PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Angelo Augusto Costa

Devido processo legal e redução da discricionariedade administrativa

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito Público, sub-área de Direito Administrativo, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Titular Celso Antônio Bandeira de Mello.

SÃO PAULO
2008

Banca Examinadora

_____

_____

_____

A Ryanna Pala Véras, por tudo.

Agradeço a meus pais, que me ensinaram o caminho da retidão e do trabalho, a meus amigos, professores e colegas da PUC-SP durante o mestrado, sem os quais não teria valido a pena (ou eu não teria chegado até aqui), aos Procuradores da República e demais servidores do Ministério Público Federal com quem trabalhei, que jamais negaram apoio a este projeto, e de modo especial ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, pela generosidade, paciência e extraordinário exemplo de uma vida dedicada a promover a conjunção sagrada do conhecimento e da justiça.

RESUMO

O objetivo do trabalho é o de explorar as conexões normativas entre a cláusula do devido processo legal (CF 5º, LIV) e o fenôneno da redução da discricionariedade administrativa nos casos concretos. A importância do tema reside na necessidade de definir critérios sistemáticos para o exercício do controle jurisdicional dos limites da discricionariedade a fim de preservar as competências decisórias da Administração Pública e, ao mesmo tempo, assegurar a plenitude da revisão judicial.

A hipótese geral é a de que o devido processo legal proporciona o fundamento normativo da proibição da arbitrariedade no direito brasileiro por exigir a adoção de um processo de cognição, volição e argumentação com o atributo fundamental da racionalidade. Desse modo, todos os limites à discricionariedade administrativa, cuja violação resulta em arbitrariedade proibida, podem ser reconduzidos à cláusula do devido processo. Além disso, o devido processo legal serve de base para a construção de um sistema dos vícios do exercício da discricionariedade administrativa, em especial dos vícios de ausência de motivação e de relacionamento defeituoso entre os elementos fáticos e normativos relevantes.

Adotou-se, como referência, a teoria dos princípios de Robert Alexy, assim como a produção nacional e estrangeira sobre discricionariedade administrativa, no marco das tentativas de superação das lacunas do positivismo jurídico na descrição do processo de aplicação do direito. Empregou-se, sempre que possível, a metodologia de estudo de casos para revelar as estruturas de argumentação jurídica e o modo como se relacionam os elementos fáticos e normativos. O resultado foi a construção de um sistema de vícios do exercício da discricionariedade administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade. Função administrativa. Ato administrativo. Controle jurisdicional. Devido processo legal. Argumentação jurídica.

ABSTRACT

The main goal of this work is to explore normative connections between the due process clause, as stated in the Brazilian Constitution (CF 5º, LIV), and the "reduction" of administrative discretion when it comes to deciding particular cases. The relevance of the subject lies on the need of defining criteria for judicial review of discretionary administrative action, in order to secure and preserve both administrative decision-making and judicial reviewing powers.

The working hypothesis is that due process of law provides a sound normative basis for a rule forbidding arbitrary display of powers in Brazilian law. This is so because due process clause requires in decision-making a kind of cognitive, volitive and argumentative process with the basic attribute of rationality. Thus all the limits imposed by the law on administrative discretion could be placed under the due process clause. Furthermore, due process could be viewed as grounds for a systematic exposition of vicious discretionary actions, including not giving reasons for action and poor correlation of fact-findings and legal norms.

Robert Alexy's theory of legal principles was adopted as a landmark. Brazilian and foreign production on administrative discretion was taken into account as well, in an attempt to overcome the loopholes of legal positivism's description of how the law is applied. Whenever it was possible, we managed to use case study methods to uncover legal argumentation structures and the way fact-findings and legal norms correlate. As a result, we built a system of vicious discrectionary actions.

KEYWORDS: Discretion. Administrative function. Administrative action. Judicial review. Due process of law. Legal argumentation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....3
CAPÍTULO 1. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....15
1. A discricionariedade entre justiça e segurança.....15
2. A análise do conceito de discricionariedade administrativa.....18
2.1. A discricionariedade não é um poder extralegal: legalidade e discricionariedade.....19
2.2. A discricionariedade é um dos modos de ser do dever jurídico-administrativo: função administrativa e discricionariedade.....23
2.3. O "quebra-cabeças" jurídico: conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade. 28
2.3.1. A estrutura bimembre das normas jurídicas.....38
2.3.2. Texto, interpretação e norma: interpretação como atribuição de sentido.....42
2.3.3. A vagueza da linguagem jurídica.....51
2.3.4. Conceitos jurídicos indeterminados e controle jurisdicional: uma tentativa de sistematização.....57
3. A discricionariedade como liberdade no lado da conseqüência jurídica da norma: significado e alcance.....66
4. Conclusões.....71
CAPÍTULO 2 – CONCEITO E PRESSUPOSTOS DA REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE.....75
1. Introdução ao problema: entre fatos e normas.....75
2. A redução da discricionariedade como conseqüência da aplicação das técnicas de identificação dos limites da competência discricionária.....85
3. Os elementos vinculados da competência administrativa e o desvio de finalidade 91
4. O controle dos motivos determinantes: a prova do suporte fático.....98
5. A teoria alemã dos "vícios da discricionariedade" 105
6. Os princípios jurídicos e a proporcionalidade: compreendendo a redução da discricionariedade como espécie de conflito normativo.....111
6.1. As duas atitudes em relação aos princípios.....113
6.2. Os princípios na Constituição Federal: um problema dogmático e teórico 117
6.3. Normas, princípios e regras: a teoria dos princípios de Alexy.....121
6.3.1. Princípios como mandamentos de otimização.....123
6.3.2. O princípio da proporcionalidade na teoria dos princípios.....132
6.3.3. O princípio da proporcionalidade e a redução da discricionariedade 138
6.3.4. Ponderação e racionalidade.....144
6.3.5. Direitos fundamentais e razoabilidade.....148
CAPÍTULO 3 – O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO PROIBIÇÃO DA ARBITRARIEDADE.....162
1. A possibilidade de sistematização dos limites da discricionariedade pela categoria do devido processo legal.....162
2. O núcleo conceitual do devido processo legal: proibição da arbitrariedade.....164
3. O argumento histórico e comparativo: devido processo legal na história constitucional anglo-americana e sua recepção na doutrina brasileira. 168
3.1. O "substantive due process" no direito americano 168

3.2. A doutrina brasileira sobre o devido processo substantivo anterior à Constituição de 1988.....180
4. O argumento jurídico-positivo: a positivação tardia do devido processo legal e a jurisprudência.....193
4.1. Processo eleitoral e partidos políticos.....199
4.2. Direito administrativo I: poder de polícia e regulação econômica.....214
4.3. Direito administrativo II: servidores públicos, processo administrativo e controle jurisdicional da Administração.....227
4.4. A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais.....239
CAPÍTULO 4 - CONTEÚDO JURÍDICO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE.....260
1. Processo administrativo, proibição da arbitrariedade e proteção de direitos dos administrados.....260
1.1. A dupla necessidade do processo administrativo.....264
1.2. A proteção de direitos substantivos mediante o processo administrativo e o direito fundamental à organização e ao procedimento.....276
2. Devido processo legal no direito administrativo brasileiro: a justificação racional da atividade administrativa.....280
2.1. A motivação do ato administrativo como sede do devido processo legal em sentido material (ou do processo de justificação).....285
2.2. O objeto da justificação: enunciados sobre elementos fáticos e normativos relevantes para a válida produção dos atos administrativos.....296
2.2.1. Subsunção.....301
2.2.2. Ponderação.....305
2.2.3. Princípios formais e critérios de valoração.....310
3. Redução da discricionariedade, unidade de solução juridicamente possível e devido processo legal: a construção de um sistema dos vícios no exercício da competência discricionária.....314
3.1. A sistematização dos vícios do exercício da discricionariedade administrativa.....317
3.2. Processo, resultado, conteúdo e estrutura: a dinâmica da aplicação do direito e da invalidade.....325
3.3. O lugar sistemático do devido processo legal e da redução da discricionariedade.....333
3.3.1. Devido processo legal.....336
3.3.2. Redução da discricionariedade.....340
3.3.3. Um caso de redução da discricionariedade a zero.....343
CONCLUSÕES.....352
1. Conclusões gerais do trabalho.....352
2. Conclusões específicas.....358

INTRODUÇÃO

A lembrança de um dos mais importantes cientistas políticos brasileiros, Prof. Wanderley Guilherme dos Santos, deveria inspirar todos os que se aproximam do direito administrativo pelo tema extremamente delicado da discricionariedade: “a burocracia é a face cotidiana do Leviatã”[1]. Nisso estava de acordo igualmente, de modo enfático, o jurista espanhol Eduardo García de Enterría, quando disse aos alunos da Faculdade de Direito de Barcelona há quase meio século: “el ciudadano se enfrenta com el poder primariamente en cuanto poder administrativo. El le acompaña, como decían nuestros clásicos del siglo XIX, desde la cuna a la sepultura”[2]. O direito administrativo regula o mais visível e diário embate entre autoridade e liberdade.

Ainda naquela ocasião, em Barcelona, o professor espanhol prefigurava a linha de pesquisa de nosso século para o direito administrativo. Segundo ele, a tarefa do direito administrativo é a de reconduzir “los temas que estremecen el corazón del hombre”, como o do poder, “a su concreta, diaria y artesana aplicación, donde desaparecen su esoterismo y su misterio y se hace patente, posiblemente, su funcionamento verdadero”. Desse modo, continua em sua quase profecia, “todo el suculento tema del Estado de Derecho se convierte para los administrativistas em un

1 Wanderley Guilherme dos SANTOS. **O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado**, p. 9.

2 Eduardo García de ENTERRÍA. **La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo**. Trata-se dos textos de uma conferência apresentada pelo autor em 2 de março de 1962, na Faculdade de Direito de Barcelona, como parte de um curso sobre “Poder e Direito”.

conjunto de técnicas concretas y particulares". O papel do direito administrativo, dentre as ciências sociais, seria nada mais que "[la] conversión de la metafísica en técnica".

As técnicas de realização do Estado de Direito têm sua máxima expressão no problema da "justiça administrativa", ou do controle jurisdicional da função administrativa, que constitui o ponto de contato da política, da administração e da justiça. Afinal, o juiz controla a Administração Pública para que ela cumpra o direito. O direito, por sua vez, constitui o produto da vontade política, mas se acha inteiramente conectado, em nosso sistema jurídico, a uma pretensão de correção ou, se se quiser, de justiça (veja-se, por exemplo, o CF 3º, I). Daí que, na opinião de García de Enterría, se possa dizer:

> *"No es exacto que una buena Administración pueda sustituir uma ausencia de Política, o que todo el problema del Estado de Derecho pueda ser reconducido a un problema de justicia administrativa, como alguna vez se ha pretendido, pero sí lo es, sin embargo, que sin una total y plenária resolución de este gran tema de la justicia administrativa el Estado de Derecho es literalmente nada"*[3].

A problemática da liberdade *versus* autoridade se deslocou, em caráter irreversível, para os tribunais. Trata-se da última etapa (por enquanto) do longo processo de submissão do poder – de todo o poder – ao direito. A expansão dos cometimentos estatais nos últimos séculos e o desenvolvimento espantoso da tecnologia potenciaram o Estado-administração, a burocracia, o poder administrativo, a face cotidiana e visível do Leviatã, em resultados extremamente

3 Eduardo García de ENTERRÍA. **La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo**, p. 14.

perigosos para a liberdade. Mas o Leviatã tem uma realidade essencialmente bipolar. Se aumentam os espaços de atuação administrativa, os controles (insuprimíveis da realidade do Leviatã porque feitos da mesma matéria: o poder) também se intensificam. Primeiro, na história recente dos países ocidentais, na forma de controles internos, destinados a assegurar que a vontade dos centros de poder político seja adequadamente executada pela burocracia. Depois, ao longo do século XIX, desenvolvem-se controles externos de tipo jurisdicional que visam a garantir a fidelidade da Administração à lei e coibir eventuais arbitrariedades daqueles a quem o núcleo político da sociedade encomendou a execução de sua vontade, expressa na obra legislativa.

A dissolução da ordem liberal deixou claro que esse esquema ainda era tímido. A lei não constituía mais uma garantia adequada dos direitos de propriedade e liberdade uma vez perdido o "monopólio político-legislativo de uma classe relativamente homogênea", ou seja, de proprietários, industriais, comerciantes e financistas[4]. A contingência do conteúdo das normas jurídicas torna-se insuportável com a representação política da diversidade de interesses ativos na sociedade. Não se podia mais contar com a estabilidade e permanência da lei, que eram a base do sistema jurídico liberal. A lei resulta agora de maiorias ocasionais formadas ao sabor de compromissos dos vários segmentos representados no Parlamento. Além de ela ter perdido espaço para a atividade normativa do Poder Executivo, por delegações formais ou informais do Poder Legislativo, que correspondem ao novo tipo de Estado surgido no século XX[5].

---

4 A expressão entre aspas é de Gustavo ZAGREBELSKY. **El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia**, p. 32.

5 Ver, por todos, a excelente monografia de Carlos Roberto de Siqueira CASTRO. **O Congresso e as delegações legislativas**, p. 7. O autor invoca a autoridade de Pontes de Miranda para lemrar que *"foi o exercício de um lado, e o não exercício, de outro lado, por cada Poder da função que lhe é típica, que alterou a relação de hegemonia, engendrando ora a hipertrofia, ora a atrofia, dos*

Nesse Estado, os interesses da classe antes instalada exclusivamente no poder, que se confundiam com a propriedade e a liberdade, tiveram de ceder a novas exigências, resultantes da progressiva, mas persistente, incorporação das massas populares (e das mulheres, que são cerca de metade da população adulta) ao processo político. Um novo tipo de Estado, mais atuante na vida social e econômica, sem abrir mão dos tradicionais direitos de defesa, se instala. E, com ele, toda uma estrutura burocrática, grande e poderosa, que opera a gigantesca maquinaria redistributiva que se acha na base – e que é a razão de ser mesma – do Estado social.

A história do Estado contemporâneo, em certo sentido, é também a história do controle jurisdicional. A liberdade paga um preço por um Estado maior e mais forte, e esse preço talvez seja uma vigilância não apenas eterna, como no Estado de feições liberais, mas também cada vez mais estreita sobre o poder. A contraface de todo o movimento de transformação do Estado (desde o absolutismo até hoje) foi a criação, ou o aperfeiçoamento, de um mecanismo de fiscalização de todos os atos estatais – do mais humilde carimbo de protocolo numa repartição municipal das *hinterlands* brasileiras às emendas constitucionais promulgadas pelo Congresso Nacional.

Naturalmente, a figura do juiz se move aos poucos para o centro do sistema. Ela agora assegura a fidelidade do poder aos mandamentos constitucionais (já não apenas à lei) e defende os indivíduos dos abusos de um Estado (legislativo e administrativo) que parece ser capaz de tudo. Muitas das questões antes

---

chamados três Poderes do Estado." Ver PONTES DE MIRANDA. "Independência e harmonia dos poderes". In: RDA 20/ 9-24, abril-junho de 1972.

consideradas “políticas” se tornam “jurídicas” e, portanto, suscetíveis de apreciação pelos juízes[6]. Esse protagonismo judicial, característico de nossa época, vai cobrar seu preço também dos juízes. A estrutura bipolar do Leviatã levará, com o tempo, a um maior controle sobre a função jurisdicional para restaurar o equilíbrio perdido.

A reinterpretação da independência judicial, por exemplo, não tardará em vir. Sua direção parece mais que certa: o juiz deve ser independente não apenas dos demais poderes, mas também das forças da sociedade pluralista que, derrotadas no processo político (ou profundamente desconfiadas de sua eficácia e legitimidade), invocam a tutela jurisdicional em nome da realização de seus alegados direitos constitucionais. A dupla independência se obterá possivelmente pelo aprofundamento da legitimação política dos juízes, que reforça os laços do Judiciário com o processo democrático (e evita a captura por interesses parciais), e pela adoção de métodos jurídicos adequados à nova realidade constitucional. As fórmulas concretas dessa nova independência estão em aberto.

Talvez por tudo isso o grande tema da discricionariedade sempre se renove. Nele se dá o confronto entre autoridade e liberdade envolto numa teia complexa de relações: a autoridade do direito *versus* a liberdade da Administração; a autoridade da Administração *versus* os direitos (e as liberdades) dos administrados; a liberdade da Administração *versus* a autoridade do controle jurisdicional para preservar a autoridade do direito. A dificuldade está em precisar os limites de cada esfera de liberdade e autoridade. Em discurso de posse na presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros, dado em 19 de novembro de 1914, há quase um século, Ruy

6 Por “juízes” entendemos não apenas os magistrados do Poder Judiciário, mas também o *juge administratif* francês, que é um funcionário da Administração dotado das mesmas garantias dos magistrados judiciais e que exerce, materialmente, a mesma função.

