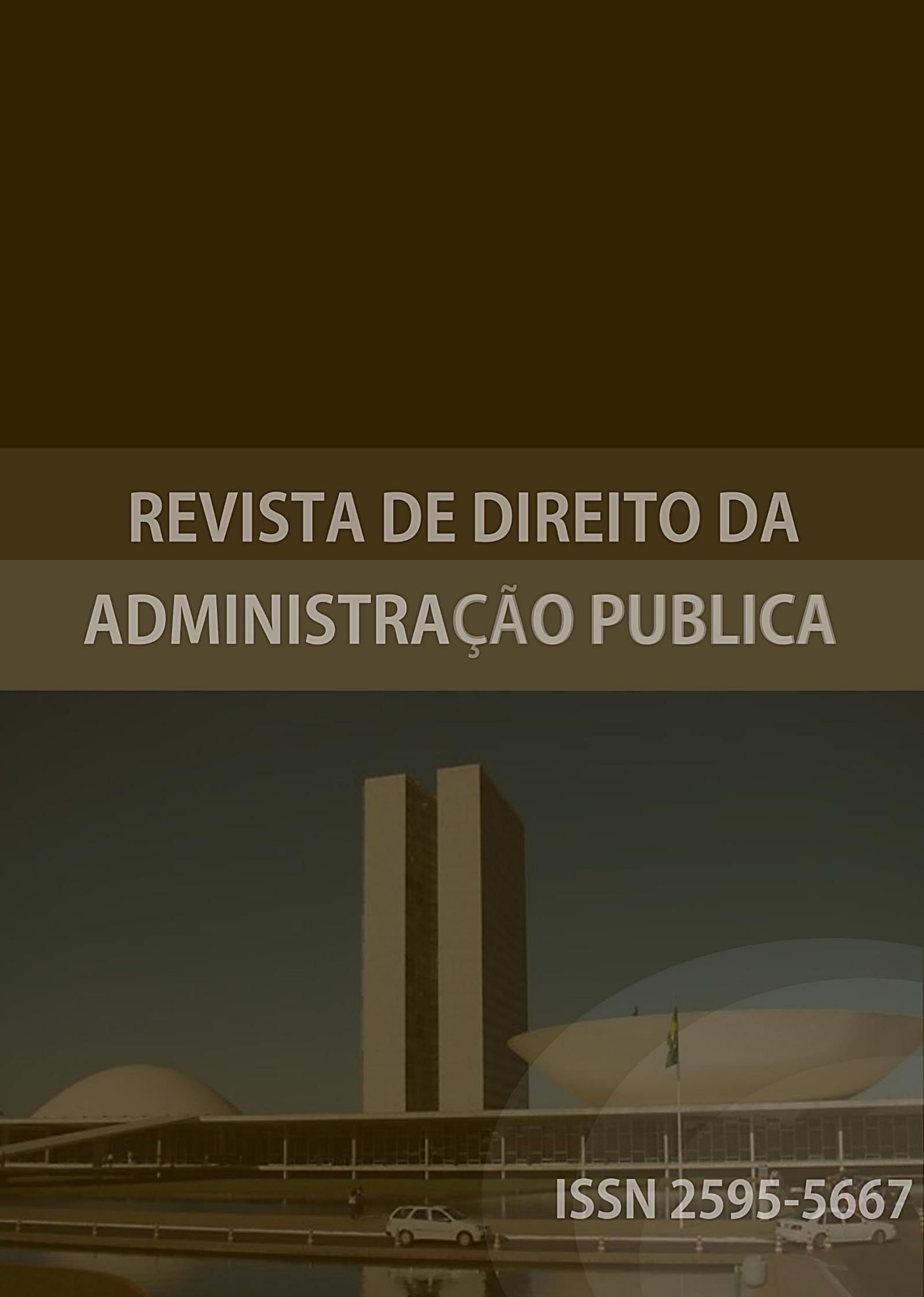


REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

The background of the cover is a photograph of the National Congress of Brazil (Câmara dos Deputados) building in Brasília. The building is a prominent landmark, featuring two tall, narrow towers and a large, curved, white structure. The image is overlaid with a semi-transparent, circular graphic element in the lower right corner. The overall color scheme is a muted, brownish-gold.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 02 – VOLUME Nº 02 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/DEZ 2017

ISSN 2595-5667

Rio de Janeiro

2017

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela.
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law.
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica de São Paulo.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília.
Sr. Carlos Ari Sunfeld, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná.
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho.

