Direito do Estado.com.br
O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 21 – janeiro/fevereiro/março de 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA - CRÍTICAS E PROPOSTAS

Prof. Sérgio Guerra

Doutor e Mestre em Direito. Professor de Direito Administrativo do Curso de Graduação, Pós-Graduação Lato Sensu e Stricto Sensu da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Diretor Executivo da Revista de Direito Administrativo – RDA.

SUMÁRIO: Introdução, 1. Estruturação básica da discricionariedade administrativa: a vinculação positiva e negativa à lei. 2. Sustentabilidade da discricionariedade administrativa por meio do binômio conveniência/oportunidade. 3. Crítica à escolha discricionária no pós-positivismo do século XXI. 4 Nova fórmula de direito administrativo: a reflexividade administrativa sob o binômio prevenção/mediação. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Parece não haver dissenso sobre que, na origem, o "poder" discricionário aparece como necessário elemento na gradual formação do Direito, ou das normas jurídicas; é ele que as torna sucessivamente mais concretas[1]. Entretanto, o conceito doutrinário de discricionariedade, examinado sob a forma de vinculação positiva e negativa à lei, nunca chegou a um consenso, estando longe de ser uníssono.

Bem por isso, Miguel Sánchez Morón[2], ao ressaltar a discricionariedade administrativa como um conceito clássico da Teoria do Direito Público[3], assevera que é difícil a esta altura dizer algo novo acerca do

[1] QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 6, p.41-78, out. 1946. p. 44.
[2] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 9.
[3] Nas lições de Karl Engisch, "o conceito de discricionariedade (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito". ENGISCH, Karl. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico***.** 8. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 214. Nesse mesmo sentido, César David Ciriano Vela

tema. É um problema sempre recorrente, sobre o qual a polêmica jamais parece se esgotar[4].

O fato é que o tema volta às pautas acadêmicas diante da constatação de que o direito administrativo presente na sociedade pluriclasse não se pode caracterizar com a mesma disciplina dos séculos XIX e XX. Deve acompanhar as características e os riscos por que passa a sociedade contemporânea, que, por isso, clama por uma releitura de categorias, fórmulas e institutos desse ramo do direito público, cunhados há mais de um século.

O direito administrativo pátrio, especialmente no tocante à discricionariedade administrativa como tema dos mais complexos na organização da divisão de funções estatais, absorvendo os influxos da globalização e do amplo processo neoliberalizante, vem passando por

---

aduz que, com independência dos distintos conceitos e técnicas de controle utilizados, em todos os países se considera que o estudo da discricionariedade é uma das questões mais importantes do Direito de nossos dias e, em especial, do direito administrativo. Por isso, é absolutamente necessário um aprofundamento em sua análise. CIRIANO VELA, César David. *Administración económica y discrecionalidad (un análisis normativo e jurisprudencial)*. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 65. Em idêntico posicionamento, Francisco López Menudo sustenta que a discricionariedade é um tema clássico, ou quiçá possa qualificá-lo como neoclássico. LÓPEZ MENUDO, Francisco. El control judicial de la administración en la CE. In: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Eduardo Hinojosa Martínez; Nicolás Gonzáles-Deleito Domínguez (Orgs.). Madrid: Civitas, 1996. p. 39.

[4] Afonso Rodrigues Queiró sustenta que a discricionariedade representa uma faculdade de escolher uma entre várias significações contidas em um conceito normativo prático, relativos às condições de fato do agir administrativo, escolha feita sempre dentro dos limites da lei. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria...,* op. cit., p. 77-78. José Cretella Júnior, definindo o ato administrativo discricionário como conseqüência de um "poder discricionário" da Administração, aduz que a discricionariedade é a manifestação concreta e unilateral da vontade da Administração. Fundamentada em regra objetiva de direito que a legitima e lhe assinala o fim, se concretiza livremente, desvinculada de qualquer lei que lhe dite previamente a oportunidade e conveniência da conduta, sendo, pois, neste campo, insuscetível de revisão judiciária. CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle...*, op. cit., p. 150. Pensava em igual sentido o saudoso Hely Lopes Meirelles, acrescendo ao binômio o termo "conteúdo". Para o Autor, discricionariedade é o que o Direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. MEIRELLES, Ely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 102. No mesmo diapasão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto define a discricionariedade como sendo a qualidade encarregada pela lei à Administração Pública para determinar, de forma abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à sua execução, diretamente referido a um interesse público específico. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade:* novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p.22. Para a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o conceito de discricionariedade administrativa pode ser resumido na faculdade que a lei confere à Administração para avaliar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, sendo todas elas válidas perante o Direito. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67. Em idêntico sentido, Germana de Oliveira Moraes aduz que discricionariedade resulta da abertura normativa, em função da qual a lei confere ao administrador uma margem de liberdade para constituir o Direito no caso concreto, ou seja, para complementar a previsão aberta da norma e configurar os efeitos parcialmente previstos, mediante a ponderação valorativa de interesses, em vista à realização do interesse público geral. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional...,* op. cit., p. 39.

inúmeras transformações, mutações e inúmeros alargamentos, todos apontados pela doutrina pátria e alienígena.[5] Desse modo, é indisputável a relevância de se perseguir o direcionamento dessa compreensão do direito administrativo aos institutos e às realidades do nosso tempo.

Um dos fatores preponderantes que emerge em decorrência de toda essa transformação está no fato de que o direito administrativo experimenta uma forte influência do direito econômico (despontando o "direito administrativo econômico"), sendo mais um componente para se lebar em conta o sopesamento, custos e benefícios no ato administrativo.

Há noções próprias do direito econômico (que afetam a sociedade) que o direito administrativo não convivia. As regras legais, para satisfazerem a necessidade de maior maleabilidade da matéria econômica, são, cumulativamente, menos imperativas, instáveis e imprecisas que as escolhas administrativos clássicas.

Ademais, na fase por que passa a sociedade (sob vários rótulos: ordem pós-tradicional, alta modernidade, modernidade experimental, pós-modernidade, pós-intervencionista, reflexiva, processualizada, neo-corporativa, mediática, sociedade global ou sociedade de riscos), sob os auspícios do constitucionalismo como teoria do Direito – também apontado como "neoconstitucionalismo" – e com a crise do princípio da legalidade oitocentista pela ausência de equilíbrio com valores (em que se cogita um pós-positivismo), a conciliação e a ponderação na busca da convivência harmônica entre valores, princípios e regras traduz-se em um dos assuntos mais relevantes do Estado Democrático de Direito, atingindo, diretamente, categorias, institutos e fórmulas do direito administrativo, notadamente a discricionariedade.

Além disso, questões técnicas e científicas surgem a cada dia, em vista da alta complexidade que permeia as relações do século XXI. Por conta disso, não são "descobertas" a tempo e contento pelo legislador primário, ainda que de forma aberta, com conceitos indeterminados, para preenchimento por meio da escolha da autoridade administrativa no caso concreto.

---

[5] CASSESE, Sabino. As transformações do direito administrativo do século XIX e XX. *Revista Interesse Público***,** Porto Alegre, ano 5, n. 24, p. 13-38, mar./abr./2004 e *La globalización jurídica.* Trad. Luis Ortega, Isaac Martín Delgado e Isabel Gallego Córceles. Madrid: Marcial Pons, 2006. DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico:* construcción teórica y análisis jurisprudencial**.** Pamplona: Aranzadi, 1997 e *La crisis de identidad del derecho administrativo:* privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001 e *O direito administrativo em evolução.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo.* 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, *Mutações do direito público.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006 e Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003. BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

O desafio, portanto, passa pela compreensão de que, no estágio atual, em que é ressaltado o multilateralismo social, há um conjunto de valores conflituosos, com numerosas aporias e dependências recíprocas, de modo que a escolha discricionária que afeta um determinado aspecto do conjunto social refletirá, nem sempre de forma positiva, em outros segmentos. Isso faz com que, em determinadas situações complexas, em que deveriam ser abertas à participação da sociedade e mediadas antes da decisão pelo Estado, os benefícios advindos da escolha discricionária sejam irrazoáveis, desproporcionais e ineficientes aos problemas e desvantagens que acarretarão para outros grupos sociais ou para os direitos individuais.

Neste vezo, a doutrina administrativista vem sistematizando os anseios da sociedade por meio da releitura da concepção clássica da noção de interesse público, até então adotado como fundamento para a legitimação dos atos e das medidas no âmbito da Administração Pública. Por isso, o paradigma de justiça nas decisões administrativas complexas (*hard cases*) passa a ser alcançável somente no caso concreto.

Essas questões conduzem a uma necessária crítica à discricionariedade administrativa, notadamente, os motivos pelos quais os casos identificados pelos Parlamentos (federal, estadual e municipal) e legislados com abertura normativa para atuação do Poder Executivo tem apontado para o fracasso em se sustentar apenas na legalidade (estrita ou não) e na teoria da discricionariedade administrativa, esta exercida por meio do instituto/fórmula baseada no binômio “conveniência” e “oportunidade” da Administração Pública (ou, do Administrador?).

Se o incremento dos espaços para a discricionariedade é imprescindível, em vista da alta tecnicidade das relações contemporâneas e dos riscos a que a sociedade está sujeita, resta identificar como compatibilizar essa ampliação do direito de participação administrativa sobre os destinos da sociedade com a necessária contenção do arbítrio em respeito ao “sobre-princípio” da dignidade da pessoa humana. Como, então, enfrentar os riscos decorrentes do aumento desse papel do Poder Executivo – e de suas escolhas discricionárias – que, hodiernamente, se apresentam mais como um instituto favorável ao Administrador Público (haja vista que o mérito do ato administrativo ainda sofre limitado controle judicial) em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos?

Vale dizer, como conciliar esse novo papel estatal, com permanente impacto sobre os direitos fundamentais, com a necessária ampliação da escolha discricionária, que deveria ser voltada muito mais à mediação e conciliação de interesses antagônicos do que à decisão por mera conveniência e oportunidade do administrador?

Com efeito, ultrapassada a visão voltada puramente à escolha discricionária pura, em que o legislador, de forma positiva, acaba por remeter a Administração à valoração subjetiva quanto às condições não identificadas na norma, e sendo plausível a premissa de que, em alguns casos complexos não

se deve pensar em executar apenas o que está indicado na lei (para se alcançar a mediação axiomática de inúmeros interesses contrapostos e o consenso da sociedade pluriclasse no caso concreto), há de se perquirir as razões pelas quais não seria possível engastar a atuação executiva somente na discricionariedade – que é ancorada, como dito, na fórmula que se estrutura no binômio "conveniência e oportunidade".

1. ESTRUTURAÇÃO BÁSICA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: A VINCULAÇÃO POSITIVA E NEGATIVA À LEI

O Estado Liberal entrou em crise por não atender aos interesses da maior parte da população, despontando em algumas economias um modelo de Estado[6] voltado ao intervencionismo, com uma "volúpia legiferante"[7] que provocou a desvalorização da lei[8]. Com relação aos aspectos sociais desse período, Dalmo de Abreu Dallari[9] anota que, em face dos baixíssimos salários recebidos pelos trabalhadores e das altas jornadas laborais, seria surpreendente se o proletariado não visse no Estado, que era controlado pela burguesia, um grande inimigo, que deveria combater e, se possível, destruir. De fato, foi essa a idéia que se desenvolveu e em torno da qual se concentraram os movimentos proletários: a destruição do Estado para possibilitar a redistribuição das riquezas e a instauração de uma ordem social em que os indivíduos recebessem de acordo com seu trabalho e segundo suas necessidades.

Nesse contexto de "antagonismo classista"[10], o recrudescimento das questões sociais do primeiro pós-guerra fez com que se implantasse uma intervenção econômica, para controlar seu funcionamento e atingir determinados objetivos sociais[11]. Iniciou-se uma discussão de direito acerca do conflito distributivo[12] em vista das necessidades das minorias. Revelando as

---

[6] "De semelhantes escolas do pensamento político brotou, portanto, aquela organização de poder e de Estado levada a cabo pela Revolução Soviética da primeira metade deste século: o Estado socialista, da versão de Marx e Lênin. Gerando a ditadura do proletariado, esse modelo, na prática e na realidade, configurou historicamente uma paradoxal forma política, tão negativa, tão rude e tão opressiva para a liberdade humana, em razão dos desvios de poder, quanto haviam sido aquelas a que se propusera o pugnar e abolir: a do absolutismo das velhas autocracias imperiais e a da burguesia, que trazia no ventre a ditadura do capitalismo." BONAVIDES, Paulo. *Curso...,* op. cit., p. 32.

[7] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo:* direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 62.

[8] Sobre essa questão, remete-se o leitor para 2.1.

[9] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 283-284.

[10] Na expressão de M. CRUZ, Luis. *La constitución...,* op. cit., p. 3.

[11] Esse modelo econômico sob a forma socialista foi inserido por Lênin no ano de 1917, logo após a vitória dos bolcheviques na Revolução Russa, tendo seu apogeu durante o governo de Stalin, entre 1924 a 1953.

[12] O sentido que quer se dar ao termo é aquele que se refere individualmente a cada um dos membros de um grupo, isto é, que atua sobre o todo e, ao mesmo tempo, sobre cada indivíduo. Esses conflitos distributivos podem ser codificados, segundo Beck, como conflitos que

novas concepções desse modelo de Estado, Ivo Dantas[13] observa que a Política Econômica Liberal, em seus reflexos sobre a Constituição, já no século XVIII começava a sofrer uma metamorfose com a aceitação de novos componentes para os textos constitucionais.

O Estado passou a não ser mais totalmente alheio ao social, que, aos poucos, passou a ser erigido ao nível da supremacia que caracterizava a matéria constitucional. A consagração definitiva veio a ocorrer com a Constituição Mexicana de 1917, com a Constituição de Weimar, que vigorou a partir de 11 de agosto de 1919, e com as Constituições da Polônia e Iuguslávia (1921). Foi, entretanto, com a Constituição soviética (1936) que se incorporou à técnica constitucional a concentração de toda a matéria de conteúdo econômico em setor destacado do texto magno, o que ocorreu no capítulo primeiro e seus doze artigos[14].

---

irrompem sobre o modo como os riscos que acompanham a produção de bens (megatecnologia nuclear e química, pesquisa genética, ameaça ao meio ambiente, supermilitarização e miséria crescente) fora da sociedade industrial ocidental. BECK, Ulrich. *A reinvenção da política:* rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In*: Modernização reflexiva:* política, tradição e estética na ordem social moderna. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997. p. 17. Sobre as funções distributivas e alocativas, ver, ainda, a obra de RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 7 e os comentários contidos no artigo de REICH, Norbert. Intervenção do estado na economia: reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica. Trad. Fernando Herren Aguillar. Cadernos de Direito Econômico e Empresarial. *Revista de Direito Público*, v. 94, p. 265-282.