Barbosa ilustrou muito bem o problema do controle, pelo Poder Judiciário, dos atos dos demais poderes:

> *"Cada um dos podêres do Estado tem, inevitavelmente, a sua região de irresponsabilidade. É a região em que esse poder é discricionário. Limitando a cada poder as suas funções discricionárias, a lei, dentro das divisas em que as confina, o deixa entregue a si mesmo, sem outros freios além do da idoneidade, que se lhe supõe, e do da opinião pública, a que está sujeito. Em falecendo êles, não há, nem pode haver, pràticamente, responsabilidade nenhuma, neste particular, contra os culpados. [...] Noutra situação não se acham os tribunais e, com particularidade, o Supremo Tribunal Federal, quando averba de inconstitucionalidade os atos do Govêrno, ou os atos do Congresso.*
>
> *Declarar, pois, inconstitucionais êsses atos quer dizer que tais atos excedem, respectivamente, a competência de cada um dêsses poderes. Encarregando, logo, ao Supremo Tribunal Federal a missão de pronunciar como incursos no vício de inconstitucionalidade os atos do Poder Executivo, ou do Poder Legislativo, o que faz a Constituição é investir o Supremo Tribunal Federal na "competência de fixar a competência" a êsses dois podêres, e verificar se estão dentro ou fora dessa competência os seus atos, quando judicialmente contestados sob êste aspecto."*[7]

A discricionariedade administrativa *limita* a competência de revisão judicial à aferição dos *limites* da liberdade outorgada, pelo ordenamento jurídico, à Administração Pública. Por isso, é uma norma de competência negativa, para o Poder Judiciário, e positiva, para a Administração. Ao mesmo tempo, retira alguns resultados possíveis da atividade administrativa do âmbito de proteção do direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional do CF 5º, XXXV. Tudo isso, porém, se altera quando ocorre o fenômeno da "redução da discricionariedade": o que era competência negativa torna-se positiva e vice-versa; determinados resultados da atividade administrativa inserem-se no âmbito de proteção do direito à tutela jurisdicional; o juiz pode, se a discrição se reduzir a zero no caso concreto, até

7 Ruy BARBOSA. "O Supremo Tribunal Federal na Constituição brasileira". In: Ruy BARBOSA. **Escritos e discursos seletos**, pp. 558-559.

mesmo substituir o juízo de dever ser do ato administrativo pelo da sentença (torna-se, então, competente para decidir sobre a questão de fundo).

Logo se vê que a redução da discricionariedade está diretamente relacionada ao problema dos limites da competência discricionária. Isso significa que a redução ocorre no processo de aplicação do direito, pois os limites controláveis pelo juiz são apenas os jurídicos, opostos pelo ordenamento, que tornam *ilícitas* ou *inválidas* uma ou mais alternativas de comportamento abstratamente previstas na norma habilitante. Como enfrentar esse problema e resolvê-lo de “maneira total e plenária”, como recomendou a seus alunos catalães Eduardo García de Enterría?

Nossa contribuição a esse projeto inesgotável é simples e despretensiosa. Pretendemos aproximar dois temas que são bem conhecidos dos juristas brasileiros – os limites da discricionariedade e o devido processo legal – sob o aspecto, menos explorado, da “redução da discricionariedade”. Visto não apenas como um sistema de regras e princípios de caráter processual ou procedimental, o *due process of law* da tradição anglo-saxã incorporou uma dimensão substantiva que se presta a regular, dentre outras coisas, o exercício da discricionariedade administrativa. Nas palavras do ministro José de Castro Nunes, do Supremo Tribunal Federal, escritas setenta anos atrás, um dos sentidos da cláusula *due process* no direito americano era precisamente o de exigir a justificação dos atos administrativos.

Nesse exato sentido a cláusula também foi recebida – de modo expresso – pela Constituição de 1988. Proíbe-se a arbitrariedade dos poderes públicos e, assim, limita-se a discricionariedade: o discricionário, sempre se disse entre nós, não se

confunde com o arbitrário[8]. Ao exigir de todo ato administrativo uma justificação racional (racionalidade oposta à arbitrariedade, uma idéia com raízes iluministas), o devido processo legal configura uma regulação dos processos mediante os quais a Administração fornece razões para seus atos – atos que são, em todo caso, aplicações de normas jurídicas. A aplicação do direito supõe a relação entre elementos fáticos e normativos num discurso argumentativo. Esse discurso tem de revelar os atributos da racionalidade.

No primeiro capítulo discorremos sobre a discricionariedade e enfrentamos o problema da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Optamos por excluí-lo do campo da discricionariedade, com alguma hesitação (que já foi muito menor do que hoje), por entendermos que não há segurança na doutrina e na jurisprudência sobre o regime jurídico do controle dessa aplicação[9]. No segundo capítulo, abordamos a redução da discricionariedade como resultado do processo de identificação de seus limites jurídicos e descrevemos essas limitações, com ênfase na teoria dos princípios. Isso nos levará a relacionar o conceito de redução da discricionariedade com os conflitos normativos e, de modo particular, com a

8 Hely Lopes MEIRELLES. **Direito Administrativo brasileiro**, p. 98

9 Não nos safisfaz, por inexata, a divisão radical entre liberdade cognitiva (relacionada à hipótese) e volitiva (relacionada à conseqüência jurídica). Mas a unificação de regimes jurídicos, baseada na semelhança estrutural dos fenômenos da discricionariedade e da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados na determinação dos pressupostos de fato da atividade administrativa, não leva a sério a questão da variabilidade de soluções concretas para o problema dos conceitos indeterminados nos diferentes sistemas jurídicos: variação no *espaço* (nos Estados Unidos e na Espanha, por exemplo, a solução não é *exatamente* a mesma) e no *tempo* (como demonstra a experiência alemã). Na doutrina brasileira, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello identifica parcialmente as questões de modo particularmente feliz (o resultado de sua teoria é provavelmente o que temos de mais próximo da realidade normativa do direito brasileiro), mas reduz tudo a um problema cognitivo, o que não corresponde, a nosso ver, à fenomenologia nem da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, nem da discricionariedade administrativa. Ver Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**, p. 48. A questão está a merecer pesquisas mais exaustivas – inclusive com exame aprofundado da jurisprudência. Enquanto isso, seguimos a linha expositiva que separa a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados da discricionariedade administrativa. Mas sem deixar de reconhecer a afinidade (diríamos quase essencial) dos temas, o que aparecerá, vez por outra, na exposição de questões específicas.

ponderação jurídica e o princípio (ou regra) da proporcionalidade.

O terceiro capítulo versa sobre o devido processo legal. São três as razões para unificar os limites substantivos da discricionariedade sob a cláusula do devido processo legal: a história da cláusula *due process* no direito americano e sua recepção pela doutrina brasileira anterior à Constituição de 1988; a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais; a possibilidade de construir um sistema dos vícios no exercício da discricionariedade baseado numa concepção ampla do devido processo legal. Desenvolvemos os dois primeiros argumentos e deixamos o terceiro para o capítulo seguinte.

No quarto capítulo se aprofundam as relações entre as dimensões processuais e substantivas do devido processo legal e tenta-se construir um sistema dos vícios do exercício da discricionariedade, cuja peça chave é a motivação dos atos administrativos. O conceito de motivação será explorado com detalhes, bem como se procederá a uma releitura, muito preliminar ainda, da teoria dos "elementos" ou "requisitos" do ato administrativo, necessária, a nosso ver, para dar maior clareza ao estudo da discricionariedade. Aponta-se o lugar sistemático do devido processo legal e da redução da discricionariedade. No quinto e último capítulo sintetizamos as conclusões gerais e específicas do trabalho.

A dívida com quatro autores é imensa: Celso Antônio Bandeira de Mello, Tomás-Ramón Fernández, Eduardo García de Enterría e Robert Alexy. Pode-se dizer que praticamente todas as questões enfrentadas foram direta ou indiretamente inspiradas por seus escritos – e, no caso do Prof. Celso Antônio, por suas inesquecíveis aulas. Eles foram o ponto de partida irrenunciável, mas nem sempre

estarão intactos na chegada. Cumpre esclarecer que a escolha dos autores nada tem de aleatória. A teoria geral do direito, após a "revolução" constitucional da segunda metade do século XX (na Europa, nos Estados Unidos e, um pouco mais tarde, na América Latina[10]), sofreu enormes transformações, para as quais o direito brasileiro acordou quando chegou sua vez de enterrar o passado de autoritarismo e instabilidade política. A Espanha – minha outra pátria – chegou atrasada, mas primeiro que nós: García de Enterría e Fernández foram pioneiros, ainda nos tempos difíceis do franquismo, de um "novo" direito administrativo.

No direito constitucional os novos ventos sopraram antes com algum vigor, espalharam as sementes e começam a frutificar. A teoria dos direitos fundamentais é possivelmente o melhor exemplo – e, dentro dela, a obra de Alexy ocupa um lugar de destaque no cenário alemão, que é paradigmático, além de estar vinculada a uma teoria da argumentação jurídica. Agora, no direito administrativo brasileiro, apesar das boas intenções de alguns autores e das exceções que confirmam a regra, os temas específicos não foram repensados. Interessam aparentemente as "grandes construções" e os temas novidadosos[11], sem que se tenha presente o papel modesto, humilde, e de extrema importância de nossa disciplina: converter a metafísica em técnica, como advertia García de Enterría. Nada poderia ser mais prosaico e, quem sabe, sem graça. Nada, porém, é mais necessário.

Mas a doutrina que entrou em contato com o "novo" constitucionalismo (velho

10 Na Europa continental, com as Constituições do pós-guerra e os tribunais constitucionais (que chegaram na segunda década de 1970 à Península Ibérica e nos anos 1990 aos países da Europa central e do leste); nos Estados Unidos, com uma Suprema Corte ativa como nunca em sua história entre os anos 1950 e 1970; na América Latina, com a pacificação de países conflagrados (Nicarágua, El Salvador, Honduras) nos anos 1990, o fim do autoritarismo na Argentina, Chile, Uruguai e Brasil, na segunda metade da década de 1980, e a derrocada do Partido Revolucionário Institucional (PRI) no México, no início desta década.

11 A 'moda' agora parece ser o controle jurisdicional das políticas públicas. Já foram moda – há alguns anos – as agências reguladoras e seu poder normativo e, em breve, alguma outra virá.

de 50 anos, diga-se, e “novo” para nós porque o relógio político brasileiro está sempre atrasado) quer reconstruir todo o edifício ao mesmo tempo, sob novos alicerces, sem derrubá-lo, o que é empresa vã, soberba e talvez impossível. Nessa tarefa quase messiânica de “reconstrução”, a base dogmática de nossa melhor doutrina – representada, de modo inexcedível, pelo Prof. Celso Antônio – sofre ataque permanente, quando deveria ser a estrutura sólida e estável para qualquer “reforma”.

Afinal, a ciência do direito – ingleses e americanos o perceberam alguns séculos antes de nós – não evolui *per saltum*. Se estamos onde estamos, é porque alguém pensou os mesmos problemas antes de nós e os enfrentou com o que tinha à mão. No caso do Brasil, dada a pobreza extrema do direito administrativo até a década de 1950, a principal arma foi a doutrina estrangeira e isso explica sua recepção por Ruy Cirne Lima, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Caio Tácito, José Cretella Júnior, Miguel Seabra Fagundes e outros. Eles criaram e permitiram que muitos mais, depois, criassem. Aos poucos, no entanto, desapareceu a necessidade de citar em fileira vinte autores italianos, franceses e alemães para demonstrar, por exemplo, que a Administração submete-se à lei.

Em resumo, antes de nos lançarmos a uma “revolução” frívola e desnecessária, precisamos levar a sério o que *nós*, brasileiros, alcançamos no estudo dogmático do regime jurídico da função administrativa. Precisamos levar a sério a obra coletiva, anônima, cotidiana, permanente, falha e nada glamurosa da jurisprudência de *nossos* tribunais. Precisamos levar a sério a história de *nosso* direito administrativo, que permanece largamente opaca e ignorada, por falta de quem a explore e ilumine. Isso tudo numa perspectiva aberta ao mundo, sem

adesão servil, nem rejeição xenófoba. Conscientes de que é possível ir além de nós mesmos e mudar o que tiver de ser mudado.

Há em toda disciplina os “novos” e os “velhos” problemas. Se as “novas” teorias não forem capazes de melhorar nossa compreensão dos “velhos” e eternos problemas, mesmo que expliquem todas as “novidades”, não servem para nada. Aqui se tenta usar ferramentas “novas” para dissecar melhor um desses problemas eternos, possivelmente insolúvel: a discricionariedade administrativa. Em mais de cem anos de discussão, o mundo mudou radicalmente e o Brasil, nem se fala. Algo, no entanto, permanece idêntico a si mesmo por trás do devir histórico – o Leviatã e sua face cotidiana, sua natureza arquetípica e bipolar que tende à contínua expansão mesmo quando parece contido ou benévolo. Afinal, prosseguia o Prof. Wanderley Guilherme dos Santos quando o interrompemos no primeiro parágrafo: “o Leviatã, uma vez crescido, não desaparece, apenas muda de indumentária”[12].

12 Wanderley Guilherme dos SANTOS. **O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado**, p. 9.

CAPÍTULO 1. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

1. A discricionariedade entre justiça e segurança

A história do direito público pode ser resumida como a seqüência de esforços para submeter o poder estatal ao direito. Nesse sentido, o princípio da legalidade, que constitui a pedra angular do direito administrativo, atuou no sentido de impor limites à atividade estatal para que as intervenções na esfera jurídica dos cidadãos se fizessem de acordo com uma regra geral, abstrata e heterônoma em relação à Administração. De outro lado, porém, a discricionariedade administrativa aparece no sistema jurídico sob a forma de uma exigência particular de valoração das circunstâncias do caso segundo o critério da Administração. Ainda que a discricionariedade seja uma espécie de remissão legal, o que a lei remete ao juízo da Administração é a própria definição de aspectos de sua atividade material e jurídica.

Parece estranho que o princípio da legalidade aceite, sem mais, a existência de um âmbito de liberdade administrativa. Pode-se entrever na discricionariedade administrativa, portanto, o resíduo, já bastante enfraquecido, de um tipo de Estado que a doutrina chama Estado-polícia.[1] De qualquer modo, trata-se de uma

1 O Estado-polícia – Estado não vinculado juridicamente na atividade de "polícia" (que era sinônimo de administração) – não corresponde a nenhuma organização estatal historicamente existente, ao contrário do que, por vezes, se pressupõe na doutrina. Essa análise do Estado-polícia (ou Estado de Polícia), muito comum no direito administrativo, nada mais é do que o emprego de um tipo

reminiscência do que se supunha derrogado, e, não por acaso, verifica-se um certo desconforto na ciência do direito com a discricionariedade, pretendendo mesmo alguns, na doutrina brasileira, que toda competência será vinculada, ainda que somente a princípios, ou que se deve relativizar a distinção entre as formas gerais de atribuição de competências administrativas (vinculação e legalidade)[2].

Com efeito, no fenômeno da competência discricionária opera uma força aparentemente contrária às noções de igualdade formal e de submissão do Estado à ordem jurídica, idéias centrais a qualquer conceito de direito administrativo, que é a preponderância das circunstâncias do caso na regulação jurídica concreta. Ademais, o estudo da discricionariedade põe em evidência a divisão de funções entre os poderes estatais, outro fundamento do moderno constitucionalismo.

Entende-se que apenas os limites da discrcicionariedade podem ser objeto de controle jurisdicional, não a escolha formulada pela Administração dentro do âmbito de liberdade que lhe corresponderia nesse caso. A submissão do Estado à ordem jurídica, fundamento e razão de ser do direito administrativo, depende de algum controle de tipo jurisdicional dos atos do poder público, ou seja, controle de legalidade por um órgão imparcial e dotado de garantias, mesmo que não exercido necessariamente pelo Poder Judiciário. Se uma restrição a esse controle aparece como a principal conseqüência jurídica da discricionariedade administrativa, poderíamos estar diante de uma exceção, conquanto parcial, ao princípio da

jurídico (*ein rechtlicher Typus*), como advertia Adolf Merkl, cuja utilidade se esgota na caracterização do tipo oposto, a saber, o Estado de Direito. Tanto é assim que o conceito de Estado-polícia é praticamente desconhecido fora do direito público. Trata-se de uma criação dos juristas para melhor compreender os elementos do tipo de Estado em que surgiu e se desenvolveu o direito administrativo moderno. Veja-se: Adolf Julius MERKL. **Teoría general del derecho administrativo**, p. 98 e Afonso Rodrigues QUEIRÓ. “A teoria do desvio de poder no direito administrativo”.

2 Ver Gustavo BINEMBOJN. **Uma teoria do direito administrativo**. Também Juarez FREITAS. **Discricionariedade administrativa e direito fundamental à boa administração**.

submissão do Estado ao direito, a menos que se encontre um fundamento constitucional ou lógico-jurídico para a existência da discrição administrativa.

Mas as dificuldades teóricas não param por aí. Se não houvesse a outorga de um espaço de liberdade estimativa à Administração, a igualdade em sentido substancial jamais seria alcançada. É que a técnica legislativa do Estado de Direito, que se baseia em prescrições formuladas em termos gerais e abstratos, não permite considerar diferenças que podem, em casos concretos, demandar uma regulação jurídica diferenciada, e válida apenas para aquele caso, de acordo com valores expressos por outras normas de um sistema jurídico. Para usar uma analogia, assim como um modelo exclusivamente de regras não dá conta de ordenar a vida social com justiça, exigindo a regulação por princípios, a competência inteiramente vinculada dificulta, por sua rigidez acentuada, a adequação da atividade administrativa às finalidades cogentes que vinculam a Administração como parte insuprimível do ordenamento jurídico[3].

Em síntese, pode-se afirmar que a discricionariedade visa a realizar a justiça, privilegiando o caso concreto, mas constitui uma ameaça à segurança, por quebrar a igualdade formal e limitar o controle jurisdicional da atividade administrativa[4]. Desenha-se uma tensão entre dois poderosos símbolos políticos modernos que, não por acaso, irrompe também em outros grandes temas do direito público: a coisa

3 No âmbito do direito constitucional, especialmente na teoria dos direitos fundamentais, a discussão sobre o modelo de regras, o modelo de princípios e o modelo intermediário de regras e princípios, bem como o modelo de regras, princípios e procedimentos, pode ser encontrada em Robert ALEXY. “Sistema jurídico y razón práctica” in: **El concepto y la validez del derecho**.

4 Por isso afirma Afonso Rodrigues QUEIRÓ em seu clássico texto sobre discricionariedade: “É a necessidade social de harmonizar a segurança com a justiça que regula ou deve regular o grau de precisão das normas jurídicas. Isto diz o mesmo que é geralmente apontado para justificar o poder discricionário: dar possibilidade de maleabilidade à Administração, inconveniência de uma rigorosa pormenorização das normas legais.” Afonso Rodrigues QUEIRÓ. “A teoria do desvio de poder no direito administrativo”, p. 57.

julgada no processo civil, os limites ao poder de punir no direito penal, a legalidade tributária, o controle de constitucionalidade. As discussões a respeito da discricionariedade devem sua vitalidade, em certo sentido, à imensa energia mobilizada pelo confronto entre justiça e segurança.

Antes de encontrar a justificativa, do ponto de vista constitucional ou lógico, para a discricionariedade administrativa, impõe-se analisar o conceito em todas as dimensões.

2. A análise do conceito de discricionariedade administrativa

Convém retomar, de início, algumas idéias de livre curso na doutrina sobre a discricionariedade administrativa. Apesar de nada, desde o século XIX, ser propriamente novo nessa problemática, as respostas dadas pela dogmática jurídica e pela jurisprudência, no Brasil e no exterior, variam muito. É preciso, então, recorrer à formulação clássica do problema como ponto de apoio da análise a ser empreendida. Primeiro, veremos a relação entre a legalidade, em sentido amplo, e a discricionariedade. Depois examinaremos como a idéia de função e seu conceito no direito público se ajustam ao reconhecimento de um espaço de liberdade subjetiva para a Administração Pública. Por fim, entraremos na discussão sobre o emprego de conceitos jurídicos indeterminados na definição das condições de fato do agir administrativo.

Esses temas serão, para maior clareza expositiva, divididos em proposições

mais ou menos específicas que revelam, de certo modo, a posição adotada.

2.1. A discricionariedade não é um poder extralegal: legalidade e discricionariedade

A primeira e mais importante característica da discricionariedade é sua dependência da legalidade. No Estado de Direito, em oposição ao Estado-polícia, a atividade administrativa se acha ligada por normas jurídicas. Essa vinculação, contudo, pode assumir forma e intensidade variadas conforme o ordenamento jurídico de que se trate. Em um dos extremos tem-se a denominada primazia da lei, que em nada difere da legalidade para os sujeitos privados: a Administração não pode contrariar a lei. No outro extremo, encontramos a prefiguração total da atividade da Administração na lei. Pode haver também uma espécie intermediária de vinculação, por vezes denominada reserva da lei, que limita a exigência de lei a determinadas matérias. A reserva da lei, por sua vez, é mais ou menos extensa de acordo com as regulações constitucionais específicas de cada sistema jurídico[5]. De qualquer modo, a atividade administrativa, em relação com a lei, se acha em posição subordinada. De um lado, não pode contravir o que dispõe a lei; de outro, tem de se fundamentar, de modo específico, no que dispõem as leis, sempre que se tratar de reserva da lei (total ou parcial).

---

5 Ambos os conceitos – primazia (ou preferência) e reserva da lei – foram introduzidos por Otto Mayer no começo do séc. XX (Otto MAYER. **Derecho administrativo alemán**, p.96). Embora Mayer se referisse a uma reserva da lei, digamos, em sentido estrito, abrangendo as matérias insuscetíveis de regulação autônoma pelo Poder Executivo, de modo que em todas as outras o Poder Executivo ficaria livre, obrando em virtude de força própria, a evolução do Estado de Direito levou a doutrina alemã a considerar a reserva da lei em sentido bem mais amplo do que o proposto por Mayer. No Brasil, por exemplo, a reserva da lei abrange *todo o campo da atividade administrativa*. Nada é deixado à regulação autônoma da Administração. Nem por isso será correto negar a existência de uma reserva da lei no sistema brasileiro. Se entendida como a exigência de fundamento legal específico para a função administrativa, ela no Brasil terá a máxima extensão possível, dado que o Congresso Nacional legisla sobre *todas* as matérias de interesse da União (CF 48) e o Presidente da República só está autorizado a expedir decretos e regulamentos "para a fiel execução das leis" (CF 84, IV). Ver sobre a "reserva da lei", na doutrina e jurisprudência alemãs contemporâneas, Hartmut MAURER. **Direito administrativo geral**.

No direito brasileiro a reserva da lei é absoluta e não depende, para justificar-se, de apelos ao princípio democrático ou ao Estado de Direito, nem de uma concepção mais alargada de direitos fundamentais, como se verifica, por exemplo, na Alemanha. Ela decorre de dois fatores normativos até certo ponto óbvios: (a) a competência do Congresso Nacional (e, por extensão, do Legislativo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios) para dispor sobre todas as matérias de interesse da União (e, por extensão, dos outros entes federativos); (b) a competência regulamentar do chefe do Poder Executivo, limitada, no Brasil, à fiel execução da lei. Pode ocorrer também de alguma norma constitucional exigir da lei ainda mais do que prefixação das condições e do conteúdo do agir administrativo. Por exemplo, a lei é o único instrumento de organização da Administração indireta, por meio da qual se criam pessoas jurídicas de direito público (autarquias e fundações) e se autoriza a criação de pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista)[6].

Assim, a função administrativa no sistema brasileiro deve guardar não apenas

6 Veja-se o CF 37, XIX. Entretanto, a lei não é mais a **única** forma de organização da Administração federal, pois o Presidente da República foi autorizado, pela Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001, a dispor mediante decreto sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos (CF 84, VI, *a*), bem como sobre a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos (CF 84, VI, *b*). Embora alguns tenham visto nesses dispositivos a instituição de "decretos autônomos" (ver, por todos, o artigo de José Levi Mello do AMARAL JÚNIOR, "Decretos autônomos: novidade da Emenda Constitucional nº 32, de 2001". BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Revista Jurídica,* v. 3, nº 30, publicado no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_30/artigos/Art_Levi.htm), a verdade é que o ato do Poder Executivo, no caso do CF 84, VI, *a*, limita-se a obrar no âmbito definido pela lei, ou seja, é um ato de execução da lei. Ele apenas reordena o que a lei já organizou de um dado modo, pois a criação e a extinção de órgãos continua a ser virtualidade exclusiva da lei (que tem, portanto, a última palavra sobre a organização do Poder Executivo). De outro lado, o decreto previsto no CF 84, VI, *b*, também se limita a uma competência de organização do Poder Executivo, embora, neste caso, tenha havido uma verdadeira transferência do âmbito da lei para a do decreto. Cumpre esclarecer que a praxe administrativa brasileira, pós-1988, era a de dispor sobre essas matérias na forma de medidas provisórias, que também são atos do Poder Executivo, porém sujeitos à aprovação parlamentar. Não à toa, a Emenda Constitucional 32/2001, que trouxe as inovações sobre os decretos, modificou substancialmente, ao mesmo tempo, o regime das medidas provisórias.

uma relação de não contrariedade ou não contradição (primazia da lei e força obrigatória), mas também de subsunção (reserva da lei) aos preceitos legais[7]. Não basta, ademais, obedecer às leis, em razão de sua força obrigatória inerente, ou não contrariá-las. É preciso que a Administração esteja concretamente, em cada caso, fundada em disposição legal para agir, seja a que título for. Isso, ademais, em todas as matérias que podem ser objeto da função administrativa.

Nesse contexto, a discricionariedade surge na intimidade de uma regulação heterônoma proporcionada pela lei. Em outras palavras, como aponta Afonso Rodrigues Queiró, o Estado deve se comportar em relação aos particulares "na forma do direito, quere dizer, ligado *pelas normas jurídicas*, qualquer que seja sua fonte[8]". No sistema brasileiro, que é muito rigoroso com a Administração, apenas uma fonte – a lei – constitui meio idôneo para inovar de modo originário a ordem jurídica[9]. Logo, todo poder instrumental atribuído à Administração para o cumprimento dos deveres jurídicos que lhe correspondem estará vinculado por normas jurídicas de fonte legal.

Em conseqüência, não se pode conceber a discricionariedade como um

---

7 Nossa fórmula é quase idêntica à de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p. 13.

8 Afonso Rodrigues QUEIRÓ. "A teoria do desvio de poder no direito administrativo", p. 41. Esse conceito – expresso na locução "qualquer que seja sua fonte" – se denomina "reserva de preceito" ou, nas palavras de Maurer, a exigência de qualquer regulação jurídica vinculativa como fundamento da atividade administrativa: uma *lei*, um *regulamento* ou um *estatuto*. Estatutos são, de acordo com Maurer, "normas jurídicas que são promulgadas por uma pessoa jurídica de direito público para a regulação de seus assuntos".

9 Geraldo ATALIBA. **Instituições de direito público e república**, p. 137. Ataliba lembra Pontes de Miranda e diz sobre o princípio da legalidade, ainda sob a égide da Constituição de 1969, que "dada a absoluta indelegabilidade das funções verticais do Estado e os requintes do Texto Constitucional, o saudoso PONTES DE MIRANDA cunhou a expressão *legalitariedade* para distinguir o suave e programático princípio do direito constitucional comparado e sublinhar a rigidez, estreiteza e imperatividade com que nós o consagramos". Uma advertência necessária: não cuidamos aqui da questão das medidas provisórias. Dado que elas têm "força de lei" (CF 62, *caput*), excluídas as matérias previstas no CF 62, § 1º, podemos, sem nenhum problema, inseri-las no conceito de "lei" para fins desta exposição.

espaço no qual a Administração poderia agir sem vinculação à ordem jurídica, ou seja, não se trata de um poder extrajurídico, natural, que pertenceria, por direito próprio, aos órgãos administrativos[10]. Ao contrário, a discricionariedade não prescinde da existência de uma lei que pelo menos: (a) designe um órgão competente; (b) estabeleça uma finalidade para o ato. Onde não houver lei com esse mínimo de conteúdo, não haverá título para que a Administração realize operações jurídicas ou materiais.

Por isso, como diz Queiró, "não há, em direito administrativo, lugar para *lacunas*, nem para a conseqüente integração com recurso à eqüidade, ao menos no Estado de Direito, onde **a lei não pode deixar de, ela própria, marcar em toda a *extensão* e *amplitude* a atividade da administração**"[11]. No direito administrativo vigora uma espécie de "norma geral exclusiva", que proíbe tudo o que não é o caso de uma hipótese normativa[12]. Há, portanto, uma reserva de lei que, no sistema brasileiro, ainda tem um caráter absoluto, demandando um ato do Poder Legislativo segundo um procedimento especial – público, aberto, solene, formal – de produção normativa (processo legislativo).

10 A tese da discricionariedade como um "espaço livre de normas" foi defendida por Laband, no final do século XIX.

11 Afonso Rodrigues QUEIRÓ. "A teoria do desvio de poder no direito administrativo", p. 60.

12 A teoria da "norma geral exclusiva" serviu para justificar a tese da completude do ordenamento jurídico diante o ataque da escola do direito livre e da sociologia jurídica; e em reação à doutrina que pregava a existência de um "espaço jurídico vazio". Foi defendida, pela primeira vez, por E. Zittelmann, num ensaio publicado em 1903 (*Lücken im Recht* – Lacunas no direito), e consiste fundamentalmente na afirmação de que uma norma, ao regular um caso, exclui daquela regulação todos os demais comportamentos; ou seja, todos os comportamentos não compreendidos numa norma particular são regulados por uma norma geral exclusiva, que exclui, para aquele suporte fáctico, todos os comportamentos que não foram previstos pela norma particular. Embora sujeita a muitas críticas, a teoria da norma geral exclusiva fornece uma excelente contribuição ao estudo das lacunas no direito administrativo, em razão do princípio da legalidade, como exigência de fundamento normativo (no Brasil, legal) para a realização da atividade administrativa. Poderia ser enunciada assim: diante de uma situação de fato *F*, se uma conduta *p* não estiver permitida (seja mediante permissão simples, seja mediante a obrigação), estará proibida. Sobre o assunto, ver Norberto BOBBIO. **Teoria do ordenamento jurídico**, pp. 113-160.

Daí que as noções de discrição como “atividade livre de normas” ou “espaço de atuação livre da lei” são equívocas e pertencem a uma época na qual a vinculação da Administração à lei era puramente negativa (preferência ou primazia da lei), nos primórdios do direito administrativo. Existe, por óbvio, uma certa liberdade no manejo de competências discricionárias, mas o só fato de serem competências (deveres jurídicos) deixa bem claro que a discricionariedade situa-se no âmbito do princípio da legalidade e não fora, num espaço de não-direito composto exclusivamente por indiferentes jurídicos[13].

Se a discricionariedade surge na intimidade da lei, se ela nada mais é do que uma remissão legal ao juízo estimativo da Administração, então segue-se, inexoravelmente, que se trata de um objeto limitado, cujo primeiro e mais importante limite será a própria lei. Não existindo lei, não se poderá falar em discricionariedade. Ela vai até onde encontrar-se com a legalidade. Pode até deter-se antes dos limites últimos da legalidade formal, de acordo com a estrutura e a densidade de regulação da norma, mas nunca poderá ir além do que estiver previsto em lei.

2.2. A discricionariedade é um dos modos de ser do dever jurídico-administrativo: função administrativa e discricionariedade

A atividade da Administração Pública, do ponto de vista da norma jurídica que lhe dá fundamento, é uma função, como são funções todas as atividades estatais no Estado de Direito. Isso significa que a Administração está obrigada à realização de

13 A doutrina brasileira contemporânea praticamente não contende sobre isso. Veja-se, por exemplo, Weida ZANCANER. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**, pp. 47-53. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**, *passim*. Lúcia Valle FIGUEIREDO. **Curso de direito administrativo**, pp. 196-218.

certas finalidades: tem um dever específico de satisfazer interesses alheios. A noção de administração, portanto, compreende a de função[14], seja no direito público, seja no direito privado. Ocorre que no direito público a função prepondera, enquanto no direito privado constitui a exceção, pois a regra será o sujeito curar seus próprios interesses e, para isso, desfrutar um amplo espaço de liberdade denominado "autonomia privada" em que a vontade, não a finalidade, constitui a dominante.

Nas palavras de Ruy Cirne Lima, a relação de administração, em que se tem necessariamente o desempenho de uma função, "se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente", de modo que "na administração o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade". Havendo, sobre um mesmo objeto, relação de administração e "direito subjetivo", prossegue Cirne Lima, os conflitos resolvem-se, no direito privado, em favor do direito subjetivo, ao passo que, no direito administrativo, "a relação de administração domina e paralisa a de direito subjetivo"[15]

.

Logo, tem-se na função um dever, uma conduta obrigatória, do que se pode igualmente concluir que a discricionariedade pode ser vista como um dever, ainda que, em determinados casos, haja uma verdadeira faculdade em relação a determinados aspectos do ato administrativo. É que, ao lado da permissão bilateral característica da faculdade em relação, digamos, à forma, existirá sempre o dever de atingir a finalidade[16]. Por isso todos os poderes da Administração são instrumentais, ancilares, subordinados ao cumprimento, exato e excelente, dos fins

14 Na verdade, a *legislação* e a *jurisdição* também compreendem a noção de função. Em rigor, função é a categoria eficacial básica do direito público; ocorre que a *administração*, por sua variedade, somente pode ser identificada segundo um critério *formal*, ao passo que as demais, ao menos dentro de certos limites, são suscetíveis de determinação por um critério material.

15 Ruy Cirne LIMA. **Princípios de direito administrativo**, pp. 51-53.

16 Em linguagem formal, a permissão bilateral – faculdade – escreve-se: $P\,p\,.P\neg\,p$. Lê-se: "é permitida a conduta *p* e sua abstenção".

assinalados por uma norma jurídica preexistente. São poderes-deveres ou, como sugere Celso Antônio Bandeira de Mello, deveres-poderes, fazendo aparecer, em primeiro lugar, o functor deôntico da obrigação que melhor caracteriza o dever. Nos dizeres de Celso Antônio:

> *"Em face da finalidade, alguém – a Administração Pública – está posta numa situação que os italianos chamam de doverosità, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outro meio para se atingir essa finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever.[17]"*

Parece claro que a discricionariedade, mesmo estruturada na forma de uma faculdade em relação a determinados aspectos da atividade administrativa, relaciona-se com um *dever* específico, que consubstancia assim outro limite à liberdade de escolha da Administração: o dever de atingir a finalidade em vista da qual foram outorgados a capacidade abstrata de agir e os poderes jurídicos correspondentes para o desempenho da atividade em concreto. Trata-se de um dos modos de ser do dever jurídico-administrativo de perseguir o fim remoto – o interesse público genérico – e o fim próximo – o interesse público específico –, de maneira que, se não houver *finalidade pública* no exercício da função administrativa, ela estará irremediavelmente desviada dos cânones legais. Isso significa que será ilegítima e sua expressão concreta, o ato administrativo, poderá ser objeto de invalidação pelo órgão de controle da legalidade (no Brasil, o Poder Judiciário).

Talvez seja exagero falar em puro dever discricionário, mas é certo que, subjacente a todas as competências discricionárias, existe um dever jurídico de perseguir a finalidade em consideração da qual atribuiu-se o poder. A não ser assim,

17 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p. 15.

a discricionariedade não se incluiria na função administrativa. Seria um poder não funcionalizado a nenhum fim predefinido e, pois, um "espaço livre" para que a Administração estabelecesse o fim a ser alcançado em cada caso[18]. Estaríamos diante de um poder inadmissível no Estado de Direito, porquanto não referido, em um de seus aspectos fundamentais, a normas jurídicas. A idéia de função, nesse contexto, é pressuposta pelo tipo do Estado de Direito – a única Administração, nesse tipo jurídico, é a Administração legal (Merkl), uma Administração Pública que, subordinada à lei, exerça função, vale dizer, esteja sempre numa situação jurídica passiva de dever[19].

É preciso, contudo, distinguir entre deveres jurídicos implicados na função administrativa. Não se confundem o dever de atingir a finalidade e os deveres de praticar um determinado ato, ou um ato de determinado conteúdo, ou um ato segundo determinada forma etc. A discricionariedade surge precisamente no caso em que a lei concede à Administração um espaço de liberdade no qual pelo menos duas alternativas de comportamento são igualmente válidas perante o direito. Se for possível, mediante alguma técnica específica, reduzir as várias opções no plano da norma a uma só diante do caso concreto, ocorrerá o que a doutrina alemã chama de redução da discricionariedade a zero (*Ermessens Reduzierung auf Null*) ou contração do poder discricionário. Desaparecerá então a competência discricionária

18 Essa – a liberdade de escolha dos fins da atuação administrativa – era a idéia de discricionariedade de Paul Laband expoente da "escola do direito público" na Alemanha do final do séc. XIX, cujas concepções inspiraram Tezner e Brühler. Laband, porém, admitia que seu conceito resultava na abolição de limites jurídicos à discricionariedade. Para ele, o poder discricionário teria apenas limites *políticos* ou *morais*. Veja-se Maria Sylvia DI PIETRO. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.**

19 A idéia de que a discricionariedade estaria "livre de normas" se afirma também mediante a oposição *discrição* x *direito subjetivo público* (Bühler). Se não houver *direito subjetivo* correspectivo, não haverá *dever* e a atividade administrativa, nesse sentido, estaria livre: os administrados não teriam como exigir da Administração determinado comportamento. Veja-se, a respeito, Afonso Rodrigues QUEIRÓ. A teoria do desvio de poder no direito administrativo", p. 42, e Massimo Severo GIANNINI. **Potere discrezionale della Pubblica Amministrazione: concetto e problemi**.

e, em seu lugar, teremos uma clara vinculação[20]. Assim, se não tiver sido reduzida a zero, a discricionariedade cifra-se num *dever de atingir a finalidade que estará satisfeito toda vez que a Administração realizar qualquer uma das condutas alternativas previstas no mandamento da norma, inclusive, se for o caso, o não agir*. Por isso a discricionariedade, quando de fato se fizer presente, consistirá na eleição de indiferentes jurídicos, no conceito de García de Enterría[21].

A noção de dever favorece o controle jurisdicional do manejo de competências discricionárias. A violação desse dever de atingir a finalidade obviamente invalida, como veremos, o ato administrativo praticado no exercício das competências discricionárias. Nesse sentido negativo é que se toma o dever discricionário: um dever de atingir a finalidade que se confunde, nos casos simples, com a observância da legalidade e que, nos casos complexos, dependerá da situação de fato sobre a qual incide a norma.

Não se pretende aqui dizer que a Administração possa escolher livremente a conduta a ser realizada: o *an*, *quid* e *quomodo* de sua atuação. Apenas se tem, no caso de verdadeira discrição, uma pluralidade de condutas que, do ponto de vista jurídico, são consideradas excelentes para a satisfação do interesse público previsto

20 Hartmut MAURER. **Direito administrativo geral**, p. 152. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás Ramón FERNANDEZ. **Curso de derecho administrativo**, v. 1, p. 491.

21 Ver Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás Ramón FERNANDEZ. **Curso de erecho Administrativo**, v. 1, pp. 466-467 Em sendo possível apontar a *solução ótima*, ela será *devida* e não haverá mais, no sentido rigoroso da palavra, discricionariedade, pois qualquer decisão que não seja a excelente para alcançar a finalidade legal terá de ser anulada pelo controlador da legalidade. Veremos portanto que, nos casos de verdadeira discricionariedade, existem *várias soluções ótimas*, de modo que a escolha da Administração terá resultado de um *puro ato de vontade*, que não admite interferências externas sob pena de usurpação da função administrativa ou "dupla administração" (*Doppelverwaltung*), vedada implicitamente pelo ordenamento brasileiro. Embora – como se pode facilmente ver – muito do exposto aqui tenha sido inspirado pela revolucionária concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a discricionariedade, nesse preciso ponto, e na questão dos conceitos jurídicos indeterminados, divergimos sensivelmente do mestre.

na norma. Escolhendo qualquer uma, a Administração terá agido conforme o direito e estará imune ao controle jurisdicional. Ocorre que a verdadeira discricionariedade somente se verifica na presença do caso concreto, pois sua razão de ser consiste em permitir que a Administração valore, segundo sua própria estimativa, as circunstâncias do caso e, então, adote a medida mais adequada para naquele contexto fático realizar a utilidade pública. Se após a valoração persistirem duas ou mais alternativas, todas serão igualmente legítimas perante o direito – nisso, e somente nisso, consiste a discricionariedade.

Desse modo, não há qualquer contradição entre dever (função) e discricionariedade, se entendermos bem ambos os conceitos.

2.3. O "quebra-cabeças" jurídico: conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade.

É comum a assimilação, por oposição, do problema da discricionariedade com o da interpretação das normas jurídicas – ou, melhor dito, a concepção da discricionariedade como o que há para além dos limites da interpretação jurídica. Diz, por exemplo, André Gonçalves Pereira, que a discricionariedade "começa onde acaba a interpretação"[22]; do mesmo modo, Afonso Rodrigues Queiró sugere que a discricionariedade reduz-se a uma questão de interpretação – "o problema do poder discricionário é problema de interpretação" – , ressaltando que o ponto controvertido está em saber até onde pode chegar a interpretação, "até onde será possível determinar sentidos, significações precisas numa norma"[23]. Além daí, por não haver

22 André Gonçalves PEREIRA. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**.
23 Afonso Rodrigues QUEIRÓ. "A teoria do desvio de poder no direito administrativo" , pp. 63 e 65.

interpretação, haverá discrição.

Essa idéia se encontra igualmente no pensamento de Ernst Forsthoff, que opõe discricionariedade e interpretação de maneira tal que uma vem a existir precisamente na falta da outra, ou seja, uma como o reverso da outra. Segundo Forsthoff, o exercício do poder discricionário e a aplicação interpretativa do direito são "duas operações lógicas distintas, que não podem ser confundidas sem mais"[24]. Michel Stassinopoulos, seguindo de perto Bernatzik[25], afirma que o poder discricionário nada mais é do que a "liberdade de determinar o sentido de uma noção cujo desenho foi deixado indeterminado pela lei"[26].

No Brasil sustentaram a idéia de uma conexão entre interpretação e discricionariedade, por exclusão antitética, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Regina Helena Costa, Andreas Joachim Krell e Germana Oliveira de Moraes, para citar somente contemporâneos. Esses autores, com matizes que singularizam as respectivas construções teóricas, afirmam que os conceitos jurídicos indeterminados podem significar a outorga de discricionariedade

24 Ernst FORSTHOFF. **Tratado de derecho administrativo**, p. 133. Forsthoff, no entanto, ressalta que nem sempre os "conceitos de valor", por si só, têm caráter discricionário, uma vez que sua concretização pode valer-se de elementos empíricos que fixaram o valor, havendo, desse modo, interpretação. Nisso se aproxima da teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello e se afasta de Queiró, como veremos.

25 Edmund BERNATZIK (1854-1919) publicou em Viena, em 1886, o livro *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft* (em tradução livre, *Jurisdição e coisa julgada material*), obra que influenciou, de modo decisivo, boa parte do desenvolvimento posterior da teoria dos "conceitos jurídicos indeterminados" na doutrina de língua alemã (Bernatzik era austríaco). Nesse livro ele defendia ser o poder discricionário a liberdade de determinar o significado de um conceito que é por natureza indeterminado e que os administradores funcionariam como "peritos do interesse público". Numa passagem citada por Queiró e muito utilizada para defender a discrição nos conceitos jurídicos indeterminados, Bernatzik afirmava que existe nos conceitos vagos, indeterminados, "um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou não exatidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa". Cf. Afonso Rodrigues QUEIRÓ, "A teoria do desvio de poder no direito administrativo", p. 63. Ver Edmund BERNATZIK. **Rechtsprechung und materielle Rechtskraft**.

26 Michel STASSINOPOULOS. **Traité des actes administratifs**, p. 156.

à Administração por serem insuscetíveis de precisa determinação, em termos muito próximos da tradição germânica iniciada com Bernatzik[27].

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados como fonte da discricionariedade perdeu quase todo o prestígio na Alemanha, substituída por um movimento, teórico e jurisprudencial, que aceitava a sindicabilidade plena dos processos de interpretação e aplicação desses conceitos.

No final da década de 1970, sob a pressão de tribunais administrativos sobrecarregados e em rota de colisão com o governo, além de pesadas críticas da doutrina, começa a ser adotada na Alemanha uma versão mais suave da antiga teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, o denominado "espaço de apreciação" (*Beuerteilspielraum*), que estabelece critérios nem sempre claros de limitação do controle jurisdicional da aplicação administrativa de conceitos indeterminados.

Até hoje se aceita nos tribunais alemães uma espécie de revisão judicial limitada do exercício de competências cujos pressupostos de fato se acham definidos em conceitos jurídicos indeterminados, conforme nos dá notícia Hartmut Maurer[28], concepção essa com influência, pela obra de García de Enterría, na

27 Para uma visão extraordinariamente ampla e valiosa do debate nacional e estrangeiro sobre conceitos jurídicos indeterminados, interpretação e discricionariedade, veja-se o cuidadoso trabalho de Dinorá Adelaide Musetti GROTTI. "Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa" in: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 12/84-115. Sobre a tradição germânica e seus desenvolvimentos na Alemanha, ver Andreas J. KRELL. "A recepção das teorias alemãs sobre 'conceitos jurídicos indeterminados' e o controle da discricionariedade no Brasil". in: *Interesse Público*, 23 (2004), pp. 21-49.

28 Hartmut MAURER. **Direito administrativo geral**., pp. 157-160. Ele próprio, Maurer, todavia, faz severas restrições à doutrina do "espaço de apreciação", sobretudo ante a necessidade de controle jurisdicional nos casos em que estão em jogo direitos fundamentais. Por isso, restringe exclusivamente ao momento da *subsunção* a liberdade intelectiva da Administração – não à interpretação abstrata de conceitos jurídicos indeterminados, muito menos à "apreciação valorativa" da ocorrência dos fatos. Essa posição, provavelmente inspirada em Otto Bachof, tem sido objeto de duras críticas na Alemanha. Ver Andreas J. KRELL, "A recepção ...", p. 39

Espanha[29] e quase não divulgada no Brasil[30].

Agora cumpre fazer uma pergunta: qual seria a conexão entre discricionariedade, conceitos jurídicos indeterminados e interpretação? A resposta depende das condições históricas, políticas e jurídico-constitucionais do respectivo sistema jurídico. Não há uma resposta universal: a pretensão de Queiró, inspirada pela doutrina alemã e austríaca da primeira metade do século passado, de encontrar os "limites naturais" da discricionariedade (que para ele, no entanto, poderiam ser restringidos pelo sistema jurídico) está condenada ao fracasso. Apenas na investigação minuciosa de cada sistema, observadas as condições gerais (políticas, sociais, históricas e econômicas) em que está inserido e no qual é aplicado, se permitirá desenhar as relações concretas entre discricionariedade, conceitos jurídicos indeterminados e interpretação.

Pode-se ter num extremo sistemas em que toda a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados seria controlável pelo Poder Judiciário e, no outro, uma ordem jurídica segundo a qual os juízes estariam proibidos de proceder a essa revisão. No primeiro caso, a relação entre discricionariedade e interpretação será

29 Representam, de certo modo, essa corrente: Fernando SAINZ MORENO. **Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**, e Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás Ramón FERNANDEZ, **Curso de Derecho Administrativo**. Deve-se observar que, no debate alemão, há divergências sérias a respeito dos fundamentos e dos limites do espaço de apreciação que estão muito longe de serem reproduzidas nas exposições dos autores espanhóis ou na jurisprudência dos tribunais administrativos. Veja-se, por todos, Mariano BACIGALUPO. **La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)**.

30 Maria Sylvia Zanella DI PIETRO diz: "no direito brasileiro, o tema dos conceitos jurídicos indeterminados foi pouco desenvolvido". Tem absoluta razão. Recentemente, além do citado estudo de Andreas J. Krell, podemos mencionar o trabalho de Germana de Oliveira MORAES. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. Há um interessante trabalho do ministro do STF Eros Roberto Grau, que data da década de 1980 . Ver Eros Roberto GRAU. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. Para uma visão mais atual, do mesmo autor, ver Eros Roberto GRAU. "Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade". in: Cármen Lúcia Antunes ROCHA (org.). **Perspectivas do direito público – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**, pp. 307-335.

nenhuma; no último, a discricionariedade se sobreporia parcialmente à interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Há inúmeras possibilidades de modelos intermediários. A experiência internacional revela uma variedade e complexidade espantosas de sistemas que, para comprovar ainda mais a tese da inexistência de uma relação necessária entre conceitos jurídicos indeterminados, interpretação e discricionariedade, ainda podem variar não apenas *no espaço* mas, como no exemplo alemão, igualmente *no tempo*.

Estamos assumindo, portanto, que o problema dos conceitos jurídicos indeterminados tem matriz jurídico-positiva e está ligado à história política, administrativa e constitucional de cada ordenamento. Eventuais limites à revisão judicial são o produto de decisões políticas e jurídicas, como resultado de um processo histórico único e irrepetível, conquanto influenciado muitas vezes pela dinâmica de outros sistemas. Assim, os limites que se pretendam impor tanto à atividade revisora dos juízes quanto à liberdade cognitiva – em que também se acham aspectos volitivos – da Administração hão de ser concretamente justificados perante o sistema jurídico, com base em normas positivas. A prova disso está em que talvez não existam dois sistemas, que admitem a submissão da função administrativa ao direito, idênticos no que se refere ao controle da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

Parece-nos importante lembrar que justificar uma posição não é sinônimo de mencionar disposições normativas ao acaso e em grande número. De nada adianta invocar, de um ou de outro lado, as cláusulas da “separação de poderes” (CF 2º) ou da “inafastabilidade da tutela jurisdicional” (CF 5º, XXXV), ou o “princípio da legalidade” da Administração (CF 5º, II; CF 37, *caput*; CF 70, *caput*; CF 74,II; verbete

473 da súmula do STF), pois a interpretação desses textos se acha igualmente condicionada pela história e pela prática institucional: a legalidade no Brasil não é a mesma da França, e a separação de poderes nos Estados Unidos nada tem que ver com o modelo alemão. É preciso dar razões substantivas, fundadas na experiência brasileira e somente nela, para que essas normas, em si mesmas indiferentes à atribuição tanto de um controle jurisdicional amplo dos atos administrativos quanto de um espaço de liberdade interpretativa para a Administração Pública, possam ser aplicadas de maneira constitucionalmente adequada.

Em síntese, o ônus cabe a quem defender uma posição específica. Por que a doutrina alemã do espaço de apreciação, desenvolvida pelos tribunais administrativos, seria preferível à doutrina *Chevron* da Suprema Corte americana? Qual o motivo – se houver algum – para negar ou admitir, em todos casos, uma "discricionariedade interpretativa"? Essas perguntas é que têm de ser respondidas, não com um *a priori*, nem com o desfile de textos normativos nacionais e doutrinas estrangeiras, mas com uma cuidadosa análise da realidade concreta do ordenamento jurídico brasileiro – o que ainda está por ser feito.

De modo geral, porém, reconhece-se a necessidade, ou pelo menos a conveniência, de conferir alguma liberdade valorativa à Administração diante de conceitos de caráter artístico, ético-moral, político-administrativo, pedagógico ou de avaliações funcionais de servidores públicos, bem como conceitos de prognose e de avaliação de riscos, custos e benefícios de atividades privadas e públicas (que os americanos denominam *questions of policy*), ou mesmo questões técnico-científicas em que não se tenha alcançado um nível elevado de certeza (por exemplo, na aplicação do princípio da precaução no direito ambiental). Esses conceitos são os

que motivaram nas últimas décadas um refluxo das teorias do pós-guerra sobre a ampla revisão dos conceitos jurídicos indeterminados no sistema alemão. Nos tribunais superiores brasileiros, alguns deles situam-se no domínio das isenções ao controle judicial, apesar de não haver nenhum argumento mais elaborado[31].

Do ponto de vista teórico, é possível a revisão judicial da fixação de qualquer conceito pela Administração, por se tratar de uma questão jurídica, cuja solução compete, por direito próprio, aos tribunais. Entretanto, haverá casos (e não são poucos) em que as razões da Administração para haver aplicado o direito de um modo e não de outro, enunciadas na motivação do ato administrativo, não encontram uma contestação *séria* no plano jurídico; de tais razões não se pode dizer, mediante o uso do vasto arsenal da hermenêutica jurídica, que a interpretação impugnada, ou sua aplicação no caso concreto, esteja *incorreta*.

Pode-se admitir, em tais situações, a existência de mais de uma solução correta, o que sugere um problema de escolha, estruturalmente semelhante, mas não idêntico, ao da discricionariedade. Abrem-se, então, duas possibilidades: ou o sistema jurídico permite aos juízes substituir a interpretação administrativa pela sua; ou se tem um espaço de liberdade da Administração que corresponde à "deferência judicial" à interpretação e aplicação de conceitos indeterminados, um espaço por

31 O conjunto de casos em que evidentemente há uma sobreposição entre a doutrina alemã do espaço de apreciação e a recusa ao controle jurisdicional no Brasil é a da análise de questões de provas em concursos públicos, exames de habilitação profissional e ingresso nas universidades. Apesar de a jurisprudência brasileira não justificar suas conclusões, tem recusado sistematicamente a revisão de provas, gabaritos e correções de exames. No STF, um dos *leading cases* sobre concursos públicos foi o RE 268.244, 1ª Turma, rel. Min. Moreira Alves, DJU 30/06/2006. Abrindo a possibilidade de controle da pertinência de uma questão ao conteúdo programático – sob o argumento de que o edital é a "lei interna" do concurso público –, mas reafirmando, em tudo o mais, o precedente anterior, ver o RE 434.708, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 09/09/2005. No STJ merece destaque o Resp 174.291, 5ª Turma, rel. Jorge Scartezzini, DJU de 29/05/2000. Aplicou essa doutrina aos concursos vestibulares de ingresso em universidades o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no AG 42645, 1ª Turma, rel. Juiz Hélio Sílvio Ourem Campos, DJU de 05/05/2005.

certo limitado, mas no interior do qual haveria uma “zona de imunidade” à revisão judicial.

A alternativa cria um dilema. Na medida em que a jurisdição tem por fim a pacificação com justiça dos conflitos, sempre que possível deve dar-se preferência a soluções que representem a realização, no caso concreto, da “vontade da lei”, dando a quem tiver razão “tudo aquilo, e precisamente aquilo, a que tem direito”, nas justamente célebres palavras de Giuseppe Chiovenda[32]. Na aplicação de conceitos indeterminados, a quem cabe dizer qual é a “vontade da lei” a ser realizada no caso concreto? Aos juízes ou aos órgãos administrativos?

A primeira e mais óbvia resposta de qualquer operador do direito seria a de que esse juízo de dever ser no caso concreto cabe sempre aos juízes, pois eles têm o dever, que a Constituição lhes atribuiu em caráter privativo, de dizer o direito em última instância. Isso é o objeto próprio da jurisdição e não poderia ser validamente remetido a um juízo final da Administração. Infelizmente, a solução não é tão simples. Consideremos as seguintes proposições:

(1) não há uma só resposta correta para todos os casos em matéria de interpretação jurídica, ou seja, a hermenêutica garante apenas a correção, mas não a pretensão de exclusividade, de uma dada interpretação dos textos normativos (pode-se dizer que uma resposta *é* correta, mas não que é *a única* correta);

(2) ao contrário do que ocorre nas relações entre particulares, em que

32 Giuseppe CHIOVENDA. “Dell'azione nascente dal contrato preliminare” in: **Saggi di diritto processuale civile**, v.1, p. 110.

nenhuma das partes tem o poder jurídico de aplicar unilateralmente o direito e determinar com força obrigatória a solução dos conflitos, o órgão judicial que controla a legalidade dos atos administrativos depara com uma aplicação do direito prévia e vinculante – para a Administração e para o administrado –, realizada por um órgão da Administração ativa.

Segue-se, portanto, que a Administração tem o dever-poder de prescrever o que é de direito no caso concreto e, quando no exercício do poder regulamentar, de interpretar a lei mediante enunciados gerais e abstratos. As prescrições que a Administração produz não são hipóteses sobre o dever ser concreto (ou abstrato, no caso dos regulamentos): elas devem ser imputadas ao Estado, ou a quem lhe faça as vezes, pertencendo ao ordenamento jurídico por direito próprio.

Salvo em casos extraordinários (os chamados “atos inexistentes” ou figuras similares reconhecidas pela doutrina), os atos de aplicação (execução) administrativa do direito se acham investidos da mesma força obrigante do direito aplicado, até serem retirados do mundo jurídico pelos meios, sujeitos e procedimentos no ordenamento mesmo previstos[33]. A nosso ver, a situação jurídica da Administração, como órgão estatal que tem a função jurídica de promover – muitas vezes de ofício – a execução (que inclui a interpretação e a aplicação) do programa de ação estatal definido normativamente na lei (e na Constituição), impede que se tenha um controle jurisdicional pleno dos processos interpretativos (ou de atribuição de sentido a textos normativos), de determinação da existência de fatos (atividade probatória, em geral, inclusive a valoração das provas) e aplicativos

33 Para uma discussão sobre o “ato inexistente” e outras figuras relacionadas na doutrina que não comandam nenhuma obediência por parte da Administração e dos administrados, ver, por todos, Weida ZANCANER. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**.

(subsunção e ponderação).

De todo modo, pelo menos se pode dizer o seguinte. Se as proposições (1) e (2) forem verdadeiras, então o que parecia resultar do caráter da jurisdição, como atividade jurídica de interpretação e aplicação do direito, passará a ser no mínimo problemático. Assim, quando se argumenta que os juízes podem controlar sempre e em toda a profundidade a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, não mais se estará diante de uma obviedade que dispensa maiores comentários: quem sustenta essa proposição terá de formular um argumento jurídico-dogmático compatível com a realidade de que os atos administrativos – goste-se ou não – são prescrições jurídicas que executam o programa legal e constitucional com força vinculante.

A impugnação judicial da validade dos atos administrativos não os torna meras proposições descritivas do direito, iguais às de um advogado numa petição inicial ou as de um compêndio de direito administrativo, nem faz da atividade probatória realizada pela Administração um nada jurídico, que pode ser desconsiderado, sem mais, pelo juiz e substituído pela instrução judicial plenária. Esse é um dado de fato que a doutrina mais radical dos conceitos jurídicos indeterminados tem de considerar seriamente se quiser ser fiel ao ordenamento jurídico (qualquer que seja). É claro que um ordenamento pode estabelecer que os juízes devem controlar, por inteiro, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados; mas isso não se segue, necessariamente, de um “conteúdo essencial” das respectivas funções estatais. Trata-se, antes, de uma decisão política fundamental que se converte, uma vez tomada pelo ordenamento, em questão jurídico-dogmática.

Nossa estratégia para enfrentar o problema será, primeiro, demonstrar que a proposição (1) – não há uma única interpretação correta – é verdadeira. Depois, estabelecemos que é possível separar, teoricamente, a liberdade interpretativa da discricionariedade administrativa, não obstante elas possam ter regimes jurídicos idênticos num dado sistema. Por fim, argumentamos que a proposição (2) – as prescrições que resultam da aplicação administrativa de conceitos jurídicos indeterminados têm força vinculante, no mínimo, entre as partes – também é verdadeira no sistema brasileiro, e tentamos lançar algumas bases para a construção de um sistema da "liberdade de interpretação" administrativa que não se confundiria, a nosso ver, com a discricionariedade (a menos que toda liberdade administrativa diante da regra de competência seja assim conceituada), por ter um regime jurídico provavelmente diferenciado.

Essa estratégia se baseia pelo desenvolvimento de quatro premissas, assim resumidas: (a) a norma jurídica tem estrutura bimembre; (b) a norma jurídica é o produto da interpretação; (c) a interpretação é um processo de atribuição ou doação de sentido e não de mera descoberta ou revelação; (d) indeterminados, dentro de certos limites, são quase todos os conceitos. Então concluímos, no quinto item, com nossa posição sobre os limites, no direito brasileiro, ao controle jurisdicional da interpretação/ aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.

2.3.1. A estrutura bimembre das normas jurídicas

Aceita-se, aqui, como um dado o fato de que as normas jurídicas têm uma estrutura lógica bimembre: hipótese e conseqüência. Ambos os elementos

fundamentais da norma, colhida no que tem de lógico-formal, estão ligados pelo nexo da implicação prescrito por um dever ser, ou seja, os fatos descritos na hipótese normativa e na conseqüência jurídica não se relacionam porque assim é, mas porque assim deve ser, segundo uma norma.

Essa forma lógica não se revela na variedade das expressões lingüísticas do direito positivo. Entretanto, mediante a abstração formalizadora que parte da experiência de linguagem do direito positivo como índice temático (não como fim temático) chega-se ao domínio das estruturas lógicas em que se tem, de um lado, a proposição que descreve um estado de coisas possível (descritor ou hipótese) e, de outro, a prescrição de uma relação jurídica (prescritor ou conseqüência); entre ambas as proposições, um nexo de implicação, prescrito por um dever ser[34].

Com pequenas variações, a maioria dos teóricos do direito de matriz positivista concorda com o modelo explicativo da estrutura lógica das normas jurídicas que considera existirem duas proposições, ligadas entre si pelo functor do condicional, de tal modo que uma descreve um evento (que seja possível: não impossível, nem necessário) e a outra prescreve, segundo operadores deônticos, determinada conduta positiva ou negativa a ser realizada por um sujeito *S*, em face de outro sujeito *S'*. Haverá, portanto, um tipo (hipótese de incidência, *fattispecies*, *Tatbestand*) e uma conseqüência jurídica em toda norma quando reduzida a sua forma lógica, ainda que o revestimento lingüístico, saturado de significações, não permita entrevê-lo[35].

---

34 Essas idéias, assim como muitas outras, devem-se a Lourival VILANOVA. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**.

35 Por isso não faz sentido afirmar que há normas que não se estruturam na forma *se-então*, como faz Andreas J. Krell. As normas que definem fins e tarefas do Estado, ou as normas constantes de um plano, por exemplo, são categóricas apenas na aparência. Elas *sempre* podem ser reescritas na forma condicional, embora, por motivos políticos (e não lógicos), não tenha sido essa a técnica

Convém tomar aqui alguns exemplos de teóricos do direito que adotam essa concepção. Primeiro, Kelsen falava da norma (*Rechtsnorm*) como um "juízo hipotético condicional", retomando a distinção kantiana entre juízos hipotéticos e juízos categóricos, e Alf Ross também descreveu a estrutura das normas jurídicas como uma fórmula do tipo "Se A, então B deve ser"[36]. Além deles, o argentino Carlos Cossio, em geral apontado como um crítico de Kelsen no ponto, elaborou sua teoria dos juízos *disjuntivos* sem modificar a estrutura condicional dos elementos normativos parciais – endonorma (Se *A*, então deve ser a conduta *B)* e perinorma (Se *não B*, então deve ser a sanção *C*). Apesar das divergências de detalhe, muitos outros nomes se destacam nessa linha que considera ser a norma jurídica composta – em sua forma lógico-proposicional – de, no mínimo, duas proposições vinculadas segundo a implicação. No Brasil, o professor Lourival Vilanova, do Recife, foi um grande difusor da teoria da estrutura bimembre, adotada por Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, dentre outros[37].

Logo, pode-se afirmar, no referencial em que nos movemos, que a lei vinculativa da Administração também apresenta essa forma lógica de uma proposição condicional, com dois membros, o tipo (hipótese) e a conseqüência, o primeiro com a descrição das condições do agir administrativo, e o segundo com o comportamento devido pela Administração (ato ou fato administrativo). Assim, a questão referente à discricionariedade pode, em tese, situar-se no âmbito da

constitucional e legislativa preferencial. Ver, sobre isso, Humberto ÁVILA. **Teoria dos princípios**. Sobre a natural absolutização dos fins no jogo político e as condições políticas que determinaram, no primeiro terço do século passado, o surgimento de normas-princípio ou de programas ver Friedrich A. von HAYEK. **The road to serfdom**.

36 Hans KELSEN. **Teoria pura do direito**. Ver também Alf ROSS. **Sobre el derecho y la justicia**.

37 Cf. Lourival VILANOVA. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. Geraldo ATALIBA. **Hipótese de incidência tributária**. Paulo de Barros CARVALHO. **Teoria da norma tributária**.

hipótese ou da conseqüência. A teoria que aceita a discricionariedade na hipótese coincide, em geral, com a aceitação de um poder discricionário na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, sem prejuízo, muitas vezes, de se ter igualmente discrição na conseqüência.

Na viva descrição de Hartmut Maurer, o processo aplicativo do direito assume a forma de um silogismo em que o tipo legal (*Tatbestand*, hipótese, descritor) figura como premissa maior. Maurer dá o exemplo de um hoteleiro que tolera atividades criminosas em seu estabelecimento e, por isso, não possui "a confiabilidade requerida para exploração da indústria e comércio", no sentido dos §§ 4, 15 da Lei alemã de Hotelaria. Em conseqüência, a autoridade tem de revogar a permissão para indústria e comércio. Esse esquema pode graficamente representado como se segue[38]:

38 Hartmut MAURER. **Direito administrativo geral**, pp. 140-141. As freqüentes críticas ao "silogismo aplicativo" ignoram que há um momento em que fatalmente temos uma norma de decisão, resultado da interpretação de textos normativos à luz dos casos a serem resolvidos, formulada em termos os mais claros que se possa encontrar, e um fato, vertido em linguagem competente (provas), também da maneira mais clara possível. Ora, a operação lógica entre esses dois termos será inevitavelmente um silogismo. As etapas anteriores contêm, sem dúvida, processos quase-lógicos ou muitas vezes insuscetíveis de controle racional. A escolha dos textos normativos aplicáveis, a interpretação, a definição dos fatos segundo a prova colhida em processo judicial ou administrativo, e até mesmo a solução podem ser determinadas, do ponto de vista do aplicador, por intuição, preconceito, jogo de runas, numerologia, consulta aos espíritos (dados irracionais e/ ou fortemente subjetivos). A justitificação, porém, deverá ser minimamente controlável, e para esse fim há determinados cânones argumentativos mais ou menos aceitos (procedimentos quase-lógicos). Mas isso não retira do último – e não menos importante – momento aplicativo do direito a logicidade estrita de um silogismo, que o torna, inclusive, racionalmente controlável num grau muito maior do que a argumentação determinante das premissas. Ou seja: até a definição das premissas, o caminho do aplicador do direito nem sempre é lógico, embora deva ser racionalmente justificado (justificação externa); assumidas as premissas, porém, entram as regras da lógica com toda sua força (justificação interna). Há extensa produção acadêmica – sobretudo estrangeira – sobre o assunto. Um panorama abrangente das teorias mais conhecidas que enfrentam o problema está em Manuel ATIENZA. **As razões do direito**, *passim*.

Situação genérica	*Caso exemplificativo*
tipo da lei	hoteleiro não possui a confiabilidade requerida para a sua exploração de indústria e comércio
fato concreto	G tolera atuações criminosas no local
Conseqüência jurídica	revogação da permissão para hotelaria

Parece claro que, se houver discricionariedade na hipótese, a Administração terá um certo grau de liberdade na escolha da premissa maior (na definição concreta do tipo da lei), e é precisamente isso o que afirma Stassinopoulos quando vincula o poder discricionário ao "grau de liberdade que possui o órgão para formar a premissa maior de seu silogismo" após tomar conhecimento "do sentido das noções contidas na lei", uma vez que "a proposição maior constitui a regra de direito compreendida na disposição da lei aplicada"[39].

Isso nos remete ao problema da interpretação, procedimento mediante o qual o aplicador do direito, inclusive a Administração Pública, fixa em fórmula lingüística diversa o sentido dos conceitos empregados no tipo legal[40].

2.3.2. Texto, interpretação e norma: interpretação como atribuição de sentido.

39 Michel STASSINOPOULOS. **Traité des actes administratifs**, p. 151.

40 Nas palavras de Vernengo: "*Interpretar un enunciado quiere decir ordinariamente expressar su sentido recurriendo a signos diferentes de los usados para formularlo originalmente. Por cierto que también es frecuente entender por interpretación de una oración, el conjunto de oraciones, relativamente sinónimaas, que expresan mejor, para el receptor del mensaje, la oración primera. Como caso límite, todo enunciado puede ser visto como uma interpretación de la proposición que expresa en distintas oportunidades. Interpretación, por lo tanto, es una relación entre sistemas de signos: damos la interpretación de una expresión, de un conjunto de signos, ofreciendo otro conjunto de signos que, para el auditor o el lector, sean de más fácil comprensión que la expresión original*". Roberto José VERNENGO. **Curso de teoría general del derecho**, p. 404.

O direito pode ser visto como um fenômeno lingüístico sem prejuízo de sua complexidade ontológica que, talvez, seja impenetrável[41]. Nesse sentido, as normas jurídicas – os elementos do sistema jurídico – são também entidades lingüísticas. Entretanto, os juristas se referem ao ordenamento jurídico como um conjunto tanto de enunciados normativos encontrados nas fontes do direito quanto dos significados desses enunciados. Nem sempre se esclarece em que sentido se tomam os componentes do sistema (as normas) e, por isso, temos um problema conceitual que reclama uma clarificação adicional.

Por razões de economia de linguagem adotamos a convenção seguinte: os "enunciados normativos encontrados nas fontes do direito" têm o mesmo significado de "dispositivo". Esse procedimento merece uma qualificação. Há enunciados nos sistemas jurídicos que são definições de termos empregados em outros enunciados, descrições de estados de coisas, ou ainda expressões de aspirações difusas. Não cuidamos aqui desses enunciados em particular mas daqueles que resultam de uma reconstrução da "matéria prima" e que põem em forma canônica os enunciados dispersos nas múltiplas fontes normativas. Dispositivo não equivale, desse modo, a qualquer texto normativo, para os fins desta exposição, mas a textos normativos já submetidos a uma reconstrução que os ponha em condições de solucionar casos (ou seja, na forma hipotético-condicional). Essa reordenação do material normativo bruto constitui sem dúvida um início de interpretação, mas que não basta por si mesma para a aplicação do direito.

41 Paulo de Barros CARVALHO. "Tributo e segurança jurídica" In: George Salomão LEITE [org.] **Dos princípios constitucionais**.

Assumimos que as normas não são os textos (enunciados) mas os "sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos"[42] ou o "conteúdo de sentido de tais enunciados"[43] de modo que não há entre as disposições (enunciados reconstruídos) uma correspondência biunívoca. Nas palavras de Riccardo Guastini[44], é falso que a todo dispositivo corresponda uma e somente uma norma, assim como é falso que a uma norma corresponda um e somente um dispositivo. Entre o texto e a norma existe uma operação intelectual denominada "interpretação". Logo, pode-se afirmar que a norma é o produto da interpretação.

Ainda segundo Riccardo Guastini, podemos imaginar quatro situações em que não há correspondência biunívoca entre dispositivos e normas. Primeiro, os dispositivos que exprimem mais de uma norma. Não é difícil encontrar no direito brasileiro dispositivos que se prestam à construção de duas ou mais normas; sempre que forem possíveis duas ou mais interpretações, estamos diante de enunciados (dispositivos) que podem exprimir duas ou mais normas (no conceito aqui adotado). Também certos enunciados que, aparentemente, resultam numa única norma podem ser reconstruídos de modo que se obtenham duas ou mais normas (independentemente dos problemas da ambigüidade) mediante a interpretação.

Segundo, os dispositivos sinônimos, que constituem meras iterações, repetições de outras normas. Esse fenômeno muito comum na Constituição brasileira corresponde a uma tautologia com função pragmática. Terceiro, podemos imaginar disposições sem normas, como a "proteção de Deus" invocada no

42 Humberto ÁVILA. **Teoria dos princípios**, p.22.
43 Riccardo GUASTINI. **Il diritto come linguaggio. Lezioni**, p. 26.
44 Ibidem.

preâmbulo da Constituição[45], e outros enunciados ou carentes de qualquer significado normativo ou com significado normativo incompreensível, insuscetível de "identificação em sede interpretativa"[46]. Por fim, encontramos as normas privadas de dispositivo, ou seja, aquelas a que não corresponde nenhum dispositivo situado no discurso das fontes do direito (linguagem do direito positivo). São as normas não expressas. Embora possam ser expressas em linguagem (ou não seriam normas) delas não se pode dizer que constituem o significado de um determinado dispositivo. Aponta-se como exemplo o princípio da segurança jurídica ou da certeza do direito[47].

Entre o dispositivo (texto normativo) e a norma existe um *iter* denominado interpretação. Mas o que é interpretar um texto? Podemos dar três respostas (ou classes de respostas) a essa questão. De acordo com a primeira classe de respostas, interpretar seria "descobrir" o sentido de um texto, que nele está contido, e descrevê-lo do modo mais acurado possível, de maneira que a interpretação é um ato exclusivamente de conhecimento. Para a segunda, interpretar seria "atribuir" uma determinada significação ao texto e, portanto, também um ato de "valoração" e "decisão", um ato de vontade. Num caso há revelação do sentido e noutro a doação de sentido como o próprio conteúdo do ato interpretativo. Percebemos claramente que pode haver uma terceira classe de respostas que combine as definições anteriores em maior ou menor grau: pode-se dizer que interpretar seria tanto uma

45 Decidiu o Supremo Tribunal Federal que a cláusula de invocação da divindade no preâmbulo da Constituição de 1988 não tem "densidade normativa" para funcionar como parâmetro do controle abstrato de constitucionalidade. ADI 2076-AC, cuja ementa é: *CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.*

46 Riccardo GUASTINI. **Il diritto come linguaggio. Lezioni**, p. 29.

47 Humberto ÁVILA. **Teoria dos princípios**, p. 22.

descoberta quanto uma atribuição de sentido, de acordo com o contexto (factual e lingüístico) em que se dá o ato interpretativo.

É patente que uma parela substancial do trabalho da dogmática jurídica consiste em interpretar textos normativos e que as teorias da interpretação se situam numa posição de destaque no contexto dos saberes e das práticas jurídicas. Por isso cumpre fixar algumas premissas que serão úteis para compreender a inexistência de relação entre interpretação e discricionariedade.

A interpretação é um caso particular de definição[48]: "para compreender em que consiste a interpretação – noção, como vimos, um tanto controversa – convém partir do conceito (incontroverso) de definição. Interpretação e definição, com efeito, são espécies de um único gênero (talvez, na verdade, sejam a mesma coisa)"[49] . Então nos parece adequado usar alguns conceitos já bem estabelecidos no campo das definições para chegar à interpretação.

Adotamos como premissa a existência de uma liberdade geral de estipulação de significados[50]. Podemos atribuir – em tese – qualquer significado a qualquer suporte físico. Digamos que um indivíduo tenha encontrado um objeto qualquer na

48 Outra analogia se dá entre "interpretação" e "tradução". Ver Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR. **Introdução ao estudo do direito**.

49 Ricardo GUASTINI. **Il diritto come linguagio. Lezioni**, p. 136. No original: "*Per comprendere in che consista l'interpretazione – nozione, come abbiano visto, alquanto controversa – conviene partire dal concetto (non controverso) di definizione. Interpretazione e definizione, infatti, sono specie di un unico genere (forse, in verità, sono proprio la stessa cosa)"*

50 Ricardo A. GUIBOURG, Alejandro M. GHIGLIANI e Ricardo V GUARINONI. **Introducción al conocimiento cientifico**, p. 35. Lê-se no original: "esta posibilidad de inventar nombres a nuestro gusto suele llevar, a su vez, un nombre: *libertad de estipulación*. Pero, como todas las libertades, trae consigo uma responsabilidad o, se lo preferimos, un riesgo. Si estipuámos libremente un nombre, nadie comprenderá nuestros mensajes que lo contengan a menos que comuniquemos previamente esa estipulación (...) En otras palabras, podemos usar cualquier nombre que se nos ocurra para cada cosa; pero cuanto menor sea la aceptación común de ese significado en el medio en que nos movemos, tanto mayor será la dificultad de comunicación y tanto más necesaria alguna aclaración sobre nuestro lenguaje personal."

rua e, sem localizar no repertório da língua portuguesa um nome para ele, decidiu chamá-lo de “mesa”. Teremos um problema de ambigüidade – “mesa” é um nome que aponta para outros objetos além daquele encontrado na rua – que, no entanto, não nos impede de compreender bem a frase “tome cuidado com a mesa” quando nos aproximamos não daquilo que normalmente denominamos “mesa”, mas do objeto que nosso amigo esquisito decidiu sozinho chamar de “mesa”.

Dado que a finalidade da linguagem é a comunicação, a liberdade estipulativa deve ser exercida de modo compatível com o fluxo comunicativo, ou a comunicação será praticamente impossível. De qualquer modo, haverá um sério prejuízo à comunicação se em meu discurso houver muitas decisões desse tipo, uma vez que as regras semânticas adotadas podem apartar-se de tal modo do uso ordinário da linguagem (onde se depositam, pela tradição, conteúdos mínimos de sentido) que ninguém, a não ser quem as formulou, será capaz de compreender o discurso, mesmo com a informação precisa e adequada sobre a estipulação.

Ao mesmo tempo, porém, a liberdade de estipulação de significados abre a possibilidade de novos usos serem introduzidos no patrimônio comum da linguagem mediante processos de reconstrução a partir dos sentidos previamente dados (*recte*: construídos) como condições da comunicação. Aquele objeto que nosso amigo estranho denominou “mesa” pode, amanhã, ser chamado, por todo o bairro, cidade, Estado, País, de “mesa” do mesmo modo que o colegiado diretor das casas legislativas se designa, no Brasil, por “mesa”: diz a Constituição Federal a “mesa da Câmara dos Deputados” (art. 103, III), a “mesa do Senado Federal” (art. 103, II) e “as mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” (art. 60, § 3º). A decisão individual pode ser adotada por toda a comunidade dos utentes da linguagem e,

assim, tornar-se o uso comum ou geral daquele idioma particular.

Então, conclui-se que há processos tanto cognitivos quanto volitivos nas definições. Às vezes indagamos sobre o uso lingüístico prevalecente numa determinada comunidade de falantes; às vezes somos forçados, pelas circunstâncias, a tomar decisões que atribuem a uma dada expressão determinado significado em detrimento de outros. Para Guastini, que nos sugere a analogia entre definição e interpretação, a interpretação pode ser declaração (*interpretazione-accertamento*) ou decisão (*interpretazione-decisione*) conforme se revele e descreva ou se conjecture o significado (ou os significados) de uma dada expressão (*accertamento*), ou se atribua, por estipulação, determinado significado àquela expressão (*decisione*). A interpretação-declaração se aproxima da "definição lexical" ou "informativa" (como as que encontramos no dicionário), que porta informações sobre o modo no qual o *definiendum* é efetivamente usado pelos falantes. De outro lado, a interpretação-decisão tem um parentesco nítido com as definições estipulativas e estipulações em geral.

Além dessa ambigüidade, que requer a clarificação pelo par de opostos *accertamento-decisione*, a palavra "interpretação" pode referir-se tanto à atribuição de significado a um texto normativo quanto à qualificação jurídica de uma hipótese concreta. Desse modo, quando se fala "interpretação" cumpre distinguir entre uma interpretação "em abstrato", que consiste em "identificar o conteúdo de sentido – ou seja, o conteúdo normativo (a norma ou as normas) – expresso por e/ ou logicamente implícito em um texto normativo (uma fonte do Direito) sem referência a uma hipótese concreta", e uma interpretação "em concreto", que consiste em "submeter uma hipótese concreta no campo de aplicação de uma norma

previamente identificada em abstrato"[51].

Se a norma é um produto da interpretação, ou seja, o significado atribuído a um texto normativo mediante técnicas específicas, então não existe norma que não tenha sido objeto de interpretação. Em outras palavras, a interpretação é um dado constitutivo do ordenamento jurídico. Apenas depois de interpretadas as fontes teremos o conjunto de normas válidas, pois as normas formam o conjunto de significações atribuídas aos enunciados das fontes do direito (mediante, claro, outros enunciados). Na interpretação "em abstrato", segundo a proposta de Riccardo Guastini, define-se qual norma é válida.

Parece óbvio que, quando a Administração se põe diante de um problema de interpretação "em abstrato", não se pode falar em discricionariedade. Não existe discrição, nem "espaço de apreciação", na interpretação das normas em abstrato. Pode haver alguma liberdade administrativa – e aqui reside a controvérsia – no segundo momento, a "subsunção", ou verificação de que um determinado fato recai no campo de aplicação de uma norma previamente determinada por meio da interpretação.

Isso porque a legalidade constitui, para a Administração, uma exigência formal – e, modernamente, com o *substantive due process of law*, também material – de norma heterônoma como fundamento de sua atividade. A submissão à lei torna impossível que a Administração seja titular de qualquer espaço de livre apreciação cognitiva ou volitiva na definição da "premissa maior" do silogismo, porquanto não

51 Riccardo GUASTINI. "Teoria e ideologia da interpretação constitucional". in: *Interesse Público*, 40/218.

cabe a ela determinar, em caráter definitivo, qual é a norma válida expressa ou logicamente implícita no texto interpretado. Essa tarefa, por ser tipicamente *jurisdictio*, questão de aplicação do direito aos fatos, cabe ao controlador da legalidade, não à Administração.

Assim, toda atribuição de sentido a um texto normativo – toda interpretação constitutiva de uma norma a partir do discurso das fontes do direito – sujeita-se a controle jurisdicional. Não importa a natureza dos conceitos empregados pelo texto normativo para estabelecer as condições do agir administrativo. Podem eles ser de experiência, do mundo da causalidade, lógico-matemáticos, valorativos ou ainda legalmente definidos. Em todos os casos o controlador da legalidade poderá substituir a interpretação da Administração pela sua, pois a legalidade, se de um lado vincula a Administração à lei, de outro submete todos os juízos sobre a validade de uma norma (inclusive os juízos interpretativos), formulados pelas autoridades administrativas, ao controle jurisdicional. A questão de saber se o texto *T* expressa a norma *N1*, ou *N2*, ambas ou nenhuma, é uma simples questão de legalidade.

Para retomar o exemplo de Maurer citado atrás: a questão de saber se, de acordo com os §§ 4, 15, da lei alemã de hotelaria, “tolerar atividade criminosa” compreende-se no conceito de “não possuir confiabilidade” será uma questão de direito, pois se está a perquirir se uma determinada norma – “se o hoteleiro tolerar atividade criminosa em seu estabelecimento, a autoridade deverá cassar a autorização de comércio e indústria” – vem expressa no texto legal – “se o hoteleiro não possuir confiabilidade, a autoridade deverá cassar a autorização de comércio e indústria”. Note-se que, neste ponto, os fatos concretos pouco importam. Estabelece-se uma relação de identidade (sinonímia) entre dois enunciados: “tolerar

atividade criminosa" é igual a "não possuir confiabilidade". Mas tudo isso se dá no plano abstrato, independentemente de uma situação de fato concreta.

Em rigor, o problema da "discricionariedade na hipótese" surge em momento posterior: na aplicação da norma identificada pela interpretação "em abstrato" ao caso concreto. É na subsunção da hipótese concreta (do fato) à descrição abstrata do antecedente da norma – interpretação "em concreto" ou qualificação jurídica dos fatos – que poderia remanescer um âmbito de liberdade para a Administração, porquanto não se cuida propriamente de fixar o conceito, mas de verificar se um dado caso se acha ou não sob o conceito já fixado. Haveria alguma liberdade "interpretativa" nessa atividade?

2.3.3. A vagueza da linguagem jurídica

A linguagem jurídica, a exemplo das linguagens naturais, é suscetível de várias indeterminações. Em razão de tanto a linguagem jurídica quanto as linguagens naturais servirem de modo excelente às necessidades da comunicação corrente, não se atenta, de ordinário, para algumas características que introduzem sempre algum nível de incerteza no processo comunicativo. A teoria geral do direito do século passado, sob a influência da filosofia da linguagem, sublinhou essas características.

Em primeiro lugar temos a equivocidade, ou incerteza, própria da linguagem jurídica, quanto às normas válidas expressas em um texto normativo. Essa qualidade da linguagem do direito positivo fundamenta a mencionada distinção entre

disposição e norma; ou seja, de uma disposição (enunciados normativos) e de seu significado (norma). Pode haver, como dissemos, uma disposição que expressa ou implica logicamente várias normas e, no outro extremo, uma norma sem disposição explícita na linguagem das fontes do direito.

Há também uma indeterminação constitutiva, porém não exclusiva, do direito. É a vagueza ou textura aberta. Nas palavras de Riccardo Guastini, dada uma norma, "existem casos aos quais ela certamente é aplicável, casos aos quais ela não pode certamente ser aplicada, e finalmente casos 'dúbios' ou 'difíceis' (*hard cases*) para os quais a aplicabilidade da norma é discutível"[52]. A vagueza é a incerteza quanto aos limites do campo de aplicação recoberto por um conceito. Em todos os conceitos, exceto nos que pertencem aos domínios da linguagem formalizada da lógica ou da matemática, haverá um halo conceitual (*Begriffshof*) e um núcleo conceitual (*Begriffskern*), segundo a distinção elaborada por Philipp Heck[53] e retomada, por exemplo, na obra de García de Enterría. No Brasil, a doutrina fala em zonas de certeza (positiva e negativa) e de incerteza[54].

Essa vagueza constitui um dado lingüístico insuprimível, porém suscetível de redução por meio de técnicas interpretativas, definições ou construções dogmáticas. Está presente em todos os termos que denotam uma classe de indivíduos (as chamadas "palavras de classe"), que são empregadas largamente pelos textos correspondentes a normas gerais[55]. Mesmo nos casos em que se tem uma exigência constitucional reforçada de certeza haverá espaço para a incerteza. No direito penal,

52 Riccardo GUASTINI. "Teoria e ideologia da interpretação constitucional", p. 220.
53 A referência a Philipp Heck está em Karl ENGISCH. **Introdução ao pensamento jurídico**, p. 209.
54 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p. 29.
55 Herbert L.A. HART. **The concept of law**, pp. 124 e seguintes, na parte que trata da "open texture of law".

por exemplo, os conceitos de crime e de contravenção penal, as duas únicas espécies de infrações penais, vêm dados pelo art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei 3.914, de 9 de dezembro de 1941) nos seguintes termos:

> **Art 1º** Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Então a recente lei sobre drogas, no art. 28, sob o capítulo “dos crimes e das penas”, prescreve:

> **Art. 28.** Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
>
> I - advertência sobre os efeitos das drogas;
>
> II - prestação de serviços à comunidade;
>
> III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo

Sem entrar na questão de direito penal específica, há pelo menos três entendimentos diversos sobre a questão. Para alguns se trata de crime, outros vêem a conduta como contravenção penal e, de acordo um terceiro grupo, a lei sobre drogas criou uma infração penal *sui generis,* nem crime, nem contravenção. Veja-se que a definição legal dos termos crime e contravenção pode levar à vagueza exatamente por não se saber com precisão quais os casos recobertos por seu campo de aplicação. Ao ser confrontado com uma hipótese concreta, o conceito de crime – que se poderia supor rigorosamente determinado pela Lei de Introdução ao Código Penal – desaba como um castelo de areia.

Numa exposição muito plástica, Carlos Maximiliano resume a questão, inspirado por Karl Georg Wurzel. Convém citar na íntegra o trecho do autor gaúcho:

> *"Vem a pêlo resumir a Teoria da Projeção, formulada pelo Dr. Carlos Jorge Wurzel. Afirma ele que, se pretendesse representar um conceito sob a forma gráfica, decerto não optaria por uma figura geométrica, e, sim, por uma fotografia, com um núcleo em evidência e linhas exteriores gradualmente evanescentes. Com efeito, se contemplamos imagem fotográfica, à primeira vista se nos depara, nítida, distinta, a parte central ou, melhor, a que puseram diretamente em foco. Exame atento dos contornos faz ressaltar o que a princípio se nos ocultara. Apagam-se as linhas e as cores à proporção que demandam a periferia; porém é difícil determinar onde terminam as imagens e começa o fundo do quadro, o claro-escuro, vago, sem extremos precisos, perdido em penumbra cada vez mais espessa. Assim acontece relativamente ao conceito nas ciências empíricas. Oferece a imagem central, precípua, determinada, e em seguida a zona de transição, que fere menos vigorosamente a retentiva, abrange idéias menos nítidas, porém relacionadas todas com a principal. Provém isto da extrema complexidade dos fenômenos, do que resulta que alguns aspectos ou qualidades se oferecem com freqüência maior e clareza notável; ao passo que outros pensamentos, abrangidos pelo mesmo conceito, são apreendidos por um observador mais atento, experimentado, arguto."*[56]

Assim, todo conceito, seja ele de valor ou de experiência, ou mesmo um "conceito legalmente definido", como o de "crime", na verdade apresenta-se em termos vagos (com textura aberta) e sempre haverá casos em que teremos dúvida sobre a aplicação concreta do conceito[57]. Nesses casos de dúvida sobretudo é que se põe a suposta possibilidade de o administrador decidir livre do controle jurisdicional.

---

56 Carlos MAXIMILIANO. **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 15.

57 Carrió nos dá o exemplo do "gato de Wittgenstein", tomado de empréstimo do filósofo austríaco. Imagine-se um gato trancado num cômodo da casa do vizinho. Abrimos a porta e vemos um espécime que reúne todas as características atribuidas normalmente aos gatos. Esperamos cinco minutos, abrimos a porta novamente e o gato diz-nos – "não me amole" –, começa a crescer sem parar até a altura de dois metros. Assustados, fechamos a porta e a reabrimos minutos depois, para encontrar o gato em tamanho normal. Será que podemos chamar esse animal mutante pelo nome "gato"? Ver Genaro CARRIÓ. **Notas sobre derecho y lenguaje**.

Se todo conceito, em alguma medida, será indeterminado, a distinção entre vinculação e discricionariedade de acordo com a natureza do conceito, como pretendia Queiró, pode se tornar inviável em casos limites[58]. Essa é curiosamente a crítica que se faz aos juristas adeptos da teoria da "estrutura escalonada" ou "construção em graus" do direito (*Stufenbautheorie*), formulada por Adolf Merkl e desenvolvida por Hans Kelsen[59]. É que a interpretação, para Kelsen, apenas delimita a "moldura normativa" que contém todas as soluções de aplicação possíveis dos conceitos legais; a eleição de um dos sentidos possíveis configura um ato de vontade; e todo ato de aplicação do direito (que, simultaneamente, é ato de produção normativa) acrescenta "algo de novo" (*etwas Neues*) à norma que foi aplicada. Daí que sempre remanescerá ao intérprete uma certa margem de apreciação (*Ermessen*) e de inovação em relação às regras aplicadas. A discricionariedade seria a diferença de conteúdo da vontade abstrata estatal, na norma jurídica, e o ato estatal concreto, na execução dessa norma.

Maria Sylvia diz que a teoria de Kelsen "torna difícil, senão impossível, 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"[60]. Por sua vez, Queiró insiste em que Kelsen confundiu *Ermessen*

58 Queiró pretendia, na linha de Bernatzik, considerar discricionária a aplicação dos conceitos "práticos", em oposição aos conceitos "teoréticos"; estes baseiam-se no valor teorético *verdade* e pressupõem "o princípio causalista, as categorias de tempo e espaço, ou o conceito do número (quantidade)", são os conceitos das ciências empírico-matemáticas. Eles "podem deixar margem a dúvidas", afirma Queiró, mas "o intérprete tem sempre meio de desfazer [as dúvidas], utilizando os processos de hermenêutica administrativa". Todos os demais conceitos são práticos, de valor, que circunscrevem a discricionariedade. Afonso Rodrigues QUEIRÓ. "A teoria do desvio de poder no direito administrativo, pp. 60-61.

59 Embora se diga que Merkl foi o seguidor de Kelsen no direito administrativo, é certo que Merkl "inventou" a *Stufenbautheorie* e foi, no particular, seguido pelo grande mestre de Viena. Ver Adolf MERKL. "Prolegomini ad uma teoria della construzione a gradi del diritto", in: **Il duplice volto del diritto**. Sobre a precedência de MERKL, em português, confira-se Virgílio Afonso da SILVA. **A constitucionalização do direito**, p. 18.

60 Maria Sylvia DI PIETRO. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**, p. 72.

(apreciação) com *freies Ermessen* (apreciação livre); apenas esta última pode ser identificada com a discricionariedade; e o *etwas Neues* (algo novo), apontado por Merkl e Kelsen, "não representa o que tecnicamente se pode chamar poder discricionário *freies Ermessen*, mas apenas a necessária relatividade e imperfeição de todo conhecimento humano, que, executando uma ordem, ou uma norma estranha, tem que a fazer própria"[61].

Ora, as mesmas críticas dirigidas a Kelsen são – nos casos limítrofes – inteiramente válidas para as teorias que associam de modo abstrato, em maior ou menor grau, discricionariedade, interpretação e conceitos jurídicos indeterminados. Na medida em que praticamente todos os conceitos jurídicos (= conceitos empregados pelas normas jurídicas para fazer referência a situações de fato) são, em alguma medida, indeterminados, em razão da vagueza ou textura aberta da linguagem natural sobre a qual se apóia a linguagem jurídica, a diferenciação de discricionariedade e vinculação, segundo esse critério, se enfraquece bastante.

Há, por óbvio, conceitos bem determinados, geralmente medidas técnicas de tempo e espaço (um quilômetro, quarenta e oito horas, cinco anos)[62]. Entretanto, além de serem poucos, não se acham isentos de aplicações problemáticas: uma hora no direito do trabalho, por exemplo, pode ser 60 minutos ou 52 minutos e 30 segundos, conforme o período em que a jornada é cumprida (art. 73, § 1º, da CLT), de modo que, diante de um caso concreto, pode-se discordar sobre o que significa

61 Afonso Rodrigues QUEIRÓ. "A teoria do desvio de poder no direito administrativo", p. 61.

62 Queiró (*idem*, p. 60) acrescenta os conceitos que "pressupõem o princípio causalista", a sugerir que os conceitos das ciências empíricas também seriam perfeitamente determinados ou, na pior das hipóteses, determináveis. Ocorre que essa definição ainda é muito vaga. Podemos considerar a psicologia uma ciência empírica? E a sociologia? E a ciência política? Vê-se que a tese dos conceitos jurídicos indeterminados tem sérios problemas e não se presta a distingüir com a necessária clareza os âmbitos da vinculação plena e da discricionariedade.

“uma hora”.

2.3.4. Conceitos jurídicos indeterminados e controle jurisdicional: uma tentativa de sistematização

Desse conjunto de premissas segue-se que a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não pode ser excluída, apenas por isso, do controle jurisdicional, mesmo nos casos situados na zona de penumbra, ou de indeterminação conceitual, em que poderia haver discricionariedade ou, no mínimo, um espaço de apreciação. Haveria que encontrar uma outra razão jurídica para justificar uma eventual deferência dos juízes em relação a interpretação e aplicação de tal espécie de conceitos por órgãos no exercício de função administrativa.

Pode-se argumentar com o princípio da separação de poderes (CF 2º), que já fundamenta a discricionariedade, em favor também da liberdade da Administração quanto à interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. Nesse sentido, fala-se em uma diferenciação funcional entre administração e jurisdição que reservaria à primeira a formulação de alguns tipos de juízos implicados na determinação do conteúdo e alcance de conceitos jurídicos indeterminados. Exemplos: juízos de prognose acerca das conseqüências de uma interpretação segundo critérios extrajurídicos, avaliações técnico-profissionais, critérios de correção de provas escolares ou de concursos públicos.

Nesses casos, o controle jurisdicional se limitaria a confrontar a decisão administrativa com os parâmetros objetivos fornecidos pelas zonas de certeza

positiva e negativa do conceito (determinadas, por certo, mediante interpretação, o que traz mais um problema: quem determina o que é penumbra e o que é certeza?). Na zona cinzenta, o juízo do administrador deveria, segundo essa concepção, prevalecer, uma vez que o Poder Judiciário não teria condições de apontar objetivamente a ocorrência de uma ofensa à ordem jurídica[63].

Podemos mencionar dois problemas óbvios desse tipo de argumento. Além de não responder *quem* decide onde termina a certeza e começa a incerteza quanto à aplicação do conceito[64], não justifica adequadamente por que a lei estaria autorizada a conferir ao Poder Judiciário, de modo expresso, o controle do juízo administrativo, a exemplo do que ocorre com a "justa indenização" nas desapropriações. Ou o controle pertence, em sua integralidade, ao Poder Judiciário, ou as leis que retiram da Administração a liberdade interpretativa (e aplicativa) deveriam se fundamentar em alguma exceção constitucional à separação de poderes (e essa exceção, por óbvio, deveria ser referida no argumento).

Há, porém, um pouco de verdade nessa posição. A problemática dos conceitos jurídicos indeterminados resume-se numa questão de competência ou jurídico-funcional[65], que se resolve em cada ordenamento jurídico, de acordo com as tradições, a história e, *last not least*, o grau de confiança depositado pela sociedade

63 Germana Oliveira de MORAES. **Controle jurisdicional da Administração Pública**.

64 A indefinição sobre o sujeito competente para declarar o que é certo e o que é incerto faz diferença, claro, mas ainda pior é a indeterminação do que se entende por "zona de certeza" positiva ou negativa. Há uma distância colossal, astronômica, entre exigir *alguma* certeza, segundo critérios mais ou menos objetivos (dentre os quais, por óbvio, os precedentes dos tribunais, a opinião de especialistas no respectivo campo material etc.), e afirmar que a certeza tem de ser absoluta – que a realidade expressa no conceito tem de existir na máxima medida possível para que se tenha certeza positiva, e na mínima medida possível (ou em medida nenhuma) para que se tenha certeza negativa.

65 Nesse sentido, ver Andreas Joachin KRELL. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**, pp. 45-50.

– e pelos juízes – na Administração, em geral, e nos vários órgãos, em particular[66]. A grande falha da doutrina brasileira, quando enfrenta a questão, parece ter sido a de buscar um critério universalmente válido para separar o que caberia à Administração e o que seria da esfera do controle jurisdicional. Simplesmente não há um tal critério: é preciso, se for o caso, construir um critério de alcance bem mais modesto a partir do material jurídico-positivo; ou, na impossibilidade de formulá-lo, encontrar a solução jurídico-positiva correspondente a sua ausência.

No Brasil, por exemplo, exceto nos casos em que se tem a expressa atribuição da competência de revisão judicial da aplicação de conceitos indeterminados – por exemplo, na desapropriação –, o sistema jurídico não fornece uma resposta clara e unívoca. Há uma constelação de princípios, em tese, aplicáveis, e pouco mais que isso (um punhado de exemplos de casos em que o Judiciário, sem convencer, recusa-se a controlar a Administração). As tentativas de fundamentar uma proposta – porque não levam em conta os dados jurídico-positivos – esbarram em dificuldades teóricas ou normativas quase insuperáveis.

Isso não significa que estejamos ao desamparo completo. Apesar de a solução não ser universal (teórico-jurídica), o problema tem a mesma compostura em todos os sistemas jurídicos e pode ser descrito em seus traços essenciais.

66 Ver Stephen BREYER *et. al*. **Administrative law and regulatory policy**, p. 3. Nessa passagem, após discorrerem sobre a dificuldade de estudar o direito administrativo, por sua generalidade a abstração em relação ao direito material e processual que rege àreas específicas da Administração, os autores dizem que "*we cannot understand the significance of procedural requirements or principles of judicial review apart from the substantive responsibilities of particular agencies and the means available to those agencies to accomplish their goals. And in applying general principles, courts are sensitive to the identity of the agency whose action is challenged, the reputation and quality of its personnel, its overall mission, the practical difficulties it faces in discharging its mission, the content of the particular action under challenge, and the respective equities of the agency and the affected private parties*". Por fim, a frase central do argumento: "***[i]n short: [s]ome courts trust some agencies; some courts distrust some agencies. The absence or lack of trust can matter a great deal to the ultimate outcome.***"

Elaborar com rigor e de modo exaustivo os termos um problema, afinal, já é parte da solução. De um lado, a Administração, para executar a lei e realizar o interesse público a que se predispõem as normas jurídicas, tem necessariamente de interpretar as disposições legais e constitucionais pertinentes. De outro, o Poder Judiciário também interpreta a lei, evidentemente, mas não para realizar diretamente o interesse que ela tem em mira.

A interpretação que o juiz faz dos enunciados normativos visa apenas e tão-somente a aferir se uma determinada conduta – omissiva ou comissiva – se acha dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. O juiz declara a existência de relações jurídicas e faz atuar a vontade concreta da lei nos casos concretos, porém com a finalidade de resolver uma controvérsia mediante a valoração de um comportamento segundo o código lícito/ ilícito. A intervenção operada pela jurisdição na realidade social tem a finalidade exclusiva de adequar os fatos ao modelo normativo.

Ao contrário, a Administração formula enunciados sobre textos normativos para realizar interesses públicos definidos na lei e na Constituição. Ao aparato administrativo foi confiada a missão de executar o programa de ação contido na deliberação normativa, segundo critérios jurídicos (por isso há consultorias jurídicas em todos os Ministérios e dependências administrativas), mas, sobretudo, de bem-estar social ou políticos (por isso as consultorias jurídicas apenas emitem *pareceres* na maioria das vezes não vinculativos da decisão).

A Administração tem o dever jurídico de elaborar juízos acerca da licitude de sua própria conduta – e dos particulares em relação com ela –, mas sua razão de

ser ou não se esgota nisso, ou não haveria distinção material relevante entre administrar e julgar. Essa distinção, porém, foi considerada pelo sistema jurídico brasileiro na repartição das funções estatais entre os poderes: de modo geral na cláusula da inafastabilidade da jurisdição do CF 5º, XXXV, que inclui a tutela jurisdicional adequada também a prevenir e reprimir atos ilícitos em geral; de modo específico nas cláusulas de "reserva de jurisdição" dispostas no texto constitucional.

Essa diferença de métodos, processos e objeto entre jurisdição e administração foi afirmada de modo inigualável, há quase meio século, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ao separar a função jurisdicional da função administrativa (onde ele situava tanto legislação quanto administração). Segundo Bandeira de Mello, a ação administrativa visava ao alcance da "utilidade pública", de maneira direta e imediata, no exercício do poder "político" de estabelecimento da regra jurídica objetiva e do poder "político" de sua efetivação, ao passo que a ação judicial tinha em mira manter a ordem jurídica em vigor, assegurar o direito vigente acaso ameaçado ou desrespeitado, realizando, de modo indireto e mediato (pela solução de controvérsias), o bem-estar social no exercício do poder "jurídico" de julgar[67]. O direito, na função administrativa, seria "instrumento para criar a utilidade pública", uma "forma necessária para tanto", enquanto na função jurisdicional ele se manifestaria como "razão de ser", "objeto específico" e, portanto, "matéria de sua cogitação".

Embora a função administrativa tenha se aproximado da Justiça, por força da juridicização de toda a atividade estatal operada pelo *Rechtsstaat* (Estado de

67 Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO. **Princípios gerais do direito administrativo**, pp. 49-53.

Direito)[68], ela ainda consiste basicamente em gerir os "negócios públicos", e sua lógica pode ser definida como a da maximização da utilidade social (ou "utilidade pública"), dentro do campo da legalidade. Essa constatação, de resto quase óbvia, não implica a atribuição de uma qualidade "metajurídica" à Administração, como parece implícito no argumento.

Trata-se de uma função *jurídica* por se exercer exclusivamente sob a autoridade da lei e da Constituição, e dentro dos limites por elas assinalados. É inegável, contudo, que a diferenciação funcional – fundada, hoje, no regime jurídico de *dependência* (política ou administrativa) dos órgãos administrativos em oposição à *independência* dos juízes – tem uma base material e exprime uma certa "ideologia" política. Não se trata de uma distinção arbitrária, fruto de decisão pura e simples da Constituição, nem de uma simples questão técnica, valorativamente neutra.

Aos poucos a diferença entre Administração e Justiça tende a se dissolver, ou a se restringir a áreas cada vez menores, pois ao incremento dos poderes de intervenção administrativa na esfera do social e econômico correspondeu, como reação, uma expansão do controle jurisdicional, sobretudo mediante a positivação de princípios (que são, por assim dizer, o equivalente deontológico dos valores). Ampliou-se de maneira significativa a extensão e a profundidade da revisão judicial da atividade administrativa. Mas parece cada vez mais evidente que não há como suprimir o *político*, que se traduz na escolha não vinculada a critérios normativos, da direção dos negócios humanos[69].

---

68 Merkl chega a afirmar que este é o projeto do Estado de Direito no que concerne à Administração: aproximá-la tanto quanto possível da Justiça. Adolf MERKL. **Teoria general del derecho administrativo**, *passim*.

69 A contrapartida é que o poder de *censura* das decisões tomadas por órgãos administrativos (e legislativos) politicamente dependentes, exercido pelos juízes sob a autoridade e nos termos da Constituição, introduz um forte elemento político na função jurisdicional, que ainda não foi

Assim, de volta aos aspectos dogmáticos do problema, pode-se afirmar que, por efeito do privilégio de posição (*privilège du préalable* de que fala a doutrina francesa) da Administração, que primeiro examina os fatos, interpreta os textos normativos e aplica as normas, sua conduta reveste-se de uma legitimidade *prima facie*, derivada do fato de ela exercer uma parcela do poder estatal também quanto à aplicação de conceitos jurídicos indeterminados que definem as condições de seu agir.

Esse valor jurídico lhe é outorgado por um princípio formal de distribuição de competências baseado em fatores juridicamente relevantes: a dependência política da Administração, assegurada por diversos processos técnicos (forma de investidura dos dirigentes, controle finalístico, hierarquia etc.), que nos remete à legitimidade democrática (CF 1º, parágrafo único); a capacidade técnico-profissional de seus quadros e o princípio da eficiência (CF 37, *caput*; CF 74, II); para os órgãos administrativos do Poder Legislativo, dos tribunais e do Ministério Público, no princípio da autonomia administrativa e financeira esabelecido pela Constituição (CF 49, VI e VII; CF 51, IV; CF 52, XIII; CF 99; CF 127, § 2º).

Para a doutrina brasileira, em geral, essa legitimidade *prima facie* seria uma presunção que se ilide com a mera impugnação. Trata-se de uma confusão que é preciso dissipar definitivamente: não há “presunção” no sentido técnico jurídico da palavra, mas somente uma regra de *validade* dos atos administrativos, que exige a consideração do princípio formal que lhes dá suporte. Por isso, não cabe falar em distribuição do ônus da prova ou coisa semelhante. A questão é de ônus de

resolvido de maneira adequada pelos vários sistemas jurídicos.

argumentação.

Pode-se dizer que o peso desse princípio formal varia conforme se esteja nas zonas de certeza ou de penumbra (indeterminação) do conceito. Na zona de incerteza, ou halo conceitual, o Poder Judiciário se demitirá do controle aprofundado da aplicação administrativa do conceito jurídico indeterminado, a menos que se tenha razão muito forte para justificar, no caso concreto, a ocorrência uma violação do direito objetivo[70]. Nas zonas de certeza positiva e negativa, ao contrário, a mera impugnação autoriza o controle jurisdicional pleno. Quem decide, no entanto, onde está a linha que separa a certeza – positiva e negativa – da indeterminação conceitual? Essa qualificação dependerá de uma interpretação e, para evitar circularidade, deve ser atribuída ao Poder Judiciário[71].

A solução esboçada remete a um procedimento de argumentação jurídica. Ele é que garante que a Administração não estará autorizada escolher *livremente* a norma (produto da interpretação) que regula sua atividade. Pode-se imaginar,

70 Damos um exemplo. Imagine-se que um proprietário de imóvel urbano propõe ação para desconstituir o ato administrativo de tombamento praticado pelo Município. É sabido que o tombamento pressupõe a aplicação de um conceito indeterminado, a saber, o de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, ecológico e científico do bem (CF 216, V; art. 1º do Decreto-Lei 25/37). A extensão do controle jurisdicional, nesse caso, dependerá do peso relativo dos argumentos do proprietário pela ilegalidade. Se o demandante oferecer razões muito fortes contra a decisão, o Poder Judiciário poderá rever plenamente a aplicação administrativa do conceito de "valor cultural" inclusive na zona de penumbra. Entretanto, se o autor se limitar a impugnar genericamente as conclusões da Administração, se as razões apresentadas não forem suficientemente fortes para afastar o princípio formal que predica validade ao ato de tombamento, ou se os argumentos específicos não puderem ser levados a sério por inconsistentes, sem amparo em um mínimo probatório, ou inteiramente divorciados do caso concreto, o Poder Judiciário deve limitar-se a verificar se: (a) a interpretação se compreendia no quadro de possibilidades semânticas do texto normativo (a "moldura" de Kelsen); e (b) se a aplicação dessa norma (enunciado que interpreta o texto normativo) aos fatos estabelecidos em processo administrativo regular estava justificada (justificação interna e externa).

71 A definição das zonas de certeza e de incerteza parece muito complexa, ou até impossível, quando considerada em abstrato, mas as dificuldades tendem a desaparecer nas situações concretas. Se não desaparece, porém, o problema da qualificação de um caso como "claro" ou "nebuloso" confunde-se com o da aplicação mesma do conceito. A diferença é que, a nosso ver, se houver dúvida objetiva quanto a essa definição, caberia ao juiz – não à Administração – saná-la. Essa, no entanto, é uma hipótese muito provisória, que precisa ser refinada, como toda a questão do controle jurisdicional da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados no Brasil.

contudo, situações em que não se concederá a deferência resultante do princípio formal (de validade) que sustenta a aplicação administrativa de aplicação do conceito jurídico indeterminado. Em tais casos, o Poder Judiciário poderia rever todo o processo de interpretação e aplicação levado a efeito pela Administração; ou seja, o princípio formal, que era forte na zona de penumbra, aí também se torna fraco.

Apesar de não ser o tema desta investigação, convém referir três hipóteses nas quais talvez o controle jurisdicional possa estender-se a todas as questões de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. Em primeiro lugar, *todo conceito jurídico indeterminado empregado pela Constituição Federal, especialmente para definir direitos fundamentais e respectivas restrições, ou assinalar fins e tarefas do Estado, pode ser plenamente revisível judicialmente em suas aplicações concretas*.

A última palavra na interpretação da Constituição é do Poder Judiciário, pelo Supremo Tribunal Federal, como se pode depreender do CF 102, *caput*, e CF 103-A. Veja-se especialmente o CF 103-A, § 1º, segundo o qual a súmula vinculante do STF, que obriga a Administração Pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, terá por objetivo [*rectius:* objeto] a validade, a **interpretação** e a eficácia de normas determinadas. Nesse sentido, ademais, a Lei 11.417/2006 alterou a Lei do Processo Administrativo Federal e impôs a responsabilidade penal da autoridade administrativa que descumprir decisão proferida pelo STF em reclamação fundada na violação de enunciado da súmula vinculante (art. 64-B da Lei 9.784/1999).

Em segundo lugar, o princípio formal parece não socorrer a Administração *se a própria lei atribuir ao Poder Judiciário competência para rever a aplicação do conceito indeterminado nela empregado ou para aplicá-lo fora do controle da*

atividade administrativa. Isso ocorrerá sobretudo quando o ordenamento jurídico exige da Administração provimento jurisdicional para atuar – caso em que os pressupostos da atividade administrativa serão necessariamente objeto de cognição plena pelo Poder Judiciário – ou por remissão legal expressa. Podemos dar como exemplos: os atos administrativos desprovidos de executoriedade, que reclamam, excluída a urgência, a *interpositio jurisdictionis*; a fixação da "justa indenização" nas desapropriações; os conceitos do direito do trabalho, que são aplicados pelos órgãos federais da inspeção do trabalho, mas também – e sobretudo – pelos juízes trabalhistas nas controvérsias entre particulares.

Em terceiro lugar, são plenamente controláveis as aplicações de conceitos indeterminados que se refiram à ação administrativa em geral, ou seja, que não se compreendam no âmbito de competência de um só órgão ou Poder do Estado. Nesse sentido, podemos considerar que a interpretação dos princípios constitucionais da Administração Pública, das leis gerais de processo administrativo, das leis do regime jurídico geral dos servidores públicos, da lei de licitações e contratos etc. deve ser feita sempre, em última instância, pelo Poder Judiciário. Como haveria a possibilidade de que os diversos órgãos dos três Poderes interpretassem e aplicassem essas normas de modo diferente nos casos concretos quando no exercício da função administrativa que todos desempenham no mínimo em relação a seus próprios serviços, então se faz necessário que algum deles tenha a última palavra, e o sistema constitucional brasileiro, quando as autonomias dos Poderes se chocam, parece entregar a solução ao Poder Judiciário.

3. A discricionariedade como liberdade no lado da conseqüência jurídica da norma: significado e alcance.

A conclusão que resta é muito simples: a discricionariedade sempre se aloja no lado da conseqüência jurídica. Existe um dever-poder discricionário para a Administração, portanto, sempre que a determinado tipo legal (*Tatbestand*, hipótese normativa, descritor) correspondam pelo menos duas condutas administrativas igualmente válidas perante o direito, ou seja, "igualmente justas", de mesmo valor jurídico. Nas palavras de Eduardo García de Enterría, a discricionariedade "é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou, se se prefere, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão se fundamenta normalmente em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.) não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração"[72].

A eleição entre "indiferentes jurídicos" pressupõe que todas as soluções (todas as condutas prescritas) tenham sido abstratamente consideradas pela norma jurídica como igualmente idôneas para alcançar a finalidade legal. Se existisse uma e somente uma solução ótima, que alcançasse, com perfeição e eficiência, o fim colimado pelo sistema jurídico, a atribuição de um poder de escolha à Administração seria inócua, pois o administrador estaria obrigado, em qualquer caso, a optar abstratamente pela solução mais adequada. Então, sempre que houver discrição teremos, no plano da norma, uma pluralidade de decisões juridicamente corretas.

Entretanto, pode ocorrer, como salienta Celso Antônio, que a análise das

72 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás Ramón FERNANDEZ. **Curso de derecho administrativo**, pp. 466-467.

circunstâncias particulares do caso concreto reduza a pluralidade de decisões a *um só comportamento possível* da Administração[73]. Nessa hipótese cessará qualquer discricionariedade em concreto, embora se tivesse, no plano da norma, uma potencial liberdade de escolha da Administração. Isso porque, nas palavras de Hartmut Maurer, "à essência do poder discricionário pertence, exatamente, o exame das circunstâncias do caso particular sob o ponto de vista da intenção legislativa", ou seja, o critério fundamental da discrição é o da finalidade. Se, no cotejo com os dados-de-fato, a finalidade puder ser servida por apenas uma medida administrativa, então haverá um dever de adotá-la – uma vinculação que somente se descobre no momento da aplicação da norma. Daí a importância extraordinária de que se reveste, dentre outros, o princípio da proporcionalidade no controle do exercício de competências discricionárias.

Não aceitamos, contudo, a doutrina que considera existir para cada caso uma e apenas uma solução correta (*one right answer*), de modo que a discricionariedade, no caso concreto, seria apenas a impossibilidade cognitiva de estabelecer, objetivamente, a providência mais adequada à satisfação da finalidade legal. Em geral, a finalidade consiste num *valor*, um estado de coisas ideal que se quer proteger e/ou alcançar, implícita ou explicitamente afirmado numa norma jurídica. Esse valor – assim como todos os valores – é inexaurível; ou seja, nunca será alcançado definitivamente, esgotado em sua potencialidade, realizado plenamente no mundo do ser. Segue-se, portanto, que não pode haver, em todos os casos, um comportamento único que satisfaça a finalidade legal de modo perfeito[74].

---

73 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p. 36.

74 Estamos aqui trabalhando com conceitos da teoria dos valores de Miguel Reale. Veja-se: Miguel REALE. **Filosofia do Direito**. Além dessa obra, temos a tese de Angeles Mateos GARCÍA, defendida na Universidade Complutense de Madri, intitulada **A teoria dos valores de Miguel Reale**. Essa característica dos valores, que pode ser aplicada aos princípios jurídicos, será melhor analisada quando tratarmos do conceito de princípios, passo indispensável para a compreensão

Há situações de fato em que várias são, mesmo após a consideração de todos os dados relevantes, as soluções possíveis de acordo com o direito. Não se trata de "incognoscibilidade da solução ótima" ou "o resultado da impossibilidade da mente humana poder saber sempre, em todos os casos, qual a providência que atende com precisão capilar a finalidade da regra de Direito"[75]. Na verdade, essa providência "ótima" simplesmente não existe em muitos casos; por isso haverá mais de uma solução "perfeita" e o administrador estará legitimado a eleger livremente, segundo critérios extrajurídicos, entre qualquer uma delas. Do dever de realizar a finalidade legal não se pode inferir o dever de praticar uma e apenas uma conduta em todos os casos. A discricionariedade surge precisamente da inexistência de uma única solução correta. Esse "defeito", por assim dizer, é da própria realidade empírica (que nunca poderá coincidir plenamente com os valores – ou estes não teriam nenhuma força diretiva sobre a realidade, tornando-se, a partir de então, irrealizáveis), não da mente humana, das faculdades cognitivas do ser humano. Embora limitado, o intelecto, nesse ponto, não tem nenhuma culpa pela existência de discricionariedade administrativa.

Mas como identificar na norma a discrição? Em regra a discricionariedade decorre de uma faculdade outorgada à Administração, mediante a qual o dever de atingir a finalidade pode ser exercido pela conduta *p* ou pela conduta *q*, para adotar um modelo simples de duas condutas possíveis. Não há nada de estranho nisso. As condutas obrigatórias estão necessariamente permitidas; e se é obrigatório realizar ou uma ou outra conduta (disjunção), então ambas as condutas estarão permitidas,

do fenômeno da redução da discricionariedade.

75 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p. 43.

serão lícitas, de maneira que, se a Administração eleger uma *ou* a outra, sua escolha será insuscetível de controle de legalidade[76]. Essa é a própria definição de faculdade: é permitida uma conduta e sua abstenção.

Desse modo, quando a lei diz que a Administração pode realizar uma conduta, pressupõe que pode também não a realizar, seja porque lhe é dado, no caso, omitir-se, seja porque uma conduta diversa também é permitida. Agora, um cuidado se impõe. Nem sempre a lei usa "pode" no sentido de uma outorga de poder discricionário à Administração. Há casos em que o "pode" há de ser tomado como "deve"; o fato de ser obrigatória a conduta implica, como se sabe, sua permissão (no direito positivo isso é exemplificado pela ação de consignação em pagamento) ; logo, se alguém "deve" fazer algo, então "pode" fazê-lo. Inversamente, se alguém "pode" fazer algo, esse "poder" origina-se *ou* de uma permissão bilateral ("pode", mas não "deve"; "pode" fazer e "pode" não fazer) *ou* de um dever ("pode" fazer porque "deve" fazer). Assim temos, na Lei federal de processo administrativo, um "pode" que é "deve": o art. 55, segundo o qual determinados atos administrativos "poderão" ser convalidados pela própria Administração[77].

Haverá, portanto, discricionariedade sempre que a Administração tiver um âmbito de liberdade volitiva[78]:

(a) no que concerne a agir ou não agir;

76 De acordo com as regras da lógica deôntica, o dever de realizar *p* ou *q* implica a faculdade de realizar *p* ou *q*: $O(p \vee q) \rightarrow P(p \vee q)$ .Ver Delia Teresa ECHAVE, María Eugenia URQUIJO e Ricardo A. GUIBOURG. **Lógica, proposición y norma**, pp. 138, 143/144

77 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Curso de Direito Administrativo**, pp. 433-434

78 Essa é – sem a menção aos conceitos jurídicos indeterminados e com mínimas alterações de redação – a relação dos casos gerais de discricionariedade encontrada em Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p. 17.

(b) no que atina à escolha do momento para agir. Deve-se esclarecer que *agir hoje* é uma conduta diversa de *agir amanhã*; e que, desse modo, o tempo é um elemento fundamental da conduta. Em regra, a lei concede um prazo para a Administração agir, mas, dentro desse prazo, ela tem uma relativa liberdade para determinar quando realizará a conduta, ainda que, de resto, sua atividade seja inteiramente vinculada, como a concessão de benefício previdenciário, a averbação de tempo de serviço de um servidor público, a expedição de uma certidão ou o lançamento tributário, podendo a lei até mesmo estabelecer que os efeitos do ato administrativo lhe sejam anteriores (retroatividade);

(c) no que diz com a forma jurídica de exteriorização do ato. Pode haver casos em que a formalização do ato se acha entregue à discrição do administrador: por exemplo, a intimação (ato administrativo de comunicação) dos interessados *ou* pela via postal *ou* por edital publicado na imprensa;

(d) no que respeita à eleição da medida considerada idônea, perante uma dada situação fática, para satisfazer a finalidade legal.

4. Conclