fruto de uma projeção linguística. O mundo – social, objetivo e subjetivo – não é resultado de uma ontologia inescapável (paradigma filosófico do ser), nem de um pensamento encapsulado em uma subjetividade (paradigma filosófico da consciência): ele é produto de uma interação comunicativa, firmada minimante entre um falante e um ouvinte que se predispõem a se entenderem sobre algo presente no mundo.

5. Isso fica bem claro quando se adotam os pressupostos da pragmática universal consagradora de uma teoria do agir comunicativo. Um falante direciona um ato de fala a um

ouvinte. Esse ato de fala levanta uma pretensão de validade – de correção, de veracidade ou de sinceridade –, que pode ser problematizada ou não pelo respectivo interlocutor. Não ocorrendo a problematização, falante e ouvinte conseguem, de imediato, entender-se sobre algo presente no mundo (agir comunicativo). Do contrário, falante e ouvinte deverão encetar um novo processo comunicativo, em que o diálogo e a troca recíproca de razões visem a permitir que, ao final da interação comunicativa, eles entendam-se sobre algo presente no mundo (discurso). De uma forma ou de outra, o que se pode notar é que a realidade é consequência de uma comunicação estruturada intersubjetivamente entre um falante e um ouvinte.

6. O direito discursivo é um mecanismo teorético voltado para uma produção legítima do direito, uma fundamentação legítima do fenômeno jurídico. Para tanto, é necessária uma série de realinhamentos teóricos, realizada sob o signo das "cooriginariedades": cooriginariedade entre autonomia jurídica pública e autonomia jurídica privada; cooriginariedade entre direito e moral (ainda que o princípio da democracia comporte uma abertura a argumentações ético-políticas e pragmáticas); e cooriginariedade entre direito e política (em que o poder comunicativo deve transformar-se em poder administrativo).

7. A democracia deliberativa fixa as diretrizes impostergáveis para a legitimidade de decisões políticas concretas coletivamente vinculantes. Assim, o âmago da democracia deliberativa é a política deliberativa, pela qual a legitimidade de uma decisão política depende, fundamentalmente, do diálogo, do intercâmbio de razões, pontos de vista, perspectivas e informações entre indivíduos livres e iguais. Numa visão macro, na democracia deliberativa a esfera pública informal emana pressões sobre a esfera pública formal – o parlamento, o executivo e o judiciário.

8. A filosofia da linguagem contribui de várias formas para a democratização da discricionariedade administrativa. Em primeiro lugar, ao delatar o paradigma filosófico informador da concepção clássica de discricionariedade – o paradigma da consciência. Em segundo lugar, ao transformar a velha coordenada da subjetividade na coordenada da intersubjetividade, pela qual o exercício da discricionariedade administrativa não pode mais ocorrer de modo subjetivo, solitário, por parte do administrador público, mas deve ser compartilhado com os cidadãos-administrados. Ou seja, o exercício de competências discricionárias é realizado intersubjetivamente, através da conjugação de uma subjetividade institucional com várias subjetividades sociais. A decisão discricionária mais adequada ao caso concreto não é mais determinada pelo administrador público, mas sim pelo administrador

público e pelos cidadãos-administrados, através de procedimentos comunicativos intersubjetivamente estruturados.

9. O direito discursivo contribui para a democratização da discricionariedade administrativa ao reclamar a participação dos cidadãos-administrados na feitura da norma atributiva de discricionariedade administrativa. Em outras palavras, a autorização normativa para o exercício da discricionariedade administrativa não pode acontecer sem o assentimento participativo dos cidadãos-administrados. Transforma-se, assim, a velha coordenada da legalidade na nova coordenada da legitimidade: os discursos de fundamentação atinentes à discricionariedade administrativa devem ser legítimos, o que se garante com a participação social na construção da norma atributiva de discricionariedade administrativa.

10. A democracia deliberativa contribui para a democratização da discricionariedade administrativa ao salientar que os discursos de aplicação de competências discricionárias devem contar, também, com a participação dos cidadãos-administrados. Assim, a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto deve ser resultado do diálogo intersubjetivo entre cidadãos-administrados e administrador público. Logo, renova-se a velha coordenada da legalidade, convolando-a na nova coordenada da legitimidade: os discursos de aplicação da discricionariedade administrativa devem dar-se por meio da participação dos cidadãos-administrados, juntamente com o administrador público, de modo que ambas as partes do processo comunicativo possam, conjuntamente, construir a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto.

11. E, desse modo, torna-se mais clara a proposta deste estudo – a democratização da discricionariedade administrativa. A democratização de competências discricionárias opera-se essencialmente em dois sentidos: no plano da formulação da norma atributiva de discricionariedade administrativa e no plano da aplicação da discricionariedade, em que há a busca pela decisão discricionária mais adequada ao caso concreto. Isso garante a plena e completa legitimidade da discricionariedade administrativa. Em ambos os casos (fundamentação e aplicação da discricionariedade administrativa), requer-se a participação dos cidadãos-administrados – sem exclusão, evidentemente, do administrador público –, permeada, como não poderia deixar de ser, de diálogo, de intercâmbio de razões, de pontos de vista, de perspectivas, de informações, no que se faz sentir a coordenada da intersubjetividade comunicativamente estruturada.

12. Claro, essa democratização da discricionariedade administrativa merece, para fins de efetividade, uma ancoragem empírica. Trata-se de refinamentos necessários para a própria funcionalidade fática da discricionariedade administrativa democrática.

13. *Primeiro*: o consenso não é um dado inexorável para a democratização da discricionariedade administrativa. Exigir sempre o consenso é estimular o fracasso do modelo democrático de discricionariedade administrativa. Se não ocorre o consenso entre cidadãos-administrados e administrador público sobre a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, a decisão passa com exclusividade para as mãos do administrador público, que, no entanto, fica na contingência de motivar político-jurídico-instrumentalmente (*accountability*) sua decisão subjetiva.

Segundo: tanto os cidadãos-administrados atingidos quanto os cidadãos-administrados interessados podem participar do processo de construção da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto. Isso garante um mínimo de participação cidadã no contexto discricionário, evitando a desmobilização cidadã.

Terceiro: o modelo de discricionariedade administrativa democrática foi proposto unicamente para decisões administrativas discricionárias capazes de ter ampla repercussão no tecido social. Ou seja, somente interesses metaindividuais tocados pelo fenômeno discricionário comportam o exercício democrático da discricionariedade administrativa. Repare-se que os participantes são os "cidadãos-administrados" (plural, portanto), o que afasta interesses meramente individuais – que são atinentes a um específico "cidadão-administrado".

Quarto: não se pode ter muito otimismo em relação à democratização da discricionariedade administrativa. Isso porque a abertura procedimental à participação social pode oportunizar a presença de interesses individuais que visem a capturar a opinião oriunda da arena deliberativa com o propósito de implementar suas vontades mais subterrâneas. É necessário, portanto, estar vigilante quanto à intromissão de interesses egoísticos.

Quinto: nem todas as decisões discricionárias são passíveis de democratização pela participação dos cidadãos-administrados. Com efeito, nos casos de urgência, em que a decisão deve ser tomada repentinamente, é plenamente inviável a participação dos cidadãos-administrados, por ser contraproducente ao interesse público. Verificado o caso da discricionariedade "relâmpago", deve o administrador público agir de prontidão, consultando prudentemente sua consciência quanto à decisão discricionária mais adequada ao caso concreto. Também a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto será tomada insularmente pelo administrador público quando os cidadãos-administrados não atenderem suficientemente à convocação para a deliberação. A democracia somente pode subsistir quando há, de fato, interessados em usufruir de suas potencialidades.

Sexto: se a administração não honra a decisão discricionária concertada conjuntamente com os cidadãos-administrados, ou seja, se a administração adota decisão completamente distinta daquela construída intersubjetivamente, a melhor solução é os cidadãos-administrados valerem-se de atos de desobediência civil realizados com o fim de restaurar a confiança na legitimidade, de modo a pressionar a administração pública a rever a decisão trapaceira.

Sétimo: deve-se oportunizar a participação dos cidadãos-administrados na confecção da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto porque a cidadania administrativa acarreta vários benefícios para a decisão discricionária. Os mencionados benefícios são: maior volume de informações; maior previsibilidade da atuação administrativa, o que contempla a segurança jurídica; maior publicidade e transparência no processo decisório; maior legitimidade da decisão discricionária, o que fomenta a própria efetividade da decisão; e promoção da autodeterminação social acoplada à emancipação do cidadão.

Oitavo: cabe ao Estado-administração institucionalizar as técnicas participativas capazes de permitir a contribuição dos cidadãos-administrados no que respeita à decisão discricionária mais adequada ao caso concreto. Levando a cabo esse dever normativo reclamado pelo próprio paradigma do Estado Democrático de Direito, a democratização da discricionariedade administrativa estará minimamente resguardada.

14. A questão mais importante em relação à ancoragem empírica da discricionariedade administrativa é o problema do "como". Essa questão é solucionada quando os cidadãos-administrados e o administrador público mergulham nos meandros de possibilidades institucionais do processo administrativo. Portanto, à democratização da discricionariedade administrativa subjaz necessariamente um processo administrativo plenamente institucionalizado. Relembre-se que o paradigma do Estado Democrático de Direito foi sintetizado como paradigma da participação procedimentalizada. O processo administrativo voltado para a busca intersubjetiva e legítima da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto visa a concretizar direitos fundamentais metaindividuais através da participação individual de cada cidadão-administrado presente na arena deliberativa.

15. A discricionariedade administrativa democrática, apoiada substancialmente nas noções de linguagem, discurso e deliberação – apoiada, portanto, no paradigma do Estado Democrático de Direito – provoca uma série de renovações no discurso clássico e dogmático da discricionariedade administrativa. As renovações mais importantes são as seguintes: (i) o ilegítimo também deve ser encarado como arbitrário; (ii) tudo é "mais ou menos discricionário", no sentido de que há várias possibilidades de decisão – fim do paradigma

filosófico do ser –, mas esse universo de possibilidades de decisão não pode ser explorado por uma única subjetividade, mas por múltiplas subjetividades (institucionais e sociais), através de processos comunicativos linguisticamente mediados – fim do paradigma da consciência. Essa noção de que "tudo é mais ou menos discricionário" repercute decisivamente nas noções de vinculação, interpretação, localização da discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados; (iii) emerge um novo limite à atividade administrativa discricionária: o limite da legitimidade, pelo qual a decisão discricionária deve reverberar, em alguma medida, as demandas articuladas pelos cidadãos-administrados durante o processo intersubjetivo de construção da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto, o que se aufere através da motivação político-jurídico-instrumental (*accountability*); e (iv) a participação dos cidadãos-administrados na confecção da decisão discricionária mais adequada ao caso concreto torna menos difuso o controle social da discricionariedade administrativa: participar é controlar. E esse controle social não é somente de legalidade, mas também de legitimidade. Outro ponto: a decisão discricionária mais adequada ao caso concreto lapidada em conjunto entre cidadãos-administrados e administrador público deve amenizar o apetite controlador do poder judiciário. Trata-se, no caso, de uma postura respeitante e reverente do judiciário frente às mobilizações cidadãs. E por fim: ninguém (administração pública, cidadãos-administrados e poder judiciário) tem a palavra final sobre a discricionariedade administrativa, porque essa palavra final cabe a todos.

Esses são, em resumo, os principais pontos abordados pela pesquisa. Para finalizar, somente uma rápida reflexão não realizada no corpo do estudo, propositalmente, portanto, reservada para as considerações finais. É a questão do "quando". É sabido que, atualmente, o exercício da discricionariedade administrativa, na maioria esmagadora dos casos, permanece atrelado às velhas coordenadas da subjetividade e da legalidade. Quando, então, o modelo da discricionariedade administrativa democrática (intersubjetividade e legitimidade) conseguirá reunir forças para se impor como o modelo corriqueiro de exercício da discricionariedade administrativa?

Por certo, cidadãos-administrados, administração pública, judiciário, legislativo, acadêmicos, operadores do direito, sociólogos e filósofos não têm condições materiais para dar uma resposta peremptória. Isso porque tal resposta somente pode ser dada por uma grandeza incontornável: o tempo. Só o tempo dirá quando a discricionariedade administrativa democrática será uma realidade em nossas práticas administrativas.

Há motivos para pessimismo? Acredita-se que não. A se olhar o retrovisor da história administrativa, tão caracterizada por unilateralismos, supremacias, dominações e

autoritarismos dos mais distintos estilos, há razões para a esperança, porque, cada vez mais, faz-se sentir a presença da democracia administrativa. Se se faz sentir a presença da democracia administrativa, é sinal de que o projeto do Estado Democrático de Direito não está completamente fadado ao fracasso. A se conferir, portanto.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. de Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADVERSE, Helton. Republicanismo. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013a. p. 27-36.

ADVERSE, Helton. Decisionismo. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013b. p. 77-83.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. A democracia semidireta na constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 8, n. 33, p. 141-173, out./dez. 2000.

ALESSI, Renato. **Diritto amministrativo**: Le fonti – i soggetti attivi e passivi e l'esplicazione della funzione amministrativa. Milano: Giuffrè, 1949.

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Trad. de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. Tomo I.

ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. In: DI PIETRO, Maria Silvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo: atos administrativos, bens públicos e intervenção administrativa na propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1.213-1.261.

ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. Vinculação e discrição na teoria dos atos administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo: atos administrativos, bens públicos e intervenção administrativa na propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1.149-1.161.

ALMEIDA, Guido Antonio de. **Linguagem e ação comunicativa**: introdução à análise pragmática do discurso. 1981. 227 f. Tese (concurso para professor titular) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Belo Horizonte.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina,1992.

ANDREWS, Christina W.; KOUZMIN, Alexander. O discurso da nova administração pública. **Lua Nova**, São Paulo, s/v, n. 45, p. 97-129, 1998.

ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. **Habermas**: filósofo e sociólogo do nosso tempo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

ARAUJO, Cicero. Razão pública, bem comum e decisão democrática. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). **Participação e deliberação**: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 157-172.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ARAÚJO, Inês Lacerda. **Do signo ao discurso**: introdução à filosofia da linguagem. São Paulo: Parábola Editorial, 2004.

ARAÚJO, Marinella Machado *et al*. **Controle social da discricionariedade administrativa**. 2014. No prelo.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 3. ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011.

AUDIARD, Catherine. **Cidadania e democracia deliberativa**. Trad. de Walter Valdevino. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer**: palavras e ação. Trad. de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

AUTIERI, Tiziana. La motivazione *per relationem*. In: DE PAOLIS, Maurizio (coord.). **La motivazione del provvedimento amministrativo**: raccolta di dottrina, giurisprudenza e legislazione. Padova: CEDAM, 2002. p. 53-59.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. **Lua Nova**, São Paulo, s/v, n. 50, p. 25-47, mai./ago. 2000.

AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander (Org.). **A inovação democrática no Brasil**: o orçamento participativo. São Paulo: Cortez, 2003.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 35. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1996.

BACIGALUPO, Mariano. **La discrecionalidad administrativa**: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos procedimentos de exercício da cidadania perante a administração pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo: controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 903-953.

BARBER, Benjamin. **Strong democracy**: participatory politics for a new age. Berkeley: University of California, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 31-63.

BARRUFINI, José Carlos Toseti. **Conceito de função administrativa**. Revista Justitia, São Paulo, v. 100, p. 111-136, 1978.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. **Discrecionalidad administrativa y constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. Trad. de Denilson Luis Werle e Rúrion Soares Melo. In: MELO, Rúrion Soares; WERLE, Denilson Luis (Org.). **Democracia deliberativa**. São Paulo: Editora Esfera Pública, Editora Singular, 2007. p. 47-80.

BENHABIB, Seyla. Rumo a um modelo deliberativo de legitimidade democrática. Trad. de Ângela Cristina Salgueiro Marques. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (Org.). **A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas**: textos fundamentais. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 109-142.

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

BOBBIO, Norberto**. O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. d Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Terra e Paz, 1986.

BOBBIO, Norberto**. Liberalismo e democracia**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl. **Lecciones sobre el acto administrativo**. Madrid: Civitas, 2002.

BOHMAN, James. O que é deliberação pública? Uma abordagem dialógica. Trad. de Ângela Cristina Salgueiro Marques. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (Org.). **A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas**: textos fundamentais. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 31-84.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 21 ma. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 473, de 12 de dezembro de 1969**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 21 mai. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 abr. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 24 mai. 2014.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 24 mai. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: RMS 14967/SP. Relator: Vicente Leal. **Diário de Justiça**, Brasília, 22 abr. 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: REsp 879188/RS. Relator: Humberto Martins. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 02 jun. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: AgRg no REsp 670453/RJ. Relator: Celso Limongi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 fevereiro 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: RMS 28911/RJ. Relatora: Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: Recurso Especial 1213467/RS. Relatora: Marilza Maynard. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 maio 2013.

BRAZ, Petrônio. **Atos administrativos**. Leme: Editora de Direito, 1997.

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 189, p. 114-122, jul./set. 1992.

BRUNKHORST, Hauke. A globalização da democracia sem Estado: público fraco, público forte, constitucionalismo global. In: MATTOS, Patrícia; SOUZA, Jessé (Org.). **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007. p. 141-162.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 7. ed. Lisboa: Coimbra, 1965.

CALMON, Pedro. **Curso de teoria geral do Estado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v. 4, n. 16, p. 23-38, out./dez., 2002.

CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa; FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. **Processo administrativo**: comentários à Lei n. 9.784/99. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CAMPAZ, Walter. Discricionariedade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo: atos administrativos, bens públicos e intervenção administrativa na propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1.299-1.313.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o estado de direito. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.43-77.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do Estado e da constituição e direito constitucional positivo. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO, Paulo Neves de. **Da revogação no direito administrativo**. Belo Horizonte: Gráfica Santa Maria, 1951.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal**: comentários à Lei 9.784 de 29/1/1999. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-42.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, mar./2012.

CARLOS CASSAGNE, Juan. **El acto administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974.

CASSESE, Sabino. As transformações do direito administrativo do século XIX ao século XXI. **Interesse Público**, São Paulo, v. 5, n. 24, p. 13-23, mar./abr. 2004.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. Vol. I.

CERQUINHO, Percival Júlio Vaz. **O desvio do poder nos atos administrativos**. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1977.

CHAMBERS, Simone. A teoria democrática deliberativa. Trad. de Ângela Cristina Salgueiro Marques. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (Org.). **A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas**: textos fundamentais. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 239-367.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHRISTIANO, Thomas. A importância da deliberação pública. Trad. de Denílson Luis Werle e Rúrion Soares Melo. In: MELO, Rúrion Soares; WERLE, Denílson Luis (Org.). **Democracia deliberativa**. São Paulo: Editora Esfera Pública, Editora Singular, 2007. p. 81-114.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CITTADINO, Gisele. Mandado de injunção. In: AVRITZER, Leonardo *et al* (Org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 513-521.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação de ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. Trad. de Denilson Luis Werle e Rúrion Soares Melo. In: MELO, Rúrion Soares; WERLE, Denilson Luis (Org.). **Democracia deliberativa**. São Paulo: Editora Esfera Pública, Editora Singular, 2007. p. 115-144.

COHEN, Joshua. Deliberação e legitimidade democrática. Trad. de Ângela Cristina Salgueiro Marques. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (Org.). **A deliberação pública e suas dimensões sócias, políticas e comunicativas**: textos fundamentais. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 85-108.

COOKE, Maeve. Cinco argumentos a favor da democracia deliberativa. Trad. de Ângela Cristina Salgueiro Marques. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (Org.). **A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas**: textos fundamentais. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 143-174.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional. **Cadernos de Justiça Administrativa**, Braga, s/v, n. 70, p. 32-57, jul./ago. 2008.

COSTA, Claudio. **Filosofia da linguagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

COSTA, Regenaldo da. **Ética do discurso e verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COSTA, Regenaldo da. Discurso, direito e democracia em Habermas. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 37-52.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Justitia**, São Paulo, v. 145, n. 51, p. 34-54, jan./mar. 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. Vol. II.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do ato administrativo**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Anulação do ato administrativo por desvio de poder**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate**: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta**: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia**: uma introdução crítica. Trad. de Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009.

DAHL, Robert A. **Um prefácio à teoria democrática**. Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**: participação e oposição. Trad. de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: EDUSP, 1997.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DAROCA, Eva Desdentado. Crisis y transformación del derecho administrativo. In: LINARES MARTÍNEZ, Aurilivi; SADDY, André (Coord.). **Direito das infraestruturas**: um estudo dos distintos mercados regulados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1-21.

DEL CLARO, Maria Ângela Marques. O direito administrativo e a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, s/v, n. 40, p. 163-176, jan. 2004.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno**: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro setor e Estado**: legitimidade e regulação – por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Altas, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Altas, 2007.

DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. Trad. de Gustavo Castro Alves Araujo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. Trad. de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: EDUSP, 1999.

DRYZEK, John S. Legitimidade e economia na democracia deliberativa. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). **Participação e deliberação**: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 41-62.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

ELSTER, Jon. O mercado e o fórum: três variações na teoria política. Trad. de Denilson Luis Werle e Rúrion Soares Melo. In: MELO, Rúrion Soares; WERLE, Denilson Luis (Org.). **Democracia deliberativa**. São Paulo: Editara Esfera Pública, Editora Singular, 2007. p. 223-252.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1999.

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

FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. **Lua Nova**, São Paulo, s/v, n. 49, p. 47-68, 2000.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramon; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Curso de derecho administrativo**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1981. V. II.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Curso de direito administrativo**. Trad. de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón**. De la arbitrariedad de la administración**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 65-72, abr./jun. 2003.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica do princípio da proporcionalidade**: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

FERRAZ, Sérgio. Controle jurisdicional do mérito do ato administrativo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Perspectivas do direito público**: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 291-306.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Pinto. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. Vol. II.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Direito administrativo didático**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. A identidade da "função de controle da administração pública" no contexto da jurisdição. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Perspectivas do direito público**: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 337-373.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **O controle da administração pública pelo judiciário: direito aplicado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FILGUEIRAS, Fernando. *Accountability* e justiça. In: AVRITZER, Leonardo *et al*. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 261-268.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FIORINI, Bartolomé. **La discrecionalidad en la administracion publica**. Buenos Aires: Alfa, 1952.

FIORINI, Bartolomé. **Teoría jurídica del acto administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.

FISCHER, Nilton Bueno; MOLL, Jaqueline. **Por uma nova esfera pública**: a experiência do orçamento participativo. Petrópolis: Vozes, 2000.

FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo**. Trad. de Sabino Gendin. Barcelona: Labor, 1933.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. 5. ed. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1958.

FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**. 15. ed. Mexico: Porrúa, 1973.

FRAGOLA, Umberto. **Gli atti amministrativi**. 2. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1964.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**: no regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FRANCISCO LINARES, Juan. **Poder discrecional administrativo**: arbitrio administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

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

FREITAG, Bárbara. **Habermas e a teoria da modernidade**. Brasília: Casa das Musas, 2004.

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

FUNG, Archon. Receitas para as esferas públicas: oito desenhos institucionais e suas conseqüências. Trad. de Mauro Victoria Soares. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). **Participação e deliberação**: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 173-209.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003. V. I.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCIA, Emerson. O direito comunitário e o controle do poder discricionário pela justiça administrativa. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 205-287.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo**: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. Madrid: Civitas, 1974.

GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de derecho administrativo**: parte general. 4. ed. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1966. Vol. I.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GENRO, Tarso Fernando; SOUZA, Ubiratan de. **Orçamento participativo**: a experiência de Porto Alegre. 3. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999.

GIANNINI, Massimo Severo. **Il potere discrezionale della pubblica amministrazione**: concetto e problemi. Milano: Giuffrè, 1939.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONZALES PEREZ, Jesus. **El procedimento administrativo**. Madrid: Abella, 1964.

GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. Trad. de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: parte general. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomo 1.

GORDILLO, Agustín. Participación administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo: controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a. p. 654-667.

GORDILLO, Agustín. Ideas sobre participación en America Latina. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo: controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b. p. 643-654.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Trad. de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia**? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Perspectivas do direito público**: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 307-335.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, s/v, n. 24, p. 61-115, dez./mar. 1998/1999.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na administração pública. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 132-144, abr./jun. 2002.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

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

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GUTMANN, Amy. A desarmonia da democracia. Trad. de Álvaro de Vita. **Lua Nova**, São Paulo, s/v, n. 36, p. 5-37, 1995.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Trad. de Bruno Oliveira Maciel. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 17-78, jan./mar. 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Trad. de V. Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Trad. de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria y praxis**: estudios de filosofía social. Trad. de Carlos Moya e Salvador Mas Torres. Madrid: Tecnos, 1987a.

HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. Trad. de Carlos Alberto Marques Novaes. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 18, p. 103-114, set. 1987b.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Passado como futuro**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Trad. de Álvaro de Vita e Gabriel Cohn. **Lua Nova**, São Paulo, s/v, n. 36, p. 39-54, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Trad. de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Trad. de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen**. Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. Vol. II.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Comunicação política na sociedade mediática: o impacto da teoria normativa na pesquisa empírica. Trad. de Ângela Cristina Salgueiro Marques. **Revista Líbero**, São Paulo, v. 11, n. 21, p. 9-20, jan./jun. 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. de Flavio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. Vol. I.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012a. Vol. II.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Trad. de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012b. Vol. I.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HARVEY, David. **La condición de la posmodernidad**: investigación sobre los orígenes del cambio cultural. Trad. de Martha Eguía. Buenos Aires: Amorrortu, 1998.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Trad. de María Hernández. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

HIRST, Paul. **A democracia representativa e seus limites**. Trad. de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.

HONNETH, Axel. Democracia como cooperação reflexiva: Jonh Dewey e a teoria democrática hoje. Trad. de Lúcio Rennó. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 63-92.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

HULSHOF, Monique; KEINERT, Maurício Cardoso; MELO, Rúrion Soares. Diferenciação e complementaridade entre direito e moral. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 73-90.

JANNOTTI, Onaldo Franco. Origem lógico-normativa da discricionariedade. In: DI PIETRO, Maria Silva Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo: atos administrativos, bens públicos e intervenção administrativa na propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1.899-1.212.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**: el funcionamiento de los servicios públicos. Trad. de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949. V. III.

JORGE ESCOLA, Héctor. **Compendio de derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1990. Vol. I.

JUAN SESIN, Domingo. **Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica**: nuevos mecanismos de control judicial: análisis jurisprudencial. Buenos Aires: Depalma, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65-85.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KRELL, Andreas Joachim. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v. 5, n. 23, p. 21-49, jan./fev. 2004.

KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. de Beatriz Vianna e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. **Manuale di diritto amministrativo**. 10. ed. Milano: Giuffrè, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In: LEAL, Rogério Gesta

(Org.). **Administração pública e participação social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. p. 384-411.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público e outros problemas**. Brasília: Ministério de Justiça, 1997.

LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LUBENOW, Jorge Adriano. Política deliberativa: modelo teórico e referências empíricas. **Argumentos**: Revista de Filosofia, Fortaleza, v. 4, n. 8, p. 199-209, jul./dez 2012.

MACPHERSON, Crawford Bough. **Democracia liberal**: origens e evolução. Trad. de Nathanael Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. **Filosofia analítica e filosofia política**: a dimensão pública da linguagem. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

MANSBRIDGE, Jane. A conversação cotidiana no sistema deliberativo. Trad. de Ângela Cristina Salgueiro Marques. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (Org.). **A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas**: textos fundamentais. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 207-238.

MAIA, Antônio Carlos de Souza Cavalcanti. **Jürgen Habermas**: filósofo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAJADAS, Márcia Fratari. Desvio de poder no direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, s/v, n. 228, p. 111-120, abr./jun. 2004.

MALACHINI, Edson Ribas. **Ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 1990.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Sandra Regina. A concreção do poder discricionário. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo: atos administrativos, bens públicos e intervenção administrativa na propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1.263-1.276.

MANIN, Bernard. Legitimidade e deliberação política. Trad. de Denilson Luis Werle e Rúrion Soares Melo. In: MELO, Rúrion Soares; WERLE, Denilson Luis (Org.). **Democracia deliberativa**. São Paulo: Editora Esfera Pública, Editora Singular, 2007. p. 15-46.

MARCONDES, Danilo. **Filosofia, linguagem e comunicação**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

MARIA DIEZ, Manuel. **El acto administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Argentina, 1961.

MARIAL, Héctor. **Control judicial de la administración pública**. Buenos Aires: Depalma, 1984. Vol. I.

MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro. As interseções entre processo comunicativo e a deliberação pública. In: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro (Org.). **A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas**: textos fundamentais. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 11-28.

MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. **Processo administrativo**: lei n. 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Teoria do Estado**: uma introdução crítica ao Estado Democrático Liberal (notas críticas à teoria hegemônica da democracia a partir do paradigma participacionista). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa; NADAI, Bruno. Paradigmas de direito: compreensão e limites. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 269-282.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, novembro 2000.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**: parte general. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. Parâmetros de controle da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 79-90.

MEDAUAR, Odete. Administração pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 405-419.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDAUAR, Odete. Poder discricionário da administração. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo: atos administrativos, bens públicos e intervenção administrativa na propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1.175-1.187.

MEILÁN GIL, José Luis. El acto administrativo como categoría jurídica. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 9, n. 38, p. 13-38, out. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. A administração pública e seus controles. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFEDL, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo:controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 67-77.

MELO, Rúrion Soares; VITALE, Denise. Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 223-247.

MELO, Rúrion Soares; WERLE, Denilson Luis. Apresentação. In: MELO, Rúrion Soares; WERLE, Denilson Luis (Org.). **Democracia deliberativa**. São Paulo: Editora Esfera Pública, Editora Singular, 2007. p. 7-12.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Vol. I.

MELLO, Rafael Munhoz de. O desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, s/v, n. 228, p. 31-66, abr./mai./jun. 2002.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Cynthia Trevilatto de Vasconcelos. Aspectos do controle judicial da discricionariedade administrativa no Brasil: teorias ampliativas. In: BERNARDES, Wilba Lúcia Maia; CHAVES, Glenda Rose Gonçalves; MOUREIRA, Diogo Luna (Coord.). **Direito público**: perspectivas e atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 109-127.

MERKL, Adolfo. **Teoría general del derecho administrativo**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.

MICHELMAN, Frank. Como as pessoas podem criar as leis? Uma crítica à democracia deliberativa. Trad. de Denilson Luis Werle e Rúrion Soares Melo. In: MELO, Rúrion Soares;

WERLE, Denilson Luis (Org.). **Democracia deliberativa**. São Paulo: Editora Esfera Pública, Editora Singular, 2007. p. 195-222.

MIELE, Giovanni. **Principî di diritto amministrativo**: introduzione, nozioni generali, le fonti. 2. ed. Padova: CEDAM, 1966.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: apelação cível 1.0024.06.215987-6/001. Relator Des. Fernando Bráulio. Julgado em 06 nov. 2008. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 16 set. 2013.

MINAS GERAIS. Lei n. 14.184, de 30 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da administração pública estadual. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 1 fev. 2002. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=14184&ano=2002>. Acesso em: 21 mai. 2014.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. Processo: reexame necessário 1.0241.09.032373-4/001. Relator Des. Bitencourt Marcondes. Julgado em 04 jul. 2013a. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 16 set. 2013.

MINAS GERAIS. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Minas Gerais**. 15. ed. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2013b.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. Processo: apelação cível 1.0024.10.090229-5/002. Relator: Versiani Penna. Julgado em 29 ago. 2013c. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 15 out. 2013.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

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

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa e judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, Estado e administração pública**: prospectivas visando ao realinhamento constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Uma nova administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, p. 179-182, abr./jun. 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOTA, Carlos Pinto Coelho. Controles da administração pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFEDL, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo:controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 45-66.

MOUFFE, Chantal. **O retorno do político**. Trad. de Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NOBRE, Marcos. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). **Participação e deliberação**: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 21-40.

NOBRE, Marcos. Introdução. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p.15-36.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Função administrativa e participação popular. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo: controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 699-712.

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

NORRIS, Pippa. **Critical citizens**: global support for democratic governance. New York: Oxford University Press, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Lei de acesso à informação**: reconstrução da verdade histórica, ambientes regulatórios e o direito à intimidade. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. Trad. de Clarice Cohn e Alvaro Augusto Comin. **Lua Nova**, São Paulo, s/v, n. 44, p. 27-54, 1998.

OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado**: transformações contemporâneas do trabalho e da política. Trad. de Wanda Caldeira Brant. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

OHLWEILER, Leonel. Administração pública e democracia: perspectivas em um mundo globalizado. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 33, n. 87, p. 97-111, jan./abr. 2000.

OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. **Controle da discricionariedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumento de ação. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, p. 31-50, abr./jun. 2008.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

OLIVERA TORO, Jorge. **Manual de derecho administrativo**. 2. ed. Mexico: Porrua, 1967.

OSTRENSKY, Eunice. Liberalismo clássico. In: AVRITZER; Leonardo *at al*. (Org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 47-54.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Trad. de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Terra e Paz, 1992.

PENCO, Carlo. **Introdução à filosofia da linguagem**. Trad. de Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 2006.

PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Ática, 1962.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, s/v, n. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. O controle da administração pública na constituição brasileira. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFEDL, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo:controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 79-100.

PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. Trad. de Tito Lívio Cruz Romão. In: In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 370-384.

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

POGREBINSCHI, Thamy. Democracia pragmática: pressupostos de uma teoria normativa empiricamente orientada. **Dados**, Rio de Janeiro, n. 3, v. p. 657-693, 2010.

POLTRONIERI, Renato. **Discricionariedade dos atos administrativos e a ambiguidade da norma jurídica positiva**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PUTNAM, Robert. **Comunidade e democracia**: a experiência da Itália moderna. Trad. de Luiz Alberto Monjardim. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2000.

PRZEWORSKI, Adam. Deliberação e dominação ideológica. Trad. de Denilson Luis Werle e Rúrion Soares Melo. In: MELO, Rúrion Soares; WERLE, Denilson Luis (Org.). **Democracia deliberativa**. São Paulo: Editora Esfera Pública, Editora Singular, 2007. p. 277-289.

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

RAMON REAL, Alberto. El control de la administración. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFEDL, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo:controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 25-43.

REALE, Miguel. Limites da discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo: atos administrativos, bens públicos e intervenção administrativa na propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1.163-1.173.

RÉGNIER, João Roberto Santos. **Discricionariedade administrativa**: significação, efeitos e controle. São Paulo: Malheiros, 1997.

REIS, Fábio Wanderley. Deliberação, interesses e “sociedade civil”. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). **Participação e deliberação**: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 63-92.

REPA, Luiz Sérgio. **A transformação da filosofia em Jürgen Habermas**: os papéis de reconstrução, interpretação e crítica. São Paulo: Editora Esfera Pública; Editora Singular, 2008a.

REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008b. p. 55-72.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

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

RUBEN CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972.

SALVATORE, Messina. **La discrezionalità nel diritto penale**. Roma: Ateneo, 1955.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Adeus aos métodos? Hermenêutica, pragmática e argumentação constitucional. In: MORAES, Filomeno; ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (Coord.). **Direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 361-438.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Tecnos, 1994.

SANDULLI, Aldo. **Manuale di diritto amministrativo**. 9. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1966.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**: o debate contemporâneo. Trad. de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

SEARLE, Jonh R. **Expressão e significado**: estudos da teoria dos atos de fala. Trad. de Ana Cecília G. A. de Camargo e Ana Luiza Marcondes Garcia. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 37-54.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad. de Sergio Góes de Paula. Rio d Janeiro: Zahar, 1984.

SICCA, Gerson dos Santos. **Discricionariedade administrativa**: conceitos indeterminados e aplicação. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**: Cadernos de Direito Público, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 95-110, 2004.

SILVA, Felipe Gonçalves. A solidariedade entre público e privado. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91-116.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA CENSIO, Jorge. El control de la administración. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFEDL, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo: controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 101-121.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito administrativo de participação**: cidadania, direito, Estado e município. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: novos paradigmas em face da globalização. 4. ed. São Paulo: Altas, 2011.

SOARES, Mauro V.; WERLE, Denílson. Política e direito: a questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117-146.

SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada**: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. A decisão de legislar. **Legislação**: Cadernos de Ciência da Legislação, Oeiras, s/v, n. 1, p. 15-38, abr./jun. 1991.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia as condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Discricionariedade e revogação do ato administrativo**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, 1986.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os *clips* e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 87-93.

SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo: atos administrativos, bens públicos e intervenção administrativa na propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a. p. 653-670.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012b.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito administrativo: controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012c. p. 825-839.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, s/v, n. 237, p. 317-326, jul./set. 2004.

UGARTE, Pedro Salazar. Que participação para qual democracia? In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). **Participação e deliberação**: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 93-106.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. **Democracia enclausurada**: um debate crítico sobre a democracia representativa contemporânea. Brasília: Plenarium, 2006.

VALLES, Arnaldo de. **Elementi di diritto amministrativo**. Padova: Cedam, 1951.

VELLOSO, Galba. **Desvio de poder**: doutrina – jurisprudência – aplicação prática. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIRGA, Pietro. **Diritto amministrativo**: atti e ricorsi. Milano: Giuffrè, 1987. Vol. II.

VITA, Álvaro de. Democracia e justiça. **Lua Nova**, São Paulo, s/v, n. 50, p. 5-23, 2000.

WAGNER, Roy. **A invenção da cultura**. Trad. de Alexandre Morales e Marcela Coelho de Souza. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

WALZER, Michael. Deliberação, e o que mais? Trad. de Denilson Luis Werle e Rúrion Soares Melo. In: MELO, Rúrion Soares; WERLE, Denilson Luis (Org.). **Democracia deliberativa**. São Paulo: Editora Esfera Pública, Editora Singular, 2007. p. 299-312.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis Editor, 1984.

WERLE, Denílson Luís. Democracia deliberativa e os limites da razão pública. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). **Participação e deliberação**: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 131-156.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico**. **Investigações Filosóficas**. Trad. de M. S. Lourenço. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

YOUNG, Iris Marion. Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa. Trad. de Márcia Prates. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 365-386.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**: principî generali. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1946. Vol. I.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.