Avaliadores desta Edição:

- | | |
|---|--|
| Prof Dr. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidade de Barcelona. | Profa Ms. Isabela Ferrari, UERJ. |
| Prof. Ms. Ariane Sherman Vieira, UFMG. | Prof. Dr. Jamir Calili Ribeiro, UFJF. |
| Prof. Ms. Carina de Castro, UFRJ. | Prof. Ms. João Paulo Sporn, USP. |
| Prof. Ms. Daniel Capecchi Nunes, UFJF. | Prof. Ms. Jairo Boechat Jr., FUMEC |
| Prof. Dr. Eduardo Manuel Val, UFF. | Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ. |
| Prof. Dr. Emerson Moura, UFRJ. | Prof. Dr. José Vicente de Mendonça, UERJ. |
| | Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ. |

Diagramação e Layout:

- Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	005
Emerson Affonso da Costa Moura	
<i>Publicidade administrativa como princípio e prática: apontamentos para uma teoria do controle pelo Judiciário</i>	007
Veruska Sayonara de Góis	
<i>A recondução dos servidores públicos e autonomia dos entes federados</i>	030
Alex Cavalcante Alves	
<i>Regulações expropriatórias à luz da constitucionalização do direito administrativo</i>	048
Maíra Valentim da Rocha	
<i>As controvérsias doutrinárias quanto à natureza da CFEM, a decisão proferida pelo STF e respectivos reflexos na gestão dos recursos</i>	099
Cleber Lucio Santos Junior	
<i>Discricionabilidade administrativa: alguns elementos e possível controle judicial</i>	117
Phillip Gil França	
<i>As agências reguladoras e captura: um ensaio sobre os desvios regulatórios na agência nacional de energia elétrica</i>	126
Sophia Félix Medeiros	
<i>O controle de constitucionalidade nos procedimentos administrativos fiscais: limites e possibilidades</i>	148
Rodrigo Pacheco Pinto	
<i>Limitação administrativa e desapropriação indireta: a linha tênue dos institutos na criação de espaços de proteção ambiental</i>	168
Daniel capecchi nunes e Ana Luíza Fernandes Calil	
<i>Cidades inteligentes e sustentáveis: desafios conceituais e regulatórios</i>	189
José Renato Nalini e Wilson Levy	
<i>La asociación para la innovación": su incorporación en la directiva europea sobre contratación pública y en el proyecto español de ley de contratos del sector público</i>	208
María de Los Ángeles Fernández Scagliusi	

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: ALGUNS ELEMENTOS E UM POSSÍVEL CONTROLE JUDICIAL

ADMINISTRATIVE DISCRETION: SOME ELEMENTS AND POSSIBLE JUDICIAL CONTROL

PHILLIP GIL FRANÇA

Pós-doutor Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS, com pesquisas em doutorado sanduíche - CAPES na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor dos cursos de Especialização em Direito IDP (Brasília), Abdconst (Curitiba) e Unibrasil (Curitiba).

RESUMO: O fator humano no agir administrativo é, e sempre foi, o eixo da balança que determina quando, como e de que forma o ato administrativo estará em conformidade com os constitucionais padrões de legalidade impostos para que o Estado flua de forma republicana, democrática e, principalmente, a promover o concreto desenvolvimento intersubjetivo dos cidadãos, na condição de protagonistas do sistema de direitos e deveres fundamentais que determina os rumos do país. Logo, para um possível controle da discricionariedade administrativa, não se poder afastar o ato administrativo da sua criação pelo homem.

PALAVRAS-CHAVES: Discricionariedade; ato administrativo; controle judicial.

ABSTRACT: The human factor in administrative action is, and always was, the axis of the scale that determines when, how and in what form the administrative act will be in conformity with the constitutional standards of legality imposed for the state to flow in a republican, democratic way And especially to promote the concrete intersubjective development of citizens, as protagonists of the system of fundamental rights and duties that determines the country's course. Therefore, for a possible control of administrative discretion, the administrative act of its creation by man can not be removed.

KEYWORDS: Discretionary; Administrative act; Judicial control.

O Estado funciona a partir de escolhas. A possibilidade de optar por um caminho, dentre alguns, que estão à disposição do gestor público, mediante um contexto de legalidade para o alcance de um concretizável interesse público, pode indicar o que se denomina *discricionariedade administrativa*.

Mas, não apenas isso. Discricionariedade administrativa sugere a margem legal de atuação estatal³², conforme a realização dos valores que constituem o Direito, sob o eixo da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, em que pese a utilização desta expressão por respeitada doutrina³³, nenhuma *liberdade* (ou faculdade) existe para a efetivação das *escolhas públicas* que fundam o aspecto discricionário administrativo.

Na verdade, não há a faculdade³⁴ do administrador público para escolher entre duas ou mais opções legais, mas, sim, existe a apresentação legal de dois caminhos possíveis a serem seguidos e, de acordo com o caso concreto, um deles será o melhor a ser realizado. A opção (escolha, liberdade ou faculdade) não está no administrador.

O que se tem é a possibilidade legal de se promover um determinado (ou determinável) interesse público por meio de duas ou mais possibilidades legais que, apenas após o juízo de *conveniência e oportunidade* do administrador, conforme os valores do Direito – por meio de uma racional ponderação dos valores envolvidos em dado caso concreto – o administrador poderá prosseguir na construção da melhor resposta à situação com que se defronte.

Assim exposto, entende-se por *discricionariedade administrativa* o revestimento discricionário do ato administrativo, conforme todas as prerrogativas e sujeições estatais inerentes ao regime jurídico administrativo próprio desta atividade pública. Como assevera Luiz Guilherme Marinoni, discricionariedade é compreendida como latitude de poder.³⁵

O poder discricionário da Administração Pública (ou a característica discricionária do ato administrativo) se conforma no momento em que a lei estabelece a possibilidade de o gestor público escolher como poderá realizar o interesse público a ser concretizado a partir dos valores do Direito; como proporcionalidade, por exemplo. A discricionariedade administrativa

32 Discricionariedade administrativa é a margem legal de atuação administrativa do Estado. É diferente de margem legal de atuação política do Estado. Porque uma se refere à atuação do Estado, como Administração (seja na Função Legislativa, Jurisdicional ou Executiva) e outra à atuação do governo.

33 Como, por exemplo, nos cursos de Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella di Pietro.

34 Maria Sylvia Zanella di Pietro, por exemplo, assim leciona sobre discricionariedade: "Pode-se, portanto, definir a discricionariedade administrativa como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.67).

35 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p.161.

determina a necessária abertura do sistema para que possa desenvolver-se, a partir da superação de situações que a dicção legal vinculada não supre. Entretanto, tal escolha não significa liberdade, tampouco insindicabilidade pelos legítimos meios de controle da Administração Pública.

Vladimir da Rocha França leciona que "a discricionariedade administrativa compreende um processo de decisão regulado pela lei, no qual se autoriza à autoridade estatal, no exercício de competência administrativa, o emprego de critérios de conveniência e oportunidade na concretização do interesse público"³⁶. Afirmo o autor que "na discricionariedade administrativa há a convivência entre o juízo de juridicidade e o juízo de oportunidade da Administração, em razão de sua proximidade com a realidade social e da insuficiência da lei para prever todos os pressupostos de ação necessários para as demandas dos casos enfrentados pela Administração"³⁷.

É cediço que o conceito de discricionariedade não permanece estático no tempo. Sua evolução acompanha a evolução do princípio da legalidade. Quanto mais se amplia o conceito de legalidade, mais se reduz a amplitude do aspecto discricionário do ato administrativo.³⁸

Nesse contexto, quando a atividade administrativa do Estado é questionada, ainda cabe imaginar que existem zonas sombrias de controle da discricionariedade administrativa?

De forma geral, é próprio de um *liberalismo positivista* o discurso de que a discricionariedade administrativa não pode ser alvo de controle jurisdicional. Isto porque, partem da noção de que a dicção do Estado – a *voz pública* – é absoluta no campo de sua incidência.

36 FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p.85.

37 *Id.*

38 No período do Estado Liberal de Direito, a legalidade somente se aplicava a uma esfera restrita de atuação administrativa, naquilo que dissesse respeito às restrições aos direitos individuais; em tudo o mais, a Administração Pública era livre para agir; ela dispunha de ampla margem de discricionariedade. Nesse período, a legalidade significava a sujeição à lei editada pelo Parlamento, que era visto como o único ente que representa a vontade geral do povo. Com o Estado Social de Direito, houve um fortalecimento do Poder Executivo, com a outorga de novas funções na área social e econômica e, paralelamente, com a atribuição de competência normativa, envolvendo a possibilidade de editar normas com a força de lei (medidas provisórias, regulamentos autônomos, decretos-leis, leis delegadas ou outras modalidades). [...] o princípio da legalidade ampliou-se para abranger as leis e os atos normativos baixados no âmbito do Poder Executivo. Além disso, passou a abranger toda a esfera de atuação da Administração Pública, dando origem ao postulado segundo o qual a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. Com o Estado Democrático do Direito, conforme assinalado, a legalidade passou a significar a sujeição ao Direito (lei, valores, princípios). Além disso, verifica-se nova ampliação da função normativa, agora não do Poder Executivo, encarnado pelo Presidente da República, mas da Administração Pública, com a chamada função reguladora exercida pelas agências. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 24.ed., p.32).

Em outros termos, tal linha de pensamento transparece a compreensão de que apenas pode ser plenamente adequado ao ordenamento positivado os reflexos daquilo que a norma delimita em seu *retrato*. Inclusive, quando o mesmo ordenamento expressa certa “*liberdade*” de escolhas de caminhos a se percorrer. Logo, salvo “*estriduloso erro formal*”, a Administração sempre atuará nos limites dos trilhos preestabelecidos por uma lei formalmente legítima.

Ora, se tal raciocínio fosse verdadeiro, não se precisaria de pessoas para realizar o *agir administrativo*. Até porque, o grau de eficiência administrativa, conforme este discurso de atuação nos estritos trilhos da lei positivada, seria muito maior no afastamento dos seres humanos das decisões da Administração.

E é o que parece, por exemplo, nos sistemas de arrecadação tributária nacional, como o da Secretaria da Receita Federal. Lá, um “*ultrassofisticado*” sistema de informática consegue cruzar dados, construir fatos e chegar a conclusões que certamente o homem, sozinho, não conseguiria – ou demoraria muito tempo para conseguir; e assim o faz, integralmente, conforme a lei.

Pergunta-se, no entanto, o cego agir estrito conforme a lei traz desenvolvimento ou estabelece a estagnação do país? *Neste mesmo caminho, ignora-se o conteúdo estabelecido no art. 3.º da Constituição, ou se promove a sua concreta efetividade, buscando a superação da simples atuação positivista?*

A resposta, por certo, precisa ser salomônica. Isto porque, determinados nichos da Administração atuam mediante um alto grau de vinculação legal, pois existe a possibilidade de se prever fortemente as consequências daquela lei que sustenta tal atividade.

Outros, pelo contrário, precisam de um espaço para desenvolvimento, realizado apenas a partir da superação de questões concretas pelo indivíduo. E, neste universo de crises e *superações*, ainda não se encontram máquinas hábeis o suficiente para compreender as reais consequências que a atuação humana pode refletir em outro humano.

Não se afirma, assim, que os agentes administrativos – na sua totalidade – conseguem alcançar tais conclusões. Mas se aceita, destarte, que as falhas dos humanos possam ser superadas para que novas realidades sejam criadas – pois foram ocasionadas por seus semelhantes.

Logo, numa eventual estrutura administrativa afastada do caráter humano, *artificialmente ótima*, não há como se aceitar a falha, pois a sua construção é voltada para que *atenda a lei em sua literalidade*.

Opostamente, a partir do reconhecimento da Administração feita por pessoas, para pessoas, abstrai-se da única e inatingível resposta correta de Dworkin e caminha-se para o alcance da melhor resposta de Alexy.

Tal fato, no reflexo do Direito no cotidiano social, importa em admitir que não há possibilidade de se aceitar atos administrativos insindicáveis pelo Estado-juiz (inclusive, os discricionários), pois seria medida frontalmente contrária ao atual sistema constitucional – com destaque aos fundamentos do Estado (art. 1.º da CF/1988); regime de tripartição de Funções (Poderes) do Estado (art. 2.º da CF/1988); objetivos do Estado (art. 3.º); regime de direitos fundamentais expressos (na sua maioria no art. 5.º da CF/1988) e implícitos.

Isto porque, do contrário, o Estado teria que se apresentar como o sistema infalível de ações e resultados, bem como, fruto de atividades que, sem a necessária superação de falhas, não se desenvolveria e não realizaria seu mister fundamental de proteção e promoção do cidadão.

A cada verificação de conformação do ato administrativo com os valores do direito, novos anseios surgem para, assim, serem novamente verificados e, desse modo, tornar a máquina administrativa apta a atender ao cidadão e à sociedade, os quais estão em constante movimento.

Isto é, precisa-se superar a ideia do máximo afastamento do Estado no atendimento dos anseios do cidadão, conforme discurso liberal que já não retrata os fenômenos atuais. Igualmente, afastar o discurso de que a dicção legal, em seu sentido estrito, é suficiente para se superar todos os casos jurídicos. Defende-se, então, o caminho do Estado passível de desenvolvimento sustentável – próprio de um regime socioambiental –, mediante a superação das questões enfrentadas e absorvidas como degraus de sua evolução, assim como de todos os seus partícipes.

Nesse regime de crescimento, conforme sua capacidade de regeneração diante dos problemas superados – *sustentabilidade* –, inexistente espaço para atos administrativos não passíveis de controle jurisdicional.

Não há margem legal que não possa ser verificada e, assim, legitimada pelos entes controladores da Administração Pública (inclusive, pela sociedade). Pelo simples fato de que questões não superadas, aceitas por meio de uma legitimação *puramente formal*, não condizem com o sistema de responsabilidade da República Federativa do Brasil; com o núcleo duro estabelecido a partir dos fundamentos de cidadania e dignidade da pessoa humana; com o poder-

dever que o Estado-juiz detém de verificação de toda reclamada ameaça ou lesão ao direito; e pelo regime de garantias fundamentais que o cidadão possui ante o Estado.

Destaca-se, nesse entendimento, o mencionado aspecto da suposta discricionariedade técnica resultante da construção do mérito de alguns atos oriundos da Administração, uma vez que – *de forma descabida – agentes administrativos equivocadamente acreditam que não há*, no atual ordenamento jurídico, formas de atingir tal mérito extremamente técnico de atos provindos do Executivo.

Isso posto, considerando o exercício de sua tecnicidade específica sobre as competências sob as quais estão adstritos, tornar-se-ia impossível aferir eventuais exageros acerca da razoabilidade e proporcionalidade do conteúdo dos respectivos atos administrativos produzidos – conclusão que deve ser afastada, em respeito ao acato do direito fundamental de ação e do dever de adequada prestação da tutela jurisdicional pelo Estado.

Mediante o exposto, o caminho para a *melhor* resposta exarada pelo Judiciário – conforme critérios de *proporcionalidade* na operacionalidade jurisdicional, em um sistema de *ponderação* racional dos princípios – é essencial para o estabelecimento do devido lugar da primazia dos direitos fundamentais.

Desse modo, é dever de todos os partícipes do Estado a busca permanente de afastar eventuais levantes tirânicos e antidemocráticos voltados à persecução de uma resposta correta – concedida pelo agente administrativo *Hércules* (conforme doutrina de DWORKIN, Ronald. *Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984 –, tais como se apresentam (em determinadas ocasiões) na atuação administrativa atual. Para tanto, a incansável vigilância de cada envolvido e interessado na realização do Estado é essencial.

Nesse cenário, o Judiciário precisa firmar o seu papel na sociedade que protege, impondo o seu poder-dever de coibir atos que ameacem ou agridam o direito, tendo em vista sua prerrogativa de aplicabilidade coativa das normas jurídicas aos litigantes. Assume, então, sua posição como um dos órgãos de controle das atividades normativas do Executivo e como uma das peças centrais da manutenção da estabilidade social do Estado.

A inafastável atuação do Judiciário na aplicação do direito ao caso concreto é capital para a estrita observância da segurança jurídica dos atos da Administração Pública e para a proteção do cidadão, mesmo considerando as atuais limitações que este Poder encontra para a revisão da mecânica estatal administrativa.

No contexto desenhado, é vital que os operadores do direito passem a se preocupar de que forma os atos administrativos deverão ser tratados na prática contenciosa. Uma vez que a máquina estatal existe para determinado escopo, entre outros, de dinamizar a atuação do Estado. Destarte, o controle exercido pelo Judiciário deve ser verificado com cautela para que seus efeitos, dentro de uma sistemática lenta e burocrática, não sejam usados com objetivos não tão nobres quanto o é a segurança jurídica dos atos administrativos em prol do cidadão.

Dentro dessa necessária reflexão, sugere-se o estudo da doutrina, inclusive, de R. Alexy, com o fito de encontrar um resultado racionalmente eficiente para o dilema da atuação da Administração Pública e o indispensável controle do Poder Judiciário (notadamente: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003).

Alexy defende uma sistematização racional de ponderação de valores, com o desiderato de conceder instrumentos ao juiz para o alcance da melhor resposta. A relação da doutrina de Alexy e a atuação do Judiciário sugerida apontam ao caminho do abandono da mera blindagem do aspecto discricionário do ato administrativo.

Como já tratado, é insuficiente verificar apenas a formal adequação legal do mérito do ato administrativo, pois, também, faz-se necessário que seu núcleo essencial esteja em conformidade com a ponderação racional e proporcional definidas por uma interpretação sistemática e consequencialista dos valores que estruturam o direito – estabelecida, repita-se de forma final pelo Judiciário, conforme expressa escolha constitucional para que assim ocorra (art. 5.º, XXXV, da CF/1988).

Não se propugna a mera *judicialização da máquina administrativa do Estado*, mas sim a *constitucionalização da Administração Pública* a partir de uma real interpretação, inclusive, consequencialista de sua atividade. Da mesma forma, a legitimação de suas ações mediante *critérios objetivos passíveis de sindicância jurisdicional*, dentre outras possíveis e fundamentais para construção e manutenção de uma verdadeira República Democrática de Direito.

Nessa esteira, o juiz efetivamente atua (ou deveria atuar) conforme a referida proposta, a partir de uma ponderação racional dos valores postos. Desse modo, impõe-se a busca de uma ponderação humanamente racional dos valores envolvidos (não há como escapar de uma subjetividade mínima), de igual forma, precisa-se estabelecer quais são os princípios aplicáveis para o alcance da resposta. Finalmente, deve-se definir qual é a resposta melhor para o caso posto

(não há como se furta da hierarquização, quando desta interpretação). *Busca-se sempre, então, a superação da questão, não sua mera eliminação.*

Assim, na solução de determinado caso concreto – em que se reconheça colisão de valores fundamentais – deve-se verificar, conforme o processo narrado, qual caminho (ou solução) prepondera perante o outro, sem que, para isso, resulte na eliminação do remanescente. Objetiva-se, portanto, filtrar o que há de bom e alcançar a almejada *melhor resposta*.

Na prática, em questões difíceis que envolvem atos administrativos (notadamente aqueles preponderantemente técnicos), ainda não se observa tal regra no agir jurisdicional, apenas iluminadas exceções. Isto porque – frisa-se – é vivo o *imperialismo da discricionariedade do Executivo afastados do essencial 'fator humano' que (deveria) coordenar todas as atividades do Estado.*

Desse modo, vale ressaltar a importância da utilização de instrumentos jurídicos adequados para estancar esse inapropriado *dogma* do ordenamento jurídico pátrio como, por exemplo, o emprego da objetiva verificação da adequação do ato administrativo conforme a perspectiva sistemática e consequencialista do Direito.

Outrossim, tem-se que a relação sugerida entre a doutrina de Alexy e a atuação do Judiciário – perante os *hard cases* advindos de atos administrativos – deve servir como um possível caminho para a efetiva e a adequada prestação jurisdicional pelo Estado.

Como exposto, tal demanda será atendida quando a Função estatal competente para definir a resposta no sistema jurídico nacional adotar a plena ideia de adequação do ordenamento legal aos valores que *sustentam, justificam e conformam* o Direito.

Desse modo, quem sabe, será possível deixar de imaginar que a tal perfeição do sistema contrasta com ignorada imperfeição humana, quando esse próprio humano se torna responsável por seus atos e pelas consequências de tais atos no mundo real.

Logo, o fator humano no agir administrativo é, e sempre foi, o eixo da balança que determina quando, como e de que forma o ato administrativo estará em conformidade com os constitucionais padrões de legalidade impostos para que o Estado flua de forma republicana, democrática e, principalmente, a promover o concreto desenvolvimento intersubjetivo dos cidadãos, na condição de protagonistas do sistema de direitos e deveres fundamentais que determina os rumos do país.

Assim, para um possível controle da discricionariedade administrativa, não se poder afastar o ato administrativo da sua criação pelo homem.

Até porque, o Estado só existe nos limites da compreensão da necessidade de seus préstimos nas vidas de cada titular de vontade pública: o *cidadão*. Assim, no atendimento mínimo das necessidades do homem, como a consideração do fator humano na gestão pública, a crença de manutenção do Estado cidadão se manterá viva, do contrário, morre o Estado, mas não o *cidadão*.