[13] DANTAS, Ivo. O econômico e o constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 200, p.55-69, abr./jun. 1995. Vale destacar que a Constituição mexicana de 1917 foi a primeira a incluir em seu texto as inovações de caráter social, haja vista que, nos termos do artigo 27, foi conferida à Nação a propriedade das terras e águas, podendo ela transmitir seu domínio aos particulares, passando, assim, a constituir a propriedade privada. Detalhes podem ser conferidos em FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 7 ss.

[14] Destaca-se, nesse quadro, um grande crescimento econômico nas economias capitalistas à luz dos preceitos da teoria econômica *keynesiana*, segundo a qual a economia capitalista seria um jogo de soma positiva, e todas as classes deveriam tomar em consideração os interesses da outra. J. M. Keynes publicou em 1926 o texto de uma conferência intitulada de "*The end of laissez faire*". Na opinião do autor, a primeira guerra mundial marcara definitivamente o fim do abstencionismo econômico do Estado que a representação liberal oitocentista postulava. A bem da verdade, o inconformismo com a ordem liberal econômica já se apresentava na penúltima década do século XIX. Em 1887 foi criada a primeira "Agência Reguladora" estadunidense, a *Interstate Commerce Commission*, e, uma década depois, editado o *Clayton Act* para combater as práticas anticoncorrenciais. A crise econômica mundial que começou em outubro de 1929, quando a Bolsa de Valores de Nova York sofreu um colapso – o chamado *crack* da bolsa – obrigou vários países a ter no ordenamento econômico o eixo fundamental da política governamental. Em 1932 Franklin D. Roosevelt foi eleito presidente dos Estados Unidos da América, e gradualmente, foi se restaurando a confiança financeira. Comandou um programa intervencionista denominado *New Deal*, com destaque para o *National Recovery Act,* visando, em curto espaço de tempo, a suplantar os efeitos da citada depressão. Com o fim da Segunda Grande Guerra mundial, ocorrida entre 1939 e 1945, houve a queda do autoritarismo capitalista de diversos países, implantando-se um modelo intervencionista social, com forte ampliação do Estado na execução direta das atividades econômicas e sociais. Acerca do sistema regulatório estabelecido durante o New Deal, remete-se o leitor para o artigo de SUNSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o the new deal. In: *Regulação econômica e*

Com a valorização da Constituição como principal eixo normativo do intervencionismo estatal[15], e considerando que as Cartas Políticas abriram, enormemente, espaço para uma forte atuação do Poder Executivo, por um processo natural e crescente foi sendo ampliado o campo para a escolha administrativa por meio de aberturas concedidas pelo legislador primário.

Inicialmente, cogitou-se haver um espaço para o Administrador Público, contudo, vinculado positivamente à lei.

A primeira expressão para qualificar a técnica de execução da legalidade pela Administração – conforme doutrina de García de Enterría e Fernández[16] – considerou tal execução como uma simples particularidade na atuação concreta dos mandamentos abstratos das normas, segundo exemplo histórico oferecido na sentença judicial aplicativa da lei: *"Otto Mayer observó agudamente que sobre este esquema judicial, ofrecido quizá irreflexivamente a los juristas que nutrieron mayoritariamente las Asambleas y los cuadros revolucionarios por su prática procesual habitual, se forjó el concepto clave de acto administrativo, que se consideró una declaración concreta con la que la Administración particulariza o aplica una previsión general normativa. Pero ese paralelo entre acto administrativo y sentencia, que inicialmente satisface la necesidad de una explicación técnica, va a ser resueltamente repudiado más tarde al notarse que, evidentemente, no pude intentar explicarse por el mismo rasero la posición respecto la Ley de La Administración y de los Tribunales. Stahl forjó una fórmula llamada a hacer fortuna para explicar el diferente tipo de vinculación a la Ley de uno y otro poder: mientras que los Tribunales tienen en la ejecución (o particularización a un caso concreto) de la Ley el objeto exclusivo de sua función, la Administración, por el contrario, tiene como función propia realizar diversos fines públicos materiales, sólo que debe hacelo dentro de los límites de la Ley."*

Entretanto, Hans Kelsen, em sua teoria pura do direito, doutrinou acerca da vinculação positiva da Administração à legalidade[17]. Averbou, o mestre da Escola de Viena,[18] sobre a relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito, que a relação entre um escalão inferior da ordem jurídica é uma relação de determinação ou vinculação, ou seja, a norma do escalão

---

democracia: o debate norte-americano. Paulo Mattos (Org.). São Paulo: Editora 34, 2004. p. 131 ss.

[15] HESS, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991 (título original: *Die normative kraft der verfassung*).

[16] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso...*, op. cit., p. 436.

[17] Ver, por todos que se aprofundaram no tema, o capítulo "La doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad" na obra de GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso...*, op. cit., p. 438.

[18] "La aportación fundamental de Kelsen fue la instauración de un Tribunal Constitucional encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes. Para 1919 ya había sido nombrado profesor ordinario. En torno a él feu formándo-se un grupo de profesores austriacos que con el tiempo se conocería como la Escuela de Viena y que habría de tener una enorme influencia en el pensamiento jurídico en todo el mundo". DOMINGO, Rafael (Ed.). *Juristas universales*..., v. IV, op. cit., p. 70.

superior regula o ato por meio do qual é produzida a norma do escalão inferior[19].

Esta determinação nunca é completa, pois a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções – sob todos os aspectos – o ato por meio do qual é ampliada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma de escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou uma moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem, o mais pormenorizada possível, tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer[20].

Nesse contexto, nasce, para o Administrador público, uma vinculação negativa à lei (*negative Bindung*), permitindo que a Administração atue discricionariamente nos espaços decorrentes da norma: *"La discrecionalidad será así la expresión de una liberdad absoluta de determinación, radicada en el centro mismo de la personalidad administrativa, em sua autonomia personal (A. HARIOU); caracterización donde desaparece la nota originaria de una actividad administrativa limitada a la mera ejecución legal. Lo cual, bien entendido, no sería una simple toma de posición en el plano teórico, sino que es na concepción que apareja la más graves consecuencias práticas. La Administración podría hacer 'no meramente aquello que la Ley expressamente le autorice, sino todo aquello que la Ley no prohíbe' (MEYER-ANSCHÜTZ).[21]"*

> Assim, a Administração Pública pode usar de sua discricionariedade, sua livre autonomia, decorrente de uma "delegação consciente"[22], em todos aqueles casos em que a lei não tenha disciplinado de forma vinculada, atuando, dessa forma, no espaço livre da lei[23].

---

[19] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 388 (título original: *Reine Rechtslehre*, publicado em 1960).

[20] O pensamento de Kelsen sofreu inúmeras críticas, haja vista que na teoria de formação do direito por degraus o mesmo identifica discricionariedade e interpretação, haja vista que na interpretação somente há uma única solução correta inserida no processo cognitivo, enquanto que na discricionariedade há o dever de escolha entre as opções decorrentes da norma. Sobre a crítica ao pensamento de Kelsen, a publicista Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta, ainda, a dificuldade, se não a impossibilidade, de distinguir a atividade vinculada da atividade discricionária da Administração Pública, "já que, para ele, cada ato implica um acréscimo em relação à norma de grau superior, quando, na realidade, em se tratando de atividade vinculada, a Administração tem que se limitar a constatar o atendimento dos requisitos legais, sem possibilidade de optar por solução diversa daquela prevista em lei". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 72.

[21] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso...,* op. cit., p. 437.

[22] Na expressão de FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Lustel, 2005. p. 64.

[23] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso...,* op. cit., p. 437.

2. SUSTENTABILIDADE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA POR MEIO DO BINÔMIO CONVENIÊNCIA/OPORTUNIDADE

Se a discricionariedade administrativa permite ao Administrador Público agir diante da abertura legislativa e, se perfilhada a corrente doutrinária que defende a discricionariedade na integração de conceitos jurídicos indeterminados, indaga-se: por que os pilares *conveniência* e *oportunidade* sustentam esta fórmula típica do direito administrativo? Antes mesmo de adentrar nesse campo de questões, para compreender o cenário em que se engasta a teoria da discricionariedade administrativa, permite-se registrar qual era o papel do direito administrativo nessa fase histórica[24].

Segundo lição clássica de Themístocles Brandão Cavalcanti[25], conceituando o direito administrativo na primeira quadra do século XX, considerava-se nesse ramo do direito público um conjunto de condições que envolvia apenas a estrutura burocrática do Governo e que integrava a organização administrativa necessária para manter o funcionamento dos serviços essenciais do Estado. Competia ainda superintender ou controlar o funcionamento daqueles sujeitos à iniciativa privada ou criados com autonomia. Vale juntar também a manifestação doutrinária de Mario Mazagão, para quem o direito administrativo seria um conjunto de princípios que regem a atividade administrativa não contenciosa do Estado, e a instituição dos meios e órgãos de sua ação em geral[26].

Observando-se o quadro refletido nas doutrinas antes colacionadas, em que o "velho paradigma administrativista"[27] era excludente da cidadania, voltado para dentro, isto é, idealizado e pensado para o funcionamento da burocracia, na ação discricionária[28] o Administrador passou a ter uma alta dose de liberdade de escolha, um "cheque em branco"[29] sob o binômio

---

[24] Acerca do surgimento do direito administrativo, ver, por todas, a obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y controle de la administración...,* op. cit., p. 51 ss.

[25] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. p. 23.

[26] MAZAGÃO, Mario. *Preleções de direito administrativo.* São Paulo: LINOTECHNICA, 1937. p. 61.

[27] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In. *Direito administrativo econômico*. Carlos Ari Sundfeld (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 80.

[28] José Crettela Júnior, M. Seabra Fagundes e Odete Medauar entendem que o tema da discricionariedade abrange tanto o poder discricionário como, também, a atividade discricionária e o ato discricionário, como sendo três momentos distintos, mas necessariamente ligados entre si. Cf. MEDAUAR, Odete. Poder discricionário da administração. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 610, p.38-45, ago. 1996, p. 39. Víctor Nunes Leal, em sentido contrário, sustenta que "não existe, com efeito, ato discricionário; o que existe é poder discricionário, e alguns autores são bem rigorosos no emprego preferencial desta expressão". LEAL, Víctor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 14, p. 52-82, out./dez. 1948.

[29] MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução...,* op. cit., p. 196.

conveniência e oportunidade, constituindo, então, um imperscrutável mérito do ato administrativo[30].

O mérito do ato administrativo era pensado como estando diretamente ligado ao sentido político do ato executivo. Seria o procedimento que atende ao interesse público[31] e compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, à utilidade, à eqüidade, à razoabilidade, à moralidade etc. de cada procedimento administrativo[32]. Por essas razões, e com arrimo em Ranelletti, Seabra Fagundes defendia que o mérito é de "atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio da separação e independência de poderes"[33].

Alguns doutrinadores[34] pugnavam pelo alargamento do conceito de mérito do ato administrativo, de modo que, sob certos aspectos, se encontraria como setor da legalidade. Essa posição, não obstante sedutora, seria insustentável, pois seria *"atribuir ao mérito do ato administrativo quase o mesmo sentido que tem a expressão mérito processual. Seria substituir o administrador pelo juiz"*[35].

Como se vê, pelos dois pilares que sustentam a discricionariedade (conveniência e oportunidade), cunhada em um outro arranjo constitucional e histórico do direito administrativo, o Administrador Público, de acordo com sua exclusiva compreensão da realidade e dos fatos, e, notadamente, com seus próprios valores, passou a escolher a solução que entendia ser cabível para a efetivação do fim público, supostamente unívoco e predeterminado. Nesse sentido, o mérito está adstrito à valorização administrativa mediante parâmetros não positivos, (oportunidade e conveniência), que refogem aos vetores fixados nas normas constitucionais e infraconstitucionais[36].

---

[30] O estudo acerca do mérito administrativo foi desenvolvido e amplamente examinado pela doutrina italiana, merecendo destaque o pensamento de Presutti, Lentini, Ranelletti, Orlando, Treves e Renato Alessi, e, entre nós, os estudos desenvolvidos pelos publicistas Miguel Seabra Fagundes (*O contrôle dos atos administrativos...,* op. cit., p. 150 ss.) e CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1984 (atualmente na 4.ed., 2001. p. 240). Nas palavras de Seabra Fagundes, em artigo doutrinário sobre o tema: "Este constitui um aspecto do procedimento da Administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ela exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento. Se o fizesse exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos executivos". SEABRA FAGUNDES, Miguel. Conceito de mérito no direito administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 2-16, jan./mar. 2003

[31] Id. Ibid. *O contrôle ...*, op. cit., p. 149-150.

[32] SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O contrôle...*, op. cit., p. 149-150.

[33] Id. Ibid., p.150.

[34] CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle...*, op. cit., p. 243.

[35] Id. Ibid.

[36] MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública.* São Paulo: Dialética, 2002, p. 42.

Esse aspecto também é ressaltado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto[37] ao tecer um paralelo entre a discricionariedade e o mérito do ato administrativo em que aduz, sinteticamente, que a discricionariedade é uma técnica, e o mérito, o resultado. O mérito se localiza na análise elemental do ato administrativo, comumente reconhecida e adotada pela doutrina e pelo Direito positivo brasileiro nos elementos motivo e objeto. Os elementos do ato (competência, finalidade e forma) aparecerão sempre vinculados, e os dois outros (motivo e objeto), alternativamente vinculados ou discricionários, um ou outro[38]. Essa concepção do mérito acabaria por identificar a noção de oportunidade e conveniência com a da legalidade, destruindo exatamente aquilo que serve de divisor para campos independentes e permitindo indébita intervenção do Judiciário no aspecto político-discricionário do ato[39].

O fato é que o mecanismo que deflagra a atuação administrativa decorre da lei, que remete a Administração Pública à valoração subjetiva quanto às condições não identificadas na norma, notadamente quanto a sua integração diante do caso concreto. Nas palavras de García de Enterría e Fernández: *"Definiendo la Ley, porque no puede dejar de hacerlo, en virtud de las exigencias de explicitud y especificidad de la potestad que atribuye a la Administración, algunas de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, remite a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho [...], bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable [...], bien de ambos elementos."* [40]

Importa destacar que, se o mérito da escolha discricionária não está positivado em detalhes que o iluminismo oitocentista perseguiu, o exercício da discricionariedade pela Administração Pública comporta um elemento identificado pelo Administrador Público para a completa integração do comando legal ao caso particular[41]. Nessa hipótese, a integração da norma por critérios do administrador público, muitas vezes tangenciando o arbítrio, nem mesmo é considerada uma faculdade ilegal proveniente de suposto – e hipotético – poder originário da Administração. Ao contrário, trata-se de uma atribuição

---

[37] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade:* novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 32-33.
[38] Id. Ibid.
[39] Id. Ibid.
[40] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso...*, op. cit., p. 453.
[41] Eva Desdentado Daroca, uma das estudiosas contemporâneas sobre a teoria da discricionariedade, ao ressaltar a ausência de consenso doutrinário em torno da utilização da discricionariedade administrativa, define a discricionariedade como sendo a realização de eleições de diferentes alternativas quando do exercício de poderes conferidos pela norma aberta. Por suas palavras, a discricionariedade administrativa "consiste en la realización de elecciones entre diferentes alternativas con la finalidad de ejercer una potestad conferida por el ordenamiento jurídico y que éste, sin embargo, no ha regulado plenamente. La discrecionalidad es, por un modus operandi que se caracteriza por los siguientes rasgos: 1) supone la adopción de decisiones dentro de un margen de libre apreciación dejado por el ordenamiento jurídico, 2) implica un acto de elección sobre la base de argumentos valorativos acerca de los cuales personas razonables pueden diferir, y 3) la elección se adopta siempre conforme a criterios valorativos extrajurídicos". DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica.* Madrid: Ed. Civitas, 1997. p. 22.

estabelecida pela própria lei, de modo que a discricionariedade não se configura, no atual Estado Democrático de Direito, uma liberdade da Administração Pública em face da norma, mas, em sentido oposto, se apresenta como um caso típico de submissão legal que exige complementação pelo Executivo.

Se o grande desafio para compreensão da questão se encontra no fato de que o Administrador Público, a pretexto de escolher discricionariamente, comete inúmeros abusos e desvios, resta, então, indagar: qual é o limite entre a discricionariedade e o arbítrio, haja vista que a atuação discricionária baseia-se no binômio conveniência e oportunidade, excludente da participação da sociedade[42] na definição dos interesses em presença[43]?

Se, de um lado, a atividade da Administração não pode conformar-se com a generalização da competência vinculada, sendo indispensável adaptar-se constantemente às circunstâncias particulares e mutáveis que a norma não pôde prever, de outro lado, uma Administração amplamente discricionária não oferece aos cidadãos qualquer segurança, pois volta-se, em diversas situações, ao arbítrio despótico[44] por meio de abuso ou desvio de poder.

---

[42] Os limites deste artigo não permitem um aprofundamento na questão que envolve a participação administrativa da sociedade. Remete-se o leitor para o Capítulo I da segunda parte da seguinte obra: BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.119 ss. Veja-se, ainda, GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na administração pública. In. *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 648.

[43] García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ao comentarem a evolução francesa acerca dos limites do controle judicial sobre os atos administrativos discricionários, lecionam que, inicialmente, a escolha discricionariedade era considerada "ato de império", não admitindo qualquer recurso contencioso-administrativo. No começo do século XIX o controle da discricionariedade administrativa era exercido pelo Conselho de Estado francês pelo recurso por excesso de poder, inicialmente contra os denominados "vícios de incompetência" e, posteriormente, os "vícios de finalidade". No fim do século XIX surgiu uma nova doutrina destinada ao controle judicial dos atos estatais, denominada *détournement de pouvoir* (desvio de poder), que tornava ilegal o ato administrativo que se afastasse dos fins legais. Uma terceira fase é identificada na adoção da *teoria dos motivos determinantes*, pela qual o Poder Judiciário passou a examinar os fatos considerados pela autoridade pública na motivação administrativa. Sobre essa última fase, García de Enterría e Fernández anotam que a valoração da realidade poderá ser objeto de uma faculdade discricionária. No entanto, a realidade, como tal se produziu o fato, ou não, não pode ser objeto de uma faculdade discricionária. Isto porque, não pode se submeter ao arbítrio da Administração o discernimento se um fato ocorreu ou não, ou determinar que um ato ocorreu quando, na verdade, não tenha ocorrido. GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso...*, op. cit., p. 463-470. Gaston Jèze leciona que a idéia geral, tanto em direito privado quanto em direito público, é que os motivos podem influir sobre o valor jurídico de uma manifestação unilateral de vontade ou de um acordo bilateral de vontades, se foram determinantes da vontade de realizar um ato jurídico. Se o motivo determinante não existe de fato ou se é ilícito ou imoral, a manifestação unilateral de vontade ou o acordo bilateral de vontades são irregulares. JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. v. III. Trad. Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1948. p. 225-226.

[44] Veja-se, a título de mera ilustração, o acórdão abaixo em que o Poder Judiciário coíbe a arbitrariedade do Administrador que agiu, supostamente, à luz da função discricionária:

Diante dessas considerações e para efeito da elaboração de críticas a essa fórmula no contexto do "direito administrativo pós-moderno"[45], estrutura-se a escolha discricionária como uma margem de liberdade da Administração que surge quando sua atividade, por opção do legislador, não está plenamente definida em lei, de acordo com a conveniência e oportunidade identificadas pelo Administrador Público[46], e que constituem o mérito do ato, muitas vezes insindicável pelo Poder Judiciário[47].

A discricionariedade não surge, portanto, da mera coincidência de um espaço de liberdade da Administração Pública com relação ao legislador; ao contrário, a discricionariedade decorre da eleição feita pelo Poder Legislativo de abrir ao Poder Executivo, que está próximo do caso concreto, uma contribuição pessoal da autoridade competente no processo de determinação do "interesse geral"[48].

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. AFASTAMENTO DE CRITÉRIO SUBJETIVO NA APRECIAÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE DO ATO INABILITADOR DE CONCORRENTE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTS. 5º, II, 37 E INCS. XXI E LV, 84, III. LEI 6404/76. LEI 8666/93. LEI 8883/94. LEI 8987/95. SÚMULA 473/STF. 1. Habilitação técnica reconhecida pela via de critérios objetivos não pode ser derruída por afirmações de índole subjetiva, contrapondo-se às avaliações vinculadas às disposições editalícias. A legislação de regência louva os critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório (§ 1º, art. 44, Lei 8666/93; art. 14, Lei 8987/95). 2. O processo licitatório inadmitindo a discriminação, desacolhe ato afrontoso ao princípio da isonomia, numa clara proibição do abuso de poder por fuga à vinculação ao Edital. Ato, decorrente de expressas razões recursais, desconhecendo-as para fincar-se em outras de caráter subjetivo, fere o princípio da legalidade. No caso não se compõe a discricionariedade sob os albores do interesse público, conveniência e oportunidade. 3. Segurança concedida parcialmente. (MS 5289/DF; MANDADO DE SEGURANÇA 1997/0053243-7, Relator Ministro MILTON LUIZ PEREIRA – PRIMEIRA SEÇÃO, Data do Julgamento 24/11/1997 e Data da Publicação 21.09.1998, RSTJ vol. 112 p. 25.)

[45] O tema é desenvolvido por Marçal Justen Filho, em seu *Curso...*, op. cit., p. 17, notadamente em 1.4.6. com o sugestivo título: *Um direito administrativo pós-moderno?* Veja-se o nosso posicionamento sobre as atuais características do direito administrativo em 3.1.

[46] Nesse sentido, ver a definição de BULLINGER, Martin. *La discrecionalidad de la administración pública*. Madrid: La Ley, VII, 1986, citado por MAGIDE HERRERO, Mariano. *Límites constitucionales...,* op. cit*.,* p. 247.

[47] Veja-se KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre "conceitos jurídicos indeterminados" e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 23., p. 21-49, 2004. p. 23. Sobre esse aspecto da questão, colhe-se o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: ADMINISTRATIVO – CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – LIMITE DE VELOCIDADE DAS VIAS DE TRÂNSITO – CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NÃO OBSERVÂNCIA DO LIMITE ESTABELECIDO – MULTA – PROCEDÊNCIA. – Os critérios adotados pela administração pública para fixação dos limites de velocidades nas vias de trânsito estão relacionadas à discricionariedade estabelecida no próprio CTB, não cabendo ao Poder Judiciário, salvo em caso de ilegalidade ou manifesto abuso de autoridade, adentrar no mérito do ato administrativo que os instituiu. Recurso especial conhecido e provido. REsp 588253/RJ; RECURSO ESPECIAL 2003/0157008-6 Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS – Órgão Julgador SEGUNDA TURMA, data do julgamento 18/08/2005 e publicação 17.10.2005.

[48] MAGIDE HERRERO, Mariano. *Límites...*, op. cit., p. 252. O conceito jurídico indeterminado "interesse geral" acaba sendo uma "fórmula" ou uma "justificativa" para toda e qualquer atuação da Administração Pública. Nesse sentido, Bermejo Vera adverte que esse termo acaba por produzir uma grande sensação de inutilidade. Veja-se os interessantes comentários do autor

Verificada a estruturação da discricionariedade administrativa sob os pilares "conveniência" e "oportunidade", cumpre trazer críticas à discricionariedade no momento em que se valoriza o pós-positivismo.

3. CRÍTICA À ESCOLHA DISCRICIONÁRIA NO PÓS-POSITIVISMO DO SÉCULO XXI

O direito administrativo, notadamente aquele – como o do Brasil – de inspiração francesa, construído sob alguns pilares que o caracterizam, dentre os quais destaca-se (i) a supremacia da Administração Pública nas relações com os cidadãos (em que estão presentes, no campo das contratações, as cláusulas exorbitantes); (ii) a prevalência do interesse público sobre o interesse privado; (iii) a forte hierarquia na burocracia estatal; (iv) a submissão absoluta ao princípio da legalidade, com a criação legiferante de espaços para o exercício de escolhas administrativas discricionárias.

Em vista dos influxos decorrentes da difusão de idéias democráticas em grande parte do globo terrestre, dos movimentos globalizantes da economia[49], do acesso dos cidadãos às informações – em que se destaca a rede mundial de computadores[50] –, pela complexidade de temas, pluralidade de idéias e interesses que conduzem aos conflitos distributivos, e, ainda, pelos riscos a que todos estão submetidos, o direito administrativo não se conforma à realidade nos moldes concebidos após o movimento revolucionário iluminista.

José Eduardo Faria[51], ao comentar o dogmatismo jurídico diante das alterações provocadas nos Estados pela globalização, leciona o seguinte: *"Toda essa sofisticada técnica, acima esboçada em termos bastante esquemáticos e singelos, é que está sendo posta em questão pelo complexo fenômeno da globalização econômica, envolvendo a um só tempo uniformidade e diferenciação, integração e fragmentação, continuidade e ruptura, codificação e deslegalização, controles diretos e controles indiretos, formalismo e informalismo, disciplina e punição, acumulação de riquezas e regulação privada, ordem jurídico-positiva estatal nacional e ordens normativas autônomas infranacionais e supranacionais etc. Desde a eclosão de tal questionamento, essa noção de "fronteira do conhecimento" revelou-se insustentável; cada vez mais o tipo de reflexão jurídica até agora prevalecente na formação profissional dos operadores de direito se mostra incapaz de interpretar, em seus próprios termos, fatos inéditos; e de reescrever, em sua própria linguagem, teorias de natureza "crítica"."*

---

na obra BERMEJO VERA, José. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Madrid: Civitas, 2005. p. 171.

[49] Daniel Sarmento adverte acerca desse aspecto: "Com a globalização, o que ocorre a milhares de quilômetros, forma dos limites de um Estado, pode influenciar, em tempo real, a vida cotidiana de um cidadão daquele Estado". SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais...,* op. cit., p. 44.

[50] Nesse sentido, ver a trilogia de CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede...,* op. cit.

[51] FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada...,* op. cit., p. 46.

Diante dessas questões, o direito administrativo, como foi institucionalizado, entrou em crise[52], pois é incapaz de apresentar as respostas necessárias para atingir os interesses ambivalentes da sociedade, garantindo-lhe justiça e real igualdade entre os cidadãos.

A crítica que desponta da análise do ambiente jurídico de escolhas administrativas em que se desenvolveu a fórmula da discricionariedade[53] bem como da interpretação doutrinária acerca de seus pilares – oportunidade e conveniência – que sustentam o mérito do ato administrativo discricionário, traz ao debate sua compatibilização, ou não, ao atual contexto jurídico-constitucional da função executiva estatal pós-positivista[54].

---

[52] Para o detalhamento da "crise" do direito administrativo, remetemos o leitor para a doutrina de MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e regulamento..,* op. cit., p. 21; CASSESE, Sabino. *La globalización...*, op. cit., p. 179, bem como, entre nós, e sob pontos de vistas diversos, o capítulo intitulado "crise e crítica do direito administrativo", da obra de Odete Medauar (*O direito...*, op. cit., p. 65), o item 2.5 do artigo intitulado "mutações dos serviços públicos" de autoria de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, na obra *Mutações do direito público...*, op. cit., p. 364; o item 4 do Capítulo I da obra SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório...*, op. cit., p. 17; e o item 1.3.3 da obra OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*..., op. cit., p. 67-72.

[53] Veja-se a síntese apresentada por Caio Tácito sobre o instituto da discricionariedade administrativa, que bem resume a estruturação doutrinária desse mecanismo de atuação estatal: "O ato administrativo se desdobra dentro de quadros legais preestabelecidos. A norma jurídica, obrigatória tanto para os administrados como para os administradores, é, assim, um vínculo ao qual se prende a liberdade de ação da autoridade. Chama-se a esse limite ou contenção legal do poder administrativo de poder vinculado, porque todo ato administrativo está subordinado ou ligado a uma norma jurídica anterior, ou seja, à regra de competência que permite ao agente a prática do ato administrativo. Esta subordinação não significa, porém, que à Administração esteja vedada uma certa latitude de apreciação dos fatos e soluções, independente de uma predeterminação legal. Como observou Jellinek, *'uno Stato, di cui tutta l'attività fosse vincolata, è uma concezione irrealizabile'*. À medida que se amplia o campo de ingerência do Estado, voltado cada dia mais a novas tarefas sociais, torna-se imperativo fornecer-lhe os meios materiais de eficiência e presteza. A atividade administrativa, modernamente mais intensa e variada, se multiplica em aspectos particulares que não podem ser abrangidos na minúcia dos textos de lei. O fenômeno social não se escraviza a coletes de força, nem a cintos de segurança. Carece, portanto, a Administração de maleabilidade de métodos e caminhos para atender-lhe aos reclamos imperativos e díspares. A Administração encontra, assim, no processo de sua realização, um campo livre desenvolvimento, no qual lhe é facultada a seleção da maneira de agir. Subordinado sempre à legalidade de sua atuação, é lícito ao administrador se orientar livremente com referência à oportunidade e à conveniência dos atos administrativos. Esta capacidade de autodeterminação representa o poder discricionário do estado, que se exaure plenamente no setor administrativo, não podendo ser objeto de consideração jurisdicional". TÁCITO, Caio*. Temas de direito público.* 1.v. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 315-316.

[54] O pós-positivismo aqui mencionado é retratado por Luís Roberto Barroso como um processo ainda inacabado, pelo qual faz-se uma reflexão sobre o Direito, sua função social e sua interpretação: "O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética". BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação...*, op. cit., p. 350. Do ponto de vista da discussão

A doutrina vem sustentando o juízo de oportunidade e conveniência na escolha das soluções regulatórias quando se estiver diante de várias situações possíveis. Nesse sentido, afirma Marçal Justen Filho: *"A técnica delimita o campo decisório, na acepção de que o conhecimento técnico-científico produz a exclusão de algumas alternativas. Mas não produz o surgimento de uma única e exclusiva solução. Na quase totalidade dos casos, a agência reguladora disporá de um elenco de alternativas reciprocamente excludentes entre si. A seleção de algumas delas far-se-á segundo um juízo de conveniência e oportunidade."*[55]

Essa correlação entre regulação e discricionariedade decorre do fato de que a maleabilidade inerente ao direito administrativo econômico manifesta-se *"na relativa imprecisão de suas regras e, por consequência, na extensão da liberdade de apreciação que consente à administração".*

Isto é, na função discricionária[56]. *"Esta imprecisão voluntária explica-se facilmente pela dificuldade que o direito experimenta, como sublinhámos mais atrás, em apreender os fenómenos económicos e dominá-los. Esta dificuldade não impede que a regulamentação económica seja abundante em todas as matérias (este ponto não sofre contestação) mas ela inspira o reconhecimento às autoridades administrativas de muito vastas liberdades de apreciação nas decisões particulares que têm de tomar; as suas competências são muito mais vezes discricionárias que vinculadas. A lei deixa-lhes frequentemente a possibilidade de serem exercidas "por fases (coup par coup)" a fim de que as decisões se possam adaptar melhor às realidades; o direito económico, diz normalmente, é um direito "realista" ou "factual"."*[57]

Ocorre que "aos poucos, o caráter totalmente livre invocado na idéia originária de discricionariedade vai se atenuando"[58] o que requer uma visão diversa do atual quadro que ainda se mantém[59] na interpretação doutrinária[60] e pretoriana[61] brasileira.

---

metodológica atual, ver o capítulo 3 da obra de CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação...*, op. cit., p. 135-175.

[55] JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras...*, op. cit., p. 528. Grifo nosso.

[56] LAUBADÈRE, André de. *Direito público económico*..., op. cit., p. 112.

[57] LAUBADÈRE, André de. *Direito público económico*..., op. cit., p. 112-113. Grifo nosso.

[58] MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*..., op. cit., p. 195.

[59] Vale trazer a advertência de Andreas Krell: "Há inúmeros juízes, promotores, procuradores e advogados que evitam uma discussão mais profunda e acabam aderindo à jurisprudência tradicional, que costuma usar uma classificação ultrapassada referente à discricionariedade administrativa, a qual não consegue fornecer soluções aos problemas". KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre "conceitos jurídicos indeterminados" e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 23., p. 21-49, 2004. p. 22. Grifo nosso.

[60] "A relação das agências reguladoras com o Direito se dá em face de uma nova legalidade: a lei define as metas principais e os contornos da atividade do órgão regulador, cometendo-lhe (nestes limites e sob controle do Judiciário e do próprio Legislativo) ampla margem de atuação. Atuação, esta, que segue um novo tipo de discricionariedade, pautado fundamentalmente pelos objetivos definidos na lei para serem implementados no setor regulado." Grifo nosso. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação estatal...,* op. cit., p. 95.

[61] No Recurso Especial 79937/DF, em que foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi, julgado pela Segunda Turma em 06/02/2001, até mesmo o tabelamento de preços em valor abaixo da realidade de mercado, foi considerado um ato discricionário e, portanto, inalterável pelo Poder Judiciário. Veja-se a ementa: DIREITO ECONÔMICO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO

O momento por que passa a humanidade requer a atuação estatal por meio de escolhas administrativas que, para além de uma suposta prevalência do interesse público, efetivamente sopesem interesses, examinem custos e benefícios à luz de questões técnicas e científicas, atuem nos riscos[62] à sociedade pluriclasse e a cada cidadão, isto é, de acordo com a realidade. Os riscos surgem a cada dia em vista da alta complexidade[63] que permeia as relações decorrentes das premissas da pós-modernidade, impossíveis de serem disciplinadas em detalhes e a todo tempo pelo legislador primário.

DOMÍNIO ECONÔMICO. TABELAMENTO. PREÇO ÚNICO. SETOR SUCRO-ALCOOLEIRO. CONGELAMENTO DE PREÇOS. PLANOS ECONÔMICOS. IAA – INSTITUTO DO ÁLCOOL E DO AÇÚCAR. APURAÇÃO DE CUSTO DE PRODUÇÃO PELA FGV – FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. INDENIZAÇÃO PLEITEADA POR PREJUÍZO OCASIONADO POR POLÍTICA DE FIXAÇÃO DE PREÇOS EM DESACORDO COM OS CRITÉRIOS DO ART. 9° DA Lei n.º 4.870/65. I - O exercício da atividade estatal, na intervenção no domínio econômico, não está jungido, vinculado, ao levantamento de preços efetuado por órgão técnico de sua estrutura administrativa ou terceiro contratado para esse fim específico; isto porque há discricionariedade do Estado na adequação das necessidades públicas ao contexto econômico estatal; imprescindível a conjugação de critérios essencialmente técnicos com a valoração de outros elementos de economia pública. II - O tabelamento de preços não se confunde com o congelamento, que é política de conveniência do Estado, enquanto intervém no domínio econômico como órgão normativo e regulador do mercado, não havendo quebra do princípio da proporcionalidade ao tempo em que todo o setor produtivo sofreu as conseqüências de uma política econômica de forma ampla e genérica. [...] Vale destacar que foi interposto Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (RE 422941/DF - Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento: 06/12/2005 - Segunda Turma - Publicação DJ 24-03-2006). O voto do Relator, não acompanhado apenas pelo Ministro Joaquim Barbosa, gerou a seguinte ementa, corrigindo a situação em bases próximas àquela apontada nesta tese: CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º. I. - A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II. - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III. - Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º. IV. - Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V. - RE conhecido e provido. Colhe-se do voto do Relator: "No caso, o acórdão recorrido ignorou os prejuízos causados à recorrida pelo poder público, prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia. Ignorou, olimpicamente, os prejuízos, ao curioso argumento de que assiste ao Estado o poder discricionário 'na adequação das necessidades públicas ao contexto econômico estatal'. É dizer, com base na discricionariedade inadmissível num Estado de Direito, é possível ao Estado, ao intervir no domínio econômico, desrespeitar liberdades públicas e causar prejuízos aos particulares, impunemente."

[62] Nesse sentido, ver KRELL, Andreas J. *A recepção das teorias alemãs sobre "conceitos jurídicos indeterminados"...*, op. cit., p. 24.

[63] Conforme alinha Jorge Eduardo Bustamante: "Con el advenimiento de la sociedad industrial, la convivencia social se ha hecho más compleja y las posibilidades de que ciertas formas de ejercicio de los derechos individuales puedan interferir el libre ejercicio de los demás, se han multiplicado. En la mayor parte de los casos, se trata de problemas vinculados a asimetrías de información (marco contractual) o a las llamadas externalidades negativas (marco no contractual)". BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. *Desregulación:* entre derecho y la economía. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 49.

De acordo com a nova compreensão do direito administrativo no constitucionalismo atual, e de modo aparentemente paradoxal, se de um lado há uma "*tendência a reduzir margem*"[64], um "*decréscimo*"[65] e mesmo "*limitação*"[66] da discricionariedade na atuação do administrador público[67], uma verdadeira "*restrição à dimensão constitucional e democrática*"[68] e "*mayor objetividad en la apreciación de los elementos*"[69], importando "*redefini-la, de acordo com os postulados do constitucionalismo pós-positivista, a partir da noção do princípio da juridicidade*"[70]; de outro lado, a complexidade cotidiana, que conduz ao permanente ambiente de ambivalência, impõe uma maior maleabilidade legiferante, atuação executiva e, portanto, espaços para a escolha administrativa[71]. Isso se aplica até mesmo adotando-se uma hierarquia imprópria em que o administrador público deve seguir regras editadas pelo Parlamento de forma preferencial – e não absoluta[72].

Esses fatores trazem mais imprevisibilidade na atuação executiva estatal, afetando direitos fundamentais dos cidadãos. Antonio Francisco de Souza[73] expõe essa questão nos seguintes termos: "*É claro que não se deve perder de vista que a Administração moderna necessita (talvez mais do que nunca, dada a sua intervenção crescente em certos domínios como os da planificação administrativa, da protecção do ambiente, da economia e até mesmo do domínio de polícia) ter as mãos suficientemente livres para responder atempada e adequadamente aos múltiplos imponderáveis com que se defronta e que caracterizam a sua dinâmica própria. Esta é uma realidade que não deve nem pode ser desconhecida. No entanto, essas razões nunca poderão ter por conseqüência prática a desprotecção, ou de qualquer forma a diminuição de garantias, do cidadão.*"

Some-se a isso o fato de que "*quanto aos aspectos técnicos, nem sempre a ciência traz opções (não havendo discricionariedade, mas mera*

---

[64] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia...*, op. cit., p. 135.
[65] MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo...*, op. cit., p. 230.
[66] BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo...*, op. cit., p. 58.
[67] Merece destaque o trabalho desenvolvido por Juarez Freitas, em que só admite a discricionariedade administrativa vinculada a princípios. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.* 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 224.
[68] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, op. cit., p. 14.
[69] MADARIAGA GUTIÉRREZ, Mónica. *Seguridad juridica y administración publica en el siglo XXI...*, op. cit., p. 47.
[70] MORAES, Germana de Olivera. *Controle...,* op. cit., p. 37. Acerca da juridicidade da solução reguladora, remetemos o leitor para a obra de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório...,* op. cit., p. 93.
[71] MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*..., op. cit., p. 195: "A partir da segunda metade do século XX, com a dinâmica intervencionista, ampliaram-se as atribuições administrativas; um número crescente de decisões passou a afetar com mais amplitude direitos e interesses dos indivíduos. Ficava a impressão de que aumentara o campo de atuação livre da Administração".
[72] Notadamente na integração de cláusulas gerais como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência, que transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo...*, op. cit., p. 54. Sobre a definição de cláusulas gerais, remetemos o leitor para a obra de ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico...*, op. cit., p. 192.
[73] SOUZA, Antonio Francisco de. *Conceitos indeterminados...,* op. cit., p. 110. Grifo nosso.

interpretação do desejo legal de eficiência)"[74]. Em síntese, a questão que se apresenta diante dos estudiosos do direito administrativo encerra esses dois pontos de capital e superlativa relevância acerca da escolha discricionária: (i) se a discricionariedade decorre da abertura daquilo que foi disciplinado por lei (inclusive, para a corrente que a defende quando há integração de conceitos jurídicos indeterminados); (ii) se a discricionariedade está fulcrada em critérios de oportunidade e conveniência, constituindo o mérito da escolha executiva pública "*formulados por ela mesma*"[75], isto é, de acordo com "*as decisões de vontade*"[76], seus próprios valores; e (iii) se a complexidade exige a cada dia, "*para desespero do jurista tradicional*"[77], uma "*atuação célere e eficaz da Administração Pública*"[78], ampliando os espaços para as escolhas do Executivo[79], indaga-se: é possível empregar ainda o instituto/fórmula da discricionariedade administrativa em todas as questões cotidianas, em que se destaca a ambivalência do estado pluriclasse, amparada em novas tecnologias, altamente arriscadas e complexas, que se apresentam diante do administrador público? Tudo isso deve ser examinado no ambiente da pós-modernidade, em que se sustenta a redução da discricionariedade com vistas à mediação, transparência, "*auscutação*"[80], "ponderação das condições e circunstâncias concretas"[81] e procedimentalização, com vistas à interdição do arbítrio[82].

---

[74] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*..., op. cit., p. 31.
[75] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 392.
[76] Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução...*, op. cit., p. 206.
[77] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais...,* op. cit., p. 52.
[78] KRELL, Andreas J. *A recepção das teorias alemãs sobre "conceitos jurídicos indeterminados"...*, op. cit., p. 23.
[79] Os diversos sentidos do termo "lei" podem ser conferidos em GUASTINI, Riccardo. "Ley". *In Elementos de técnica legislativa.* Miguel Carbonell e Susana Thalia Pedroza de la Llave (Org.). Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003. p. 13 ss.
[80] CABRAL DE MONCADA. Luís S. *Lei e regulamento...*, op. cit., p. 22. O Autor comenta a necessidade de pluralidade de fontes (legalidade administrativa) nos seguintes termos: "A legalidade administrativa não é indiferente à estrutura social em que é chamada a operar. Numa sociedade complexa e diferenciada como a actual, atravessada por interesses conflitantes, a função de integração que compete ao Estado subentende uma actuação que saiba conciliar os movimentos contraditórios da sociedade civil, realizando o melhor equilíbrio possível entre o pluralismo por vezes anárquico dos interesses e a direcção do processo social. Para a realização daquele equilíbrio é indispensável uma estruturação do procedimento conducente à decisão administrativa que saiba integrar e dar voz aos interesses em presença. A legalidade administrativa muda de sentido: não se manifesta agora tanto na garantia de uma execução fidedigna da lei mas sim na certeza de observância de um 'iter' procedimental adequado à devida audição dos interesses e parceiros patentes na sociedade civil. Aqui os caminhos da legalidade administrativa, embora com eles se não confundam, são paralelos aos da respectiva legitimação". Id. Ibid., p. 25.
[81] KRELL, Andreas J. *A recepção das teorias alemãs sobre "conceitos jurídicos indeterminados"...*, op. cit., p. 25.
[82] Veja-se, por exemplo, a ementa a seguir que compreende a decisão da Agência Nacional de Petróleo não como sendo decorrente de uma discricionariedade, mas de um ato vinculado à lei: "PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA ANTECIPADA VISANDO A PRORROGAÇÃO DE CONTRATO DE EXPLORAÇÃO DO BLOCO BCAM-40, PARA GARANTIR AO CONSÓRCIO AGRAVANTE A CONTINUIDADE DOS TRABALHOS DE PESQUISA E EXPLORAÇÃO DE GÁS NATURAL E DE PETRÓLEO – DECISÃO DA ANP FUNDADA EM PARECER DO TCU – INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS NA EDIÇÃO DE NORMAS GERAIS E VINCULANTES À

Por outro lado, não parece também ser suficiente o argumento de que, para o bem da sociedade e na tentativa de se evitar o arbítrio, por força da juridicidade[83] decorrente do constitucionalismo atual, não mais deve ser possível a atuação administrativa sob o manto da discricionariedade[84]. Em determinadas situações, o Administrador Público deverá atuar discricionariamente, porque a este compete o papel de decidir quando estiver diante de situações que comportam mais de um caminho – meio – para atingir-se o resultado esperado e voltado ao interesse público – fim[85].

A crítica, portanto, que se faz em relação à escolha discricionária – e seu correspondente instituto da discricionariedade administrativa –, é de que este, fundado no binômio "*oportunidade e conveniência*", não mais se apresenta compatível com os casos complexos submetidos à regulação estatal, em que devem ser sopesados, para além do disposto em regras, os custos e benefícios para a solução de conflitos sociais distributivos.

ADMINISTRAÇÃO – TRATAMENTO ANTI-ISONÔMICO, HAJA VISTA A PRORROGAÇÃO DE OUTROS TRINTA E SEIS CONTRATOS NAS MESMAS CONDIÇÕES. I – A tutela antecipada foi indeferida, negado-se às agravantes a prorrogação do contrato de concessão, para exploração de gás natural e petróleo, tendo por objeto o bloco BCAM-40, de 924 km2, localizado na Bacia de Camamú, Bahia. II – A relevância dos fundamentos das agravantes se justificam, haja vista que foram prorrogados outros 36 contratos, baseando-se na Teoria da Imprevisão, situação análoga a dos autos. III – A ANP negou ao consórcio formado pelas agravantes tal prorrogação, lastreada em parecer do Tribunal de Contas da União, que, por sua vez, não tem o condão de vedar o deferimento de novos pedidos de prorrogação, por não deter competência constitucional para editar atos normativos vinculantes à Administração. IV – A própria ANP, analisando pedido de reconsideração formulado pelas agravantes, reconheceu inexistir óbice legal ao atendimento do pleito. V – Não houve discricionaridade, por parte da Administração, quando indeferiu o requerimento de prorrogação formulado pelo consórcio, e sim, vinculação, tendo em vista que a prorrogação seria a solução que mais se aproximaria dos princípios constitucionais que devem nortear a Administração Pública, consubstanciados na razoabilidade, eficiência, boa-fé, isonomia e impessoalidade. VI – Agravo de instrumento provido." Agravo de instrumento n° 86362 – Quarta Câmara do Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Relator: Juiz Benedito Gonçalves – DJU 30/10/2002. Grifo nosso.

[83] O princípio da juridicidade é uma expressão cunhada por MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo...*, op. cit., p. 202 ss, e objeto de amplo e profundo estudo de OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública...,* op. cit., p. 15 ss.

[84] Na obra de BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria...,* op. cit., p. 229, atribui-se graus a uma escala de vinculação da Administração ao direito, em que sustenta que os atos vinculados diretamente a princípios são impropriamente denominados de atos discricionários.

[85] Alexandre Aragão anota: "A adoção de meio diverso do formalmente previsto em lei só pode ser levada a cabo quando o juízo de que atende melhor aos fins legais se encontrar em uma zona de certeza positiva, ou seja, se estiver fora de dúvida razoável que o meio não previsto expressamente em lei atende melhor aos objetivos dela. Se houver juízos razoáveis (mesmo que não unânimes) de que o meio expressamente previsto em lei poderia ser igualmente eficiente do ponto de vista do atendimento dos objetivos alvejados, ele, obviamente, deverá prevalecer. É nessa perspectiva que, por exemplo, nada impede, ao revés, pode até aconselhar, de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade do poder concedente, que, ao invés de impor coercitivamente a realização de investimentos com os quais a concessionária havia se comprometido no contrato de concessão, adote, em consenso com a concessionária, um novo plano de investimentos que, indubitavelmente, seja adequado à realidade do momento". ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos...,* op. cit., p. 375. Grifo nosso.

Sob três ângulos se apresenta a questão, que agrava a insegurança jurídica: a primeira está ligada à impossibilidade da regulação de assuntos técnicos e econômicos, altamente complexa, depender de soluções que o legislador ordinário "*descobriu*" e positivou, ou soluções de mera "*vontade*" engastada na "órbita de livre decisão"[86]; a segunda consiste no risco da concentração e excesso de funções nas mãos do Poder Executivo em temas complexos, envoltos em matérias altamente técnicas, sem referenciais objetivos e predeterminados, de difícil acesso e compreensão pela maior parte da população brasileira; o terceiro, refere-se ao possível "*esvaziamento da discricionariedade*"[87] por meio de mecanismos normativos.

Veja-se a manifestação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[88], em que adverte que a escolha discricionária segue os contornos daquilo que foi identificado pelo Poder Legiferante: "*Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, eqüidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí porque se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.*"[89]

Se a discricionariedade administrativa corresponde a uma margem de liberdade conferida pelo Parlamento à Administração[90], que surge quando sua atividade não está plenamente definida em lei, esse instituto não é suficiente para legitimar atuações executivas estatais dinâmicas em subsistemas que precisem de algo mais do que aquilo que a regra previu e foi "*atribuída por via legislativa, caso a caso*"[91]. A regulação, diante da tecnicidade, com farta

---

[86] KRELL, Andreas J. *A recepção das teorias alemãs sobre "conceitos jurídicos indeterminados"...*, op. cit., p. 23.

[87] O "esvaziamento" da competência discricionária é comentado por Paulo Otero na obra *Legalidade e administração pública...,* op. cit., p. 850 ss.

[88] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 196-197.

[89] Id. Ibid. Grifo nosso.

[90] Como atesta Diogo de Figueiredo Moreira Neto em suas palavras: "Convém lembrar, porém, que este poder de instituir as hipóteses de discricionariedade é exclusivo do legislador e jamais do administrador público. [...] Em outros termos, o assim denominado 'poder discricionário' é efetivamente exercido pelo Poder Legislativo, quando resolve abrir na lei um espaço decisório substantivo à Administração para que seja por ela integrado, e não por esta, quando preencha os requisitos de legalidade e de legitimidade necessários para torná-la exeqüível". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público...*, op. cit., p. 299.

[91] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, op. cit., p. 169. Nesse sentido, colhe-se a manifestação doutrinária de Patrícia Baptista: "A pluralidade dos interesses existentes na sociedade deve convergir para a formação de um novo *interesse público*, que não se confunde com aquele

integração de conceitos técnico-jurídicos indeterminados[92], não se enquadra nos diminutos espaços residuais do processo legiferante, nem, tampouco, se conforma no estreito vezo regulamentar, autônomo ou de execução[93]. Ela

---

fixado pelo legislador, mas, ao contrário, é tido como uma grandeza autônoma pluralista". BAPTISTA, Patrícia. *Transformações...*, op. cit., p. 204.

[92] O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar acerca do controle judicial sobre a integração, pelas agências reguladoras, dos conceitos jurídicos indeterminados: ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI N. 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUSPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo. 2. A delimitação da chamada "área local" para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão. 3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das "áreas locais" estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir. 4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários. 4. Recurso especial conhecido e provido. REsp 572070/PR; RECURSO ESPECIAL – 2003/0128035-1, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 16/03/2004 e Data da Publicação/Fonte DJ 14.06.2004, p. 206.

[93] Vale trazer acórdão da 1ª Turma do Eg. Superior Tribunal de Justiça, no agravo regimental na medida cautelar 10443/PB, em que funcionou como Relator o Ministro Francisco Falcão, no julgamento ocorrido em 13/12/2005, publicado no Diário de Justiça de 06.03.2006. Consistiu em medida cautelar, com pedido de liminar, ajuizada pela TNL PCS S⁄A – OI, buscando atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra o acórdão proferido em agravo de instrumento, o qual reverteu decisão que havia indeferido tutela antecipada em ação civil pública para acabar com a prescrição dos créditos do sistema de celulares pré-pago. O julgamento em questão levou em consideração o voto-vista do Ministro Luiz Fux, que assim ementou sua decisão, enfrentando o tema da capacidade técnica das entidades reguladoras independentes: LIMINAR E TELEFONIA. SERVIÇO PRÉ-PAGO. DEFESA AO CONSUMIDOR. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. CAUTELAR E EFEITO SUSPENSIVO. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* PRESENTES. ATUAÇÃO CONFORME ATO DA AGÊNCIA REGULADORA. 1. Vigente ato normativo da Agência Reguladora cujo escopo é regular o segmento, não podem os estabelecimentos regulados absorverem danos e punições pelo fato do cumprimento das regras maiores, posto engendrarem exercício regular do direito. 2. A modificação *ex abrupto* dessas regras da Agência Reguladora por tutela provisória em liminar concedida em ação, acarreta *periculum in mora*, mercê de o *fumus boni iuris* repousar no cumprimento do ato da Agência. 3. Deveras, somente a ausência de nulificação específica do ato da Agência autoriza o Judiciário e intervir no segmento, sob pena de invadir seara administrativa estranha ao Poder Judiciário. (Sérgio Guerra *in* Controle Judicial dos Atos Regulatórios, Editora Lumem Juris, Jan⁄2005, págs. 355⁄369). 4. *Ratio essendi* dos precedentes da Corte Especial na análise de Suspensões de Segurança calcadas em atos das Agências e no princípio *pacta sunt servanda*. (AgRg na SL 57⁄DF, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ 06.09.2004). 5. Impossibilidade de atendimento técnico

carece de mobilidade, flexibilidade e "remete o intérprete do direito a um tipo de função [...] dotada de riqueza e dinamismo sensivelmente maior do que a mera regulamentação"[94].

Esses aspectos vêm à tona no questionamento da discricionariedade, como advertiu Odete Medauar[95], ao afirmar que a realidade atual retrata a existência de inúmeros centros políticos titulares de poderes e a ampliação dos direitos dos indivíduos, o que, em síntese, leva à heterogeneidade dos interesses e à pressão dos indivíduos e grupos sobre a Administração para o atendimento de suas reivindicações. A autora registra a progressiva tecnicização no tratamento dos assuntos afetos à Administração Pública com a adoção de práticas consensuais e conciliatórias, não somente, portanto, as dotadas de imperatividade. "*O conjunto desses fatores acarreta a mudança da natureza pura da discricionariedade*", pregando-se a "*necessidade de nova disciplina para que se torne objetiva, imparcial, controlável*"[96]. Até porque "*não há discricionariedade ampla na atuação dos agentes econômicos, mas mera integração técnica do comando legal que reflete a decisão política*"[97].

Nesse contexto, para o alcance do ponto ótimo da regulação, não se verifica condições de enquadrar todo o espaço destinado à atuação da Administração Pública como sendo decorrente de uma escolha discricionária.

4 Nova fórmula de direito administrativo: a *reflexividade administrativa* sob o binômio prevenção/mediação

O Direito, na lição de Pablo Lucas Verdú[98], é sempre produto da consciência jurídica de uma convivência, movendo-se ou tendendo a mover-se em harmonia com as exigências da vida comum. Se o desafio do passado foi não mais que o de simplesmente acompanhar o desenvolvimento das sociedades, adaptando reativamente as decisões políticas e as soluções

---

da decisão liminar, que configurou para o Relator *periculum in mora* inverso, máxime porque a adoção da providência contrária ao ato da ANATEL (art. 55 da Resolução 316⁄2002, e itens 4.6 e 4.6.1, da Norma 03⁄98). 6. Notória inversibilidade do provimento (art. 273, § 5º, do CPC), revelando-se prematura, em sede de liminar, alterar-se um quadro normativo complexo e idealizado pela Agência Reguladora, induzindo o Judiciário não só a invadir a seara administrativa exclusiva da Agência, como também a atuar como legislador positivo, em manifesta afronta à sedimentada jurisprudência da Corte Suprema. 7. Agravo Regimental provido, para deferir a medida liminar, acompanhando o E. Relator. Grifo nosso.

[94] TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Controle judicial...,* op. cit., p. 159. Segundo o autor: "o desafio, portanto, reside no isolamento dessa categoria de atos relativos ao direito regulatório, isto é, provimentos originários do exercício do poder normativo, inconfundíveis, entretanto, com o clássico poder regulamentar, mas que formalmente não têm o status de lei." Id. Ibid.

[95] MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução...*, op. cit., p. 196.

[96] Id. Ibid.

[97] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*..., op. cit., p. 37.

[98] LUCAS VERDÚ, Pablo. *O sentimento constitucional:* aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 37.

jurídicas aos fatos, o desafio do presente é o de anteciparem-se as decisões e as soluções ao futuro, para que cada vez mais o tenhamos sob controle[99].

No caso específico do direito administrativo, materializado por meio de escolhas feitas pelos administradores públicos, este deve não mais se limitar a acompanhar os acontecimentos apenas para acudir e prover *a posteriori* as soluções demandadas. Deve, ao contrário, criar condições para a condução do conhecimento científico pela previsão dos problemas, que se esboçam na evolução das tendências identificadas[100]. "*El mejor gobierno del Estado es aquel que con eficiencia es capaz de asegurar el desenvolvimento estable de las libertades; que garantiza el orden y la seguridad en el ejercicio de los derechos y prerrogativas ciudadanas; que genera oportunidades para todos los miembros de una comunidad organizada; que se ocupa de restablecer los equilibrios cuando éstos se ven quebrantados, alterados o seriamente amenazados. Y que sabe prever lo que será el futuro para proporcionar información oportuna y confiable a los agentes productivos de la nación*."[101]

Como dito, se o desafio da complexidade cotidiana não pode acoplar-se, simplesmente, a uma generalização da competência vinculada, sendo, assim, indispensável adaptar-se constantemente aos valores, aos princípios e às circunstâncias particulares e mutáveis que a norma não pôde prever[102], de outro lado, a Administração instrumentada por campos de atuação discricionária, ainda que se sustente a vinculação direta à Constituição[103], não oferece aos cidadãos qualquer garantia de respeito a seus direitos.

Com efeito, no campo da discussão doutrinária acerca da distinção entre política e administração, "*situa-se a ambiguidade da idéia de Administração executora e neutra*" e "se coteja à existência de atuações com

---

[99] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público...*, op. cit., p. 25.
[100] Id. Ibid., p. 226.
[101] MADARIAGA GUTIÉRREZ, Mónica. *Seguridad juridica y administración publica en el siglo XXI...*, op. cit., p. 11. Grifo nosso.
[102] Sobre esse aspecto, Alexandre Santos de Aragão anota: "Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da socidade, com diversas constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à "lei e ao Direito", o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei de Processo Administrativo Federal (art. 2º., parágrafo único, I)". ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*..., op. cit., p. 336-337.
[103] Na advertência de Gustavo Binembojm: "A Constituição, porém, [...] funciona também qual critério imediato da tomada de decisões pelo administrador. Neste aspecto, evidencia-se a constitucionalização do direito administrativo, numa clara limitação dos espaços discricionários da Administração Pública, que se devem pautar não apenas na finalidade legal, como também nos fins constitucionais. É dizer: entre duas opções legalmente possíveis, o juízo de conveniência e oportunidade será cerceado para que a opção preferencial seja aquela que atenda às normas da Constituição, o que trará como conseqüência a possibilidade de que o Administrador, em certos casos, atue segundo um juízo de ponderação". BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo...,* op. cit., p. 131-132.

ampla discricionariedade"[104]. Contudo, esta se volta, em diversas situações, ao arbítrio despótico.

Nesse contexto, o direito administrativo deve-se valer de uma nova fórmula que se adeque a essa à *pós-modernidade*. A fórmula – ou instituto – de direito administrativo de que ora se cogita é a *reflexividade administrativa*.

A proposta de teorização da *reflexividade administrativa* não se limita a rebatizar a vetusta discricionariedade, dar-lhe uma nova denominação a exemplo do que outrora ocorreu com a denominada "*discricionariedade técnica*". O *nomen iuris*, se não é irrelevante, parece ser desinfluente. A idéia que norteia a pretensão de deslocar a discricionariedade administrativa do eixo de atuação do regulador público está no fato de que a Administração e o Poder Judiciário[105], cada um dentro de suas competências constitucionais, carecem de um instituto de direito administrativo para, efetivamente, exercerem um papel ativo na atuação executiva – e respectivo controle – dos temas cotidianos atrelados às escolhas regulatórias que afetam direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Mas por que *reflexividade administrativa*? Por que não *mediação administrativa* ou, quem sabe, outra denominação mais popular?

Reflexividade, que, classicamente nas teorias sociais contemporâneas, apresentou-se quase como um sinônimo de razão, não recebe da doutrina uma definição clara e precisa[106]. Contudo, delineia ser relevante quando da revisitação do tema que destaca a questão da insegurança[107]. No século passado, buscou-se, implicitamente na maioria das vezes, a elaboração de alternativas a essa perspectiva reflexiva, com enfoque variado; entretanto, a própria sociologia reintroduziu, em grande medida, essa abordagem em seu arcabouço conceitual[108].

---

[104] Cf. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução...,* op. cit., p. 137.

[105] Por exemplo, Marçal Justen Filho assevera, em termos de controle judicial dos atos regulatórios discricionários, o seguinte: "Insista-se em que o ato produzido pela agência, ainda quando apto a produzir efeitos abstratos e gerais, continua a se qualificar como ato administrativo. Trata-se de uma manifestação de discricionariedade, que demanda exame e qualificação pelo Judiciário segundo os princípios gerais vigentes. Isso significa que o exercício de competências vinculadas comporta ampla investigação pelo Judiciário. Mesmo no tocante à discricionariedade é possível cogitar da fiscalização jurisdicional. O controle jurisdicional não pode invadir aquele núcleo de autonomia decisória inerente à discricionariedade. JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras...*, op. cit., p. 590. Grifo nosso.

[106] Lash, por exemplo, divide a reflexividade em "estrutural", em que a ação, libertada das restrições da estrutura social, reflete as "regras" e os "recursos" dessa estrutura nas condições sociais da existência, e em "auto-reflexividade", em que a ação reflete-se em si mesma. LASH, Scott. A reflexividade e seus duplos: estrutura, estética, comunidade. In *Modernização reflexiva:* política, tradição e estética na ordem social moderna. Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scott Lash. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997. p. 141.

[107] Id. Ibid., p 142.

[108] Não pretende-se adentrar no debate sociológico acerca da reflexividade. Remete-se o leitor, por ser conciso, mas bastante esclarecedor, o artigo de DOMINGUES, José Maurício.

Doutrina contemporânea[109] traduz a reflexividade – direito reflexivo – como sendo a capacidade de um sistema tematizar sua própria identidade, de perceber como, em seu meio, operam outros sistemas e relações de interdependência. Cada sistema – ou subsistema – coloca-se a si mesmo no papel de outros sistemas para ver, dessa perspectiva, seu próprio papel, institucionalizando mecanismos aptos a viabilizar uma recíproca autolimitação das possibilidades de ação e tendo em vista seus respectivos valores, seus interesses e suas necessidades.

A reflexividade caminha no sentido de viabilizar a autonomia regulada dos sistemas, permitindo a maximização de sua racionalidade interna mediante adequados procedimentos de formação do consenso e tomada de decisão coletiva. Gunther Teubner se destacou no estudo da reflexividade ("*processualização dos processos*")[110] inserida na "*auto-referência*"[111] do Direito como sistema autopoiético. O autor genebrino teorizou uma nova auto-referencialidade do Direito, de forma diversa do sistema fechado (de viés positivista)[112] e do sistema aberto (sob bases axiológicas)[113].

Para Teubner, só por meio de auto-observação e referência a si próprios podem os sistemas continuar a se organizarem e se reproduzirem como tais, como sistemas distintos do respectivo meio envolvente. São as próprias operações sistêmicas que, em uma dinâmica circular, produzem seus elementos, suas estruturas e processos, seus limites e sua unidade essencial[114]. No lugar de o subsistema repetir a mesma função, a reflexividade faz com que ele construa suas operações de modo "*a informar o futuro desenvolvimento de suas próprias operações*"[115], assegurando a "integração de seus sistemas parciais diferenciados"[116] e desenvolvendo "*laços com a realidade social*"[117]. A "*norma procedimental*"[118] não se destaca pela

---

Reflexividade, individualismo e modernidade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v.17 n.49, p. 55-169, São Paulo, jun. 2002.

[109] FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada...*, op. cit., p. 195-196.

[110] TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético...*, op. cit., p. 134.

[111] Id. Ibid., p. 35.

[112] O autor afirma que o sistema autopoiético não se confunde nem se imbrica com o positivimo nos seguintes termos: "A fim de afastar todas as suspeições de positivismo e autarcia há que esclarecer desde já que a idéia de auto-produção de modo algum implica que todas as causas – nem sequer que as causas mais importantes (e quem poderá determinar o critério dessa importância?) ou as mais frequentes – estejam localizadas dentro do sistema. A verdade é que – não obstante todas as afirmações e interpretações em sentido contrário feitas pelos seus opositores – a teoria autopoiética considera que a influência das condicionanetes sociais, econômicas e políticas do direito não está excluída, mas é mesmo pressuposta, por um sistema jurídico auto-produtivo. Não é a inexistência desta influência proveniente do meio envolvente o que a teoria autopoiética veio inovadoramente sublinhar, mas apenas a forma particular como aquela se repercute no sistema." Id. Ibid., p. 44. Grifo nosso.

[113] Id. Ibid., p. 27 ss.

[114] Id. Ibid., p. 31-32.

[115] Id. Ibid., p. 41.

[116] FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada...*, op. cit., p. 196.

[117] TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético...*, op. cit., p. 143.

[118] FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada...*, op. cit., p. 184. Nas palavras do autor sobre essa norma procedimental: "Na elaboração teórica desse tipo de norma, que até certo ponto se insere na tradição dos projetos juspolíticos dos séculos XVII e XVIII de

imperatividade, não sendo capaz de atuar como um comando vinculado a ameaças de sanções punitivo-repressivas com o objetivo de prescrever comportamentos obrigatórios.

A reflexividade é compatível com a mobilidade do direito administrativo econômico[119]. Limitada ao estabelecimento de condições contextuais destinadas a facilitar a operatividade autônoma de cada subsistema regulado e "*por assegurar um mínimo de critérios e de referências comuns e forjar uma estrutura normativa que não incida de maneira direta no funcionamento interno de qualquer subsistema*"[120], facilita entendimentos, estimula negociações e viabiliza soluções adaptáveis para cada situação específica, "*introduzindo na ordem jurídica uma flexibilidade inédita e desconhecida pelos padrões legais prevalecentes, tanto no Estado liberal quanto no Estado intervencionista*"[121].

Ou seja, a reflexividade, como "*novo paradigma científico*"[122] é concebida "*com base no postulado de que a hipercomplexidade da sociedade contemporânea a impede de ser regulada pelos instrumentos normativos tradicionais*" e, por isso, não "*estabelece a priori a regra do jogo nem, muito menos, impõe a consecução de resultados com base numa racionalidade substantiva ou material*"[123].

Beck[124] informa que na sociedade de risco o reconhecimento da imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial exige a *auto-reflexão* em relação às bases da coesão social e o exame das convenções e dos fundamentos predominantes da racionalidade. Giddens[125] fala, do ponto de vista reflexivo, em "*monitoramento*" das atividades sociais sujeitas à revisão decorrente de "*novas informações*" e "*novos conhecimentos.*" Tudo isso, na visão de Lash[126], aponta uma nova mudança para a dialética do esclarecimento.

Segundo Benjamin Zymler[127], os mecanismos intersistêmicos da observação e da interferência estabelecidos entre o subsistema jurídico e os demais subsistemas tendem a produzir efeitos regulatórios mais eficientes, a

---

recomendar a conversão da sociabilidade e da solidariedade potencialmente existentes na sociedade internacional em fonte de definição e afirmação de anseios e valores comuns, enfatizando um cálculo positivo de combinação de interesses, estimulando as partes a se conscientizar dos ganhos possíveis com a substituição de posturas conflitivas por posturas cooperativas e realçando a funcionalidade de uma interdependência infra, inter e supra-estatal, o pensamento jurídico contemporâneo vem chamando de 'responsivo', 'reflexivo' ou 'relacional' o direito por ele constituido". Id. Ibid. p. 186.

[119] Sobre a mobilidade do direito administrativo econômico, veja-se 1.5.4.

[120] FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada...*, op. cit., p. 194.

[121] Id. Ibid., p. 185.

[122] Id. Ibid., p. 186.

[123] Id. Ibid., p. 185.

[124] BECK, Ulrich. *A reinvenção da política...*, op. cit., p. 19. Acompanhando esse pensamento, ver HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*..., v. II, op. cit., p. 176.

[125] GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade...,* op. cit., p. 54.

[126] LASH, Scott. *A reflexividade e seus duplos...,* op. cit., p. 138.

[127] ZYMLER, Benjamin. Política, direito e reforma do estado: uma visão funcional-sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a.37, n. 147, p. 35-49, jul./set./2000. p. 44.

partir da incorporação de um maior grau de reflexividade ao Direito. Dessa forma, a reflexão jurídica deve tomar em conta o fato de que o Direito constitui um sistema autopoiético de segundo grau diferenciado funcionalmente e que interage limitadamente com outros subsistemas autopoiéticos de segundo grau também diferenciados funcionalmente. Daí, conclui o autor: "*Para isso, indispensável que doutrina jurídica passe a formular modelos de interação intersistêmicos mais apropriados e a promover gradativamente os ajustes necessários à otimização da regulação social pelo Direito.*"

Reflexevidade administrativa, contudo, não implica apenas a "reflexão" feita pelo administrador público sobre as questões postas diante de si para a construção da escolha administrativa; pretende-se ir mais longe. A *reflexividade administrativa* deve conformar a capacidade de o administrador público pensar a situação concreta em si mesma para estabilizar o subsistema e minimizar a insegurança[128].

O administrador deve, por meio de uma "clausura auto-referencial"[129] do subsistema, permitir que brote, de forma cíclica, a produção de encaminhamentos decorrentes das próprias condições originárias de produção do subsistema, isto é, este deve deixar de fazer suas escolhas com base no que entende ser, em sua ótica, conveniente e oportuno, encarando a situação (o caso concreto) em si mesma, sistemática e transparentemente, ao longo de uma interpretação analítica e empírica, para além de suas experiências pessoais, de difícil – se não impossível – sindicabilidade por terceiros[130].

De acordo com Alexandre Santos de Aragão, na busca da realização dos fins últimos da lei, o Direito, para ter eficácia diante da realidade prática do setor regulado, deve tentar "*compreender os códigos do sistema social regulado, buscando, através da permeabilização das fronteiras dos sistemas jurídico e econômico, o acoplamento de suas respectivas lógicas*"[131]. E complementa: "*O agente econômico age para alcançar objetivos do subsistema social econômico (lucro-prejuízo), não por ditames do subsistema do Direito (legal-ilegal). Para ele o cumprimento ou o descumprimento da norma jurídica é um dos elementos das relações custo-benefício com as quais lida na condução dos seus negócios. Assim, podem existir atos contrários ao Direito que não apenas sejam admitidos, como às vezes até se imponham do ponto de vista da*

[128] Para Lash, esse enfoque (reflexividade como minimização da insegurança da sociedade) é a tônica do pensamento de Beck e Giddens. LASH, Scott. *A reflexividade e seus duplos...,* op. cit., p. 142.
[129] TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético...*, op. cit., p. 32.
[130] Conforme adverte Daniel Sarmento ao comentar a pluralidade de fontes em setores altamente especializados da economia: "A regulação jurídica emergente destas fontes não estatais não se submete aos mecanismos de legitimação democrática das leis, e opera num espaço nem sempre transparente, muitas vezes impenetrável à fiscalização pela opinião pública. Tal fato aumenta os riscos para os direitos humanos, e expõe o indivíduo a novas formas de opressão, por vezes mais difícies de enfrentar que a proveniente do próprio Estado". SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais...*, op. cit., p. 52.
[131] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*..., op. cit., p. 366.

economia. Nesses casos, há uma contradição entre o que é verdadeiro no subsistema jurídico e o que é imposto no subsistema econômico."[132]

A hipercomplexidade da sociedade contemporânea a impede de ser regulada apenas por categorias normativas tradicionais cunhadas no liberalismo e no intervencionismo, com racionalidades, respectivamente, formal e material. "*Mais do que a existência de regras originais, é a preocupação de descobrir novas noções que parece caracterizar principalmente o direito administrativo económico atual*"[133]. Nessa senda, o direito administrativo econômico deve perseguir uma atuação pública por meio da escolha regulatória reflexiva, que construa espaços abertos pela deslegalização e uma "espécie de ciência das perguntas"[134] ao invés de uma "ciência das respostas"[135].

Por meio dessa nova fórmula – *reflexividade administrativa* – pretende-se que sejam possíveis e melhor controláveis (i) a observância de mecanismos de prevenção dos riscos, e (ii) a "articulação e a mediação de interesses"[136] com vistas ao planejamento dos limites entre os subsistemas[137]. Tudo isso com a participação da sociedade na definição das principais pautas sociais e econômicas em permanente "interlocução com as corporações contemporâneas",[138] haja vista, notadamente, que *normas de prevenção*, "*emitidas pelo legislador, só conseguem regular parcialmente programas de ação tão complexos e dinâmicos que antecipam o futuro e dependem de prognóstico e autocorreção*"[139].

A prevenção que ora se cogita corresponde à base para escolhas administrativas difíceis, no sentido de que o Estado se antecipe aos desafios decorrentes da complexidade cotidiana, que traz riscos à sociedade – por isso, alguns autores a denominam de sociedade de riscos. Não se trata do "princípio da precaução", normalmente associado às questões ambientais. O princípio da precaução é aquele que determina que não se produzam intervenções no meio ambiente antes de ter a certeza de que estas não serão adversas para o mesmo[140]. Isto é, enquanto a prevenção se aplica aos impactos que são desconhecidos, a precaução corresponde à aplicabilidade de impactos que já se conhece, mas que são, no entanto, incertos.

---

[132] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*..., op. cit., p. 367. Grifo nosso.
[133] LAUBADÈRE, André de. *Direito público económico*..., op. cit., p. 121.
[134] BECK, Ulrich. *A reinvenção da política...*, op. cit., p. 44.
[135] Id. Ibid.
[136] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação estatal...*, op. cit., p. 81.
[137] Cf. BECK, Ulrich. *A reinvenção*..., op. cit., p. 42.
[138] Cf. BECK, Ulrich. *A reinvenção*..., op. cit., p. 82.
[139] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*..., v. II, op. cit., p. 176.
[140] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental.* 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 36-37. Para uma correta análise da diferença entre precaução e prevenção, remete-se o leitor para o artigo de FREITAS, Juarez. Os princípios constitucionais da precaução, proporcionalidade e motivação no direito ambiental. Belo Horizonte, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 7, p. 551-570, jan./jun. 2006.

Deve-se ter a prevenção como base da *reflexividade administrativa* para contenção dos perigos abstratos[141] a que está submetida a sociedade. O conteúdo cautelar da prevenção se relaciona com a necessária detenção e disponibilização de informações certas e, na medida do possível, precisas, sobre os riscos que podem afetar o subsistema regulado e, conseqüentemente, os usuários, consumidores e agentes regulados que prestam serviços públicos e exercem atividades econômicas reguladas.

Do mesmo modo, a mediação deve ser a outra parte da base de sustentação que compõe o binômio de estruturação da *reflexividade administrativa*. Esse novo instituto, adverte Faria[142], pode configurar o meio capaz de se produzir um ordenamento apto a substituir a coerção pelo consenso, o comando pela negociação, a decisão imperativa pela persuasão, a imposição pelo acordo, a subordinação pela coordenação, a intervenção controladora por mecanismos descentralizados de autodireção.

Por considerar a existência de uma nova ambivalência, a instituição de uma "mediação sistêmica"[143] pode ser capaz de formar o consenso. Segundo Beck, os fóruns de negociações certamente não são máquinas de produção de consenso com uma garantia de sucesso. Eles não podem abolir o conflito nem tampouco os perigos incontroláveis da produção industrial. Contudo, podem estimular a prevenção e a precaução e atuar rumo a uma simetria de sacrifícios inevitáveis[144].

Com arrimo em Giannini, Nigro e Plantey, Odete Medauar[145] conjuga a idéia de que, subjacente ao modo de atuar contemporâneo da Administração Pública, encontra-se a "idéia de troca de pontos de vista", de elaboração em comum de soluções. Ainda que surjam situações em que não será possível "substituir indiscriminadamente a atuação unilateral da Administração"[146], o consenso entre vários sujeitos possibilitam mais facilmente a compatibilização de interesses, todos públicos ou em parte públicos e em parte privados, trocando-se a decisão pela discussão, do comando pela negociação, evitando-se decisões unilateralmente impostas. "*A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas*

[141] Conforme advertência de Anthony Giddens, perigo e risco estão intimamente relacionados, mas não são a mesma coisa. Sobre essa questão, remete-se o leitor para a obra do autor: *As consequências...*, op. cit., p. 42.
[142] FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada...*, op. cit., p.194.
[143] BECK, Ulrich. *A reinvenção da política...*, op. cit., p. 41.
[144] BECK, Ulrich. *A reinvenção da política...*, op. cit., p. 43.
[145] MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo...*, op. cit., p. 209-210.
[146] BAPTISTA, Patrícia. *Transformações...,* op. cit., p. 270.

e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.[147]

Diante da patente ambivalência, o Estado deve aparecer agora como interlocutor junto aos diversos grupos de interesses econômicos, sociais e culturais existentes na sociedade, encontrando-se a legitimidade de suas próprias decisões, normativas ou não, em um procedimento negocial e auto-referencial visando a obter o consenso mediado[148]*. A consensualidade, decorrente da mediação, faz dos contratos e acordos de programa as formas jurídicas típicas da atuação administrativa que permitem vislumbrar a cooperação entre Estado e sociedade, que passam a atuar em um mesmo nível no instante em que se busca a redução dos riscos e conflitos*[149]*.*

Por fim, e diante da estruturação acima proposta, a escolha regulatória, com fulcro nas premissas da reflexividade administrativa, permite, assim, o alargamento do controle jurisdicional e, portanto, é compatível com o papel censório do Poder Judiciário, pois "as consequências da reflexividade podem demasiadamente resultar em novas inseguranças, em novas formas de subjugação"[150].

Com arrimo em Nigro, Vasco Manuel da Silva[151] anota: "O fenómeno de generalização do uso da técnica na actividade administrativa, apresenta igualmente consequências do ponto de vista do controlo jurisdicional da Administração. De facto, a "tecnicização" da vida administrativa reduz o âmbito da discricionariedade, o que produz regularidade e previsibilidade mesmo em apreciações não puramente técnicas. A utilização de meios técnicos por parte da Administração Pública permite, assim, o alargamento do controlo jurisdicional que, não podendo ser igual ao das vinculações legais, possibilita, no entanto, a fiscalização dos casos extremos de má utilização de meios e de conhecimentos técnicos, mediante a via do "erro manifesto" ou da violação do princípio da proporcionalidade."

Esse controle deve observar os valores, os princípios e as regras garantidas pela força normativa da Constituição Federal, com vistas a conter os excessos perpetrados pelo Administrador Público, pelos agentes regulados – que detêm o poder econômico privado –, ou mesmo por manipulação de

---

[147] MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo...*, op. cit., p. 211. Grifo nosso.
[148] OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública...*, op. cit., p. 142 ss.
[149] "A crescente importância dos instrumentos consensuais na governança moderna vem alicerçada em sólidas premissas: aprimorar a governabilidade pelo incremento da eficiência; reduzir o abuso de poder pela ampliação do controle de legalidade; facilitar a aceitação da decisão pela participação legitimatória; melhorar o atendimento dos interesses envolvidos, aperfeiçoando a licitude; elevar o senso de responsabilidade dos administrados sob a res publica, resultando no aperfeiçoamento do civismo, e garantir maior aceitabilidade social, do que resulta incremento na ordem". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório...,* cit., p. 110.
[150] LASH, Scott. *A reflexividade...,* op. cit., p. 139.
[151] SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca...*, op. cit., p.109. Grifo nosso.

informações de segmentos da sociedade – e seus representantes. Sobre este aspecto, impõe-se, a seguir, uma digressão mais detida.

Conclusão

Com o surgimento do Estado de Direito, trazendo consigo o constitucionalismo, buscava-se a preservação da liberdade individual e a segurança do território no primado da lei geral e abstrata. O Brasil sofreu, no campo do direito administrativo, os influxos das concepções revolucionárias e napoleônicas, de modo que a análise evolucionista do princípio legalitário naquele país da Europa continental e suas repercussões nas escolhas administrativas apresentam-se extremamente relevantes para o conhecimento das origens e a reavaliação do próprio direito administrativo pátrio.

A doutrina que deu base aos revolucionários franceses para a estruturação do Governo sustentava que todas as carências deveriam ser supridas pelo contido na lei, sob a forma da vontade geral *hobbessiana.* Perfilhava-se a idéia de uma divisão de poderes na qual não se identificava muitos espaços para a escolha administrativa, cabendo à Administração Pública poucas funções de ordenação.

Inicialmente, o princípio da legalidade, no molde constitucional, tinha um viés positivo, permitindo à Administração Pública fazer somente aquilo que constava, expressamente, da norma. A sociedade política era monista, fazendo com que a lei fosse a expressão jurídica da hegemonia da burguesia liberal, reconhecida com superioridade frente a todos os demais atos jurídicos, até mesmo o constitucional.

Como se pôde constatar, um fato, porém, foi decisivo para o futuro da Administração Pública francesa. Os revolucionários, diante do receio e da postura dos antigos Parlamentos judiciais, não seguiram a ortodoxia doutrinal. Despontou dessa atuação um Poder Executivo forte, que proporcionou a fundamentação do poder regulamentar da lei (inicialmente de mera execução e, posteriormente, autônomo).

Para além disso, e considerando que seria impossível que o Poder Legislativo estivesse, a toda hora, legislando sobre tudo, especialmente pelo fato de que a realidade dos sistemas político, social e econômico, com o passar dos tempos, se mostrou muito mais complexa, a lei, indicando apenas soluções unívocas e inalteráveis, passou a ser insuficiente. Daí surgiram espaços e aberturas normativas para o exercício de escolhas pela Administração Pública, conferindo-lhe certo protagonismo político.

A redução do Estado a um aglomerado de serviços públicos retirou a pretendida autoridade especial a suas manifestações legislativas e preparou o

terreno para que a ordem normativa da lei pudesse ser substituída no contato com o cidadão por meio de regulamentos.

O Poder Executivo, por meio de escolhas determinativas de conceitos legais e escolhas discricionárias, tornou-se praticamente autônomo. Some-se a isso o fato de que o Estado Liberal entrou em crise por não atender aos interesses da maior parte da população. Criou-se um antagonismo classista, gerando o recrudescimento de questões sociais. O Estado passou a implantar uma intervenção econômica, enfrentando o conflito distributivo em vista das necessidades das minorias.

Surgiram novas Constituições (México, Weimar etc.), tidas como eixo normativo do intervencionismo estatal, abrindo-se espaço para uma forte atuação discricionária do Poder Executivo. Na ação discricionária, o Administrador passou a ter uma alta dose de liberdade de escolha sob o binômio "conveniência e oportunidade", constituindo, então, um imperscrutável mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário. De acordo com sua exclusiva compreensão e com seus valores, o Administrador Público passou a escolher a solução que entendia ser cabível para a efetivação do fim público, supostamente unívoco e predeterminado.

> A integração da norma por critérios identificados pelo administrador público, muitas vezes com abuso ou desvio de poder, passou a não ser considerada uma faculdade ilegal. Ao contrário, apresentava-se diante da atribuição estabelecida pela própria lei.
>
> Diante de todos esses fatos, pretendeu-se destacar, nesta seção, a dificuldade de se distinguir discricionariedade e arbítrio, notadamente diante da base estrutural desse instituto: a conveniência e a oportunidade, que exclui a participação do cidadão na definição dos interesses em presença. Constatou-se haver incompatibilidade entre esse instituto e um dos principais traços da pós-modernidade, qual seja, o fato de a atuação estatal, em um determinado aspecto do conjunto social, tender a produzir reflexos em outro segmento e afetar o direito individual.

Verificou-se que a regulação de atividades econômicas pelo Estado desponta como uma "nova" categoria de escolha pela Administração Pública, sendo a estrutura estatal necessária para equilibrar os subsistemas regulados, suprir as falhas do mercado e ponderar os diversos interesses ambivalentes. Chegou-se à conclusão de que a escolha regulatória descentralizada tem mais condições de enfrentar os desafios da reflexividade da vida social, que consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando assim seu caráter. Concluiu-se que a compatibilização desse modelo de atuação estatal com a pós-modernidade está no fato de que o Estado deve, ainda, conter os excessos perpetrados pelos agentes que detêm o poder econômico privado por meio de valores e princípios garantidos pela força normativa da Constituição Federal.

A associação do direito administrativo à fase pós-moderna indica sua necessária adaptação às mudanças econômicas e sociais, permitindo seu perfeito acoplamento ao contexto da realidade para ser instrumento de efetividade dos direitos fundamentais. A supremacia do interesse público e, indiretamente, da Administração Pública, nessa fase, deve deixar de ser um atributo permanente e prevalente.

Com efeito, as políticas nacionais típicas do Estado contemporâneo se põem em prática mediante a edição de muitas regras gerais, em grande parte com indeterminações técnicas, que acabam por exigir mais do que uma simples integração dessas mesmas normas, como ocorre com a escolha determinativa de conceito (conceito jurídico indeterminado) e a escolha discricionária (discricionariedade). Com as premissas da pós-modernidade e o ingresso do Brasil no modelo regulador neoliberal, inferiu-se que novas necessidades devem ser identificadas e expostas, especialmente para que o Estado neutralize os excessos e utilize seu "poder" como instrumento de controle da atuação privada.

Tratou-se, nesta seção, do objetivo da escolha regulatória descentralizada vinculando-o à cessão de capacidade decisória sobre aspectos técnicos para entidades descentralizadas em troca da busca por credibilidade e estabilidade, demonstrando que a regulação estatal deixa de ser assunto de Governo para ser uma prioridade de Estado. A importância da escolha regulatória foi detectada na conformação da garantia de equilíbrio de um subsistema, por meio de mecanismos para sua efetividade com vistas ao ajuste das oscilações econômicas, ainda que possam parecer surpreendentes por suas características inovadoras em relação ao passado.

Como se pôde constatar, por meio do atual modelo de Estado, propício à escolha regulatória, deve-se buscar um *planejamento preventivo*, pois não se concebe mais a idéia de que há domínio, pelas casas legislativas, de todas as informações indispensáveis para apontar as variáveis mercadológicas a serem objeto de regras. Deve-se, ainda, perseguir a efetivação do *fomento* para seu correto desenvolvimento em bases sólidas, firmes; além de estar atento à *proteção dos subsistemas*, diante das pressões advindas dos interesses antinômicos – inseridos no próprio subsistema – ou do sistema social. Sob esses pilares, pensa-se que a regulação estará em condições próximas de se apresentar como apta a garantir direitos fundamentais, ponderando-os com outros interesses e direitos de idêntica dignidade jurídica e constitucional, observando-se princípios e valores sem uma predeterminada hierarquia entre os mesmos.

> Diante dessas considerações, é plausível sustentar que se apresenta diante da doutrina publicísta o desafio de enfrentar as heranças do passado e que influenciam o presente, e estruturar um novo direito administrativo - menos preocupado com rótulos - que traga algumas respostas às demandas por uma nova forma de atuação estatal executiva, como ora se pretende no campo das escolhas administrativas. A escolha regulatória fundamenta-se na atuação do Estado sobre decisões e atuações

empresariais de forma adequada, necessária e proporcional, com fundamentos técnicos e científicos, que visem atender ao interesse público substantivo, sem, contudo, deixar de sopesar os efeitos dessas decisões no subsistema regulado com os interesses de segmentos da sociedade e, até mesmo, com o interesse individual no caso concreto.

Esses fundamentos levaram à indicação, nesta seção, de alguns princípios fundamentais e norteadores da filosofia jurídica regulatória: (i) a perfeita concepção da tecnicidade dos atos regulatórios, para que esta ameaça não seja um instrumento de embaraço ao Estado Democrático de Direito (tecnocracia); (ii) a especialização dos ramos jurídicos em subsistemas que impõe uma pluralidade de fontes em confronto com a difícil tarefa de discernir onde começa e termina o espaço de cada uma à luz do princípio tripartite de separação dos poderes; e (iii) a permanente ambivalência, que aspira o sopesamento de valores e princípios.

O direito administrativo brasileiro foi construído observando a supremacia da Administração Pública nas relações com os cidadãos: prevalência do interesse público sobre o interesse privado, forte hierarquia na burocracia estatal, submissão quase que absoluta ao princípio da legalidade e espaços para a atuação executiva discricionária. Com a difusão de idéias democráticas e globalizantes, o direito administrativo, notadamente de viés econômico, não pode mais comportar-se como nos tempos da ilustração francesa.

Existe uma crise do direito administrativo pela falta de categorias/fórmulas que tragam respostas objetivas a essa nova fase, que clama pela justiça social, que deve levar em conta aspectos econômicos, ambientais etc.

Algumas críticas propostas nesta seção da tese despontam diretamente dessa análise.

A primeira crise referiu-se ao princípio da legalidade, até então a coluna vertebral do direito administrativo pátrio. Nos dias atuais, não deve ser mantida a separação moderna do “ser” e do “dever-ser”. Especialmente em termos de escolha regulatória, o positivismo não resiste às necessidades cotidianas. Na busca da justiça no caso concreto há necessidade de não mais opor a “realidade” ao “direito”. Ao contrário, a realidade econômica e social, observando a preocupação no balanceamento entre custos e benefícios, deve ser diferenciada em seu detalhe, de uma parte, como espaço de validade do Direito em geral, e, de outra parte, como setor da realidade pressuposta, recebida ou produzida por um texto da norma particular.

Não se sustentou nesta seção a desconsideração absoluta da regra legiferante, haja vista que não deixa de ser um padrão a ser observado no sistema jurídico-constitucional brasileiro. Contudo, ela vem sendo insuficiente, pois não decifra o politeísmo de valores necessário para propiciar uma decisão proporcional diante dos inúmeros conflitos sociais.

Considerando as características da composição e atuação do Poder Legislativo, somadas as dificuldades naturais para regular em detalhes todos os subsistemas regulados pelo Estado, é necessário, portanto, redefinir a divisão clássica de tarefas e competências normativas. Até porque, em muitas situações, a busca de exaustiva regulação por meio da norma primária pode produzir conseqüências nefastas ao interesse público. A adequação da ação no campo regulatório a determinadas circunstâncias que se apresentam no cotidiano exige uma flexibilidade de regras para sua correta apreciação e decisão.

Impõe-se o afastamento do legislador primário das minúcias normativas, sobretudo para adentrar em aspectos técnicos que, por sua natureza, não representam a "vontade geral". Essa tarefa deve estar afeta ao Poder Executivo, seja por estar em melhores condições de avaliar qual será, em determinado caso, a justa solução para se encontrar um grau ótimo de execução das políticas públicas – que precisam ser mas bem definidas nas regras legais –, seja por dispor de melhor aparato institucional para tecer maiores detalhamentos normativos.

Outra crítica registrada nesta seção que se apresenta diante da doutrina administrativista refere-se à configuração do conceito jurídico indeterminado como instituto de integração da norma na busca da única solução regulatória possível. Os conceitos indeterminados também surgem nas regras diante da "negociação" parlamentar, em que, para se lograr um acordo político entre partidos, chega-se a uma redação da lei geralmente contraditória, ambígua e obscura. Portanto, as normas compostas desses conceitos não indicam, de *per si*, uma única solução.

Identificou-se ainda dessa crítica o debate polarizado entre duas correntes doutrinárias: a primeira de que a integração desses conceitos se dá por um simples processo de interpretação; a outra sustenta que a concretização dos termos fluidos identifica-se com o instituto da discricionariedade administrativa. Por trás dessa polêmica controverte-se acerca dos limites da escolha administrativa que, reflexamente, decorre do embate sobre os espaços que cabem ao Poder Executivo na mediação dos conflitos distributivos, em que é necessário identificar as categorias econômicas para apuração dos custos e benefícios presentes em cada solução encontrada e em cada circunstância.

> Mesmo diante do exame das posições perfilhadas pelas duas correntes, propugnou-se o enquadramento desta tese na doutrina que admite mais de uma solução justa na integração de conceitos jurídicos indeterminados, incluindo-se, portanto, esse instituto nos espaços para escolhas administrativas discricionárias. A solução justa, no ambiente de ponderação de interesses e observância dos custos e benefícios da escolha inerentes à intervenção reguladora, somente poderá existir em um plano da filosofia pura, não se sustentando diante de todos os casos concretos em que o regulador precisa trabalhar com categorias econômicas e sociais na decisão a ser tomada diante de conflitos distributivos.

> Chegou-se à conclusão de que pensar que somente existe uma solução justa seria aniquilar qualquer tentativa de se perseguir uma atuação estatal mediadora de interesses públicos e privados, extinguindo-se a consensualidade. Mais do que isso, suprimindo-se a possibilidade de se alcançar qualquer termo de ajustamento de conduta nos casos em que fosse menos oneroso ao interesse público a aplicação pura e simples da lei interpretada de forma uníssona. Especialmente na integração de conceitos jurídicos indeterminados que, para serem concretizados, dependem de outros aspectos a serem sopesados, a atuação determinante do particular no fornecimento de dados e informações essenciais para a tomada de decisão final pelo poder público pode conduzir a situação do caso a soluções nem mesmo vislumbradas pelo Estado e mais benéficas à sociedade.

Outra crítica que reputou-se primordial nesta seção concentra-se no instituto da discricionariedade administrativa. Com efeito, não se identificou compatibilidade entre seus pilares – oportunidade e conveniência –, que sustentam o mérito da escolha discricionária, com o atual contexto jurídico-constitucional pós-moderno da função executiva estatal. De acordo com a nova compreensão do direito administrativo no (neo)constitucionalismo e de modo aparentemente paradoxal, se de um lado há uma tendência de se buscar a redução da discricionariedade na atuação do administrador público, de outro lado, a complexidade cotidiana, que conduz ao permanente ambiente de ambivalência, impõe uma maior atuação e espaço para a escolha administrativa.

Conclusivamente, deparou-se, nesta seção, com questões de capital relevância acerca da escolha discricionária: (i) a discricionariedade decorre da abertura daquilo que foi disciplinado por lei – inclusive, para a corrente que o defende quando há integração de conceitos jurídicos indeterminados; (ii) a discricionariedade está fulcrada em critérios de oportunidade e conveniência, constituindo o mérito da escolha executiva pública, formulados por ela mesma, isto é, de acordo com seus próprios valores; e (iii) a complexidade exige, a cada dia, pluralidade de fontes com regras legiferantes abstratas (*standards*), ampliando os espaços para as escolhas do Executivo.

Na evolução das escolhas administrativas, a regulação, diante da tecnicidade, vem como nova categoria suficiente para remeter o intérprete do Direito a um tipo de função dotada de riqueza e dinamismo sensivelmente maior do que a mera lei ou sua regulamentação. Esses aspectos vieram à tona no questionamento da escolha discricionária, pois a realidade atual retrata a existência de inúmeros centros políticos titulares de poderes e a ampliação dos direitos dos indivíduos, o que, em síntese, leva à heterogeneidade dos interesses e à pressão dos indivíduos e grupos sobre a Administração para o atendimento de suas reivindicações.

Os fatores identificados acarretam a metamorfose – e não mera mutação – da natureza pura da discricionariedade, impondo-se uma nova fórmula que permita uma atuação executiva estatal mais objetiva, imparcial e controlável.

Constatou-se que a doutrina buscou, de certa forma, sistematizar um instituto que se amoldasse ao contexto jurídico-constitucional brasileiro pós-moderno para uma atuação executiva estatal diferenciada, incluindo a integração de conceitos jurídicos com indeterminações técnicas. Buscou-se enquadrar essa atuação do Poder Executivo com enfoque valorativo como sendo decorrente de uma discricionariedade técnica despida de valores, políticas e supostamente infensa ao controle de mérito pelo Poder Judiciário.

Não se identificou, após examinar a doutrina local e alienígena, correntes doutrinárias que polarizem a questão. O termo “discricionariedade técnica” visa apenas a uma tentativa de limitação jurisdicional do controle de seu exercício, no sentido de evitar que as escolhas técnicas da Administração não sejam substituídas pelas opções técnicas realizadas pelo juiz.

A crítica à tentativa de solucionar a “crise” da escolha discricionária por meio da discricionariedade técnica foi posta nesta seção na ausência, no atual ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, de qualquer instituto juridicamente aplicável como uma pseudo-espécie da discricionariedade administrativa que pudesse atender a uma fórmula em que se isolassem valores e questões políticas dos aspectos técnicos supostamente despersonalizados e, portanto, mais legítimos que os outros.

Aduziu-se também uma crítica à teoria dos regulamentos administrativos, em que pese inúmeros trabalhos sobre o tema. Entendeu-se relevante trazer esse debate para a presente tese haja vista que essa teoria ainda é utilizada como resposta para justificar ou repudiar o exercício da função regulatória estatal. Sustentou-se que as normas emanadas por entidades reguladoras não correspondem a uma delegação legislativa nem tampouco se enquadram nos preceitos constitucionais que versam sobre a função regulamentar de competência do Chefe do Poder Executivo. Procurou-se afastar o rótulo da delegação inominada ao perfilhar-se o entendimento de que não se trata da delegação legislativa, positivada constitucionalmente para determinadas situações.

O fato é que tanto a delegação legislativa quanto a teoria dos regulamentos não trazem respostas seguras para o enfrentamento da regulação normativa por meio das entidades reguladoras, haja vista que a regulação não se enquadra na modalidade tradicional de regulamentação secundária. Os reguladores não recebem competências do Legislativo para formular normas abertas, conformadas por aspectos políticos; por isso, e considerando ser extremamente difícil submetê-las a uma ordem hierárquica definida, propôs-se um novo enquadramento na clássica pirâmide normativa prevista no vigente texto constitucional brasileiro.

Com isso, pôde-se concluir que editar atos normativos regulatórios representa confrontar o problema de forma reflexiva – clausura auto-referencial –, a ser solucionado em face da Constituição, com os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo que se estabeleça qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer. Pelas normas regulatórias não se deve

pretender alcançar a “vontade geral” de viés liberal; pode ser alcançado, ao contrário, o exercício da capacidade técnica dessas entidades descentralizadas (tecnicismo) para dispor, com maior densidade, sobre as matérias que lhe competem para equilibrar reflexivamente o subsistema regulado, diversamente das leis que, editadas pelo Poder Legislativo, assumem caráter genérico e sem concretude.

Diante dessas críticas, propôs-se legitimar a regulação administrativa por meio da deslegalização de matérias. É irrefutável o fato de que, em vista da permeação de dados da realidade no Direito, notadamente pelas novas relações sociais, econômicas, científicas e, especialmente, as tecnológicas, a filtragem dos novos ramos do conhecimento para a adequação da tecnologia jurídica tem-se tornado cada vez mais problemática.

A escolha administrativa em sede de regulação de subsistemas permeados pelo sistema social revela-se uma necessidade do Estado pós-moderno, um expediente atenuador e de cooperação entre os Poderes Legislativo e Executivo. Dessa forma, sustentou-se que a categoria “regulação administrativa” se apresenta como uma nova etapa, uma real evolução do processo de mutação da escolha administrativa, que poderá ser legitimada e conformada ao contexto jurídico-constitucional brasileiro por meio da deslegalização de matérias, a conviver com as regras constitucionais e com a primeira fonte normativa ordinária: a lei.

Quando se cogitou a aplicação da deslegalização, não se quis sustentar a retirada da base legalitária para a atuação das entidades administrativas na regulação de atividades econômicas e setores sensíveis à sociedade – saúde, vigilância sanitária etc. O que se buscou perfilhar foi a autorização, prevista na própria norma primária, para que entes descentralizados do poder público possam complementar o marco regulatório de determinado subsistema especializado sem estar atrelado às poucas situações previstas – caso eventualmente detalhadas – anteriormente pela lei.

A deslegalização significa não estarem completamente indicados na lei os meios necessários para se alcançar os fins na atuação dos agentes estatais responsáveis pela regulação de subsistemas sensíveis. Desse modo, o controle judicial das escolhas em bases deslegalizadas – não mais baseadas em oportunidade e conveniência – deve observar os encaminhamentos decorrentes das condições originárias do subsistema regulado, confrontado pelo regulador por meio da ponderação de custos e benefícios.

Após tentar sistematizar a função normativa na escolha regulatória, faltava ainda a identificação de um instituto que fosse compatível com as características dessa nova categoria. Concentrou-se, portanto, na proposta de estruturação desse novo instituto na *reflexividade administrativa*. Para além da “reflexão” a ser feita pelo regulador público nas questões postas diante de si para a construção da escolha administrativa, intentou-se que a mesma molde a capacidade do regulador de pensar a situação concreta em si mesma para estabilizar o subsistema e minimizar a insegurança jurídica.

Sob bases de *prevenção* e *mediação,* partiu-se da idéia de que o regulador deve, por meio de uma "clausura auto-referencial" do subsistema, permitir que brote, de forma cíclica, a produção de encaminhamentos decorrentes das próprias condições originárias de produção do subsistema. O regulador deveria deixar de fazer suas escolhas com base exclusivamente em sua ótica, naquilo que reputa ser "conveniente" e "oportuno", de difícil – se não impossível – compreensão e sindicabilidade por terceiros, para encarar o caso concreto de forma sistemática e transparente, sob uma interpretação analítica e empírica.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Administrativa - Críticas e Propostas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, janeiro/fevereiro/março de 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-SERGIO-GUERRA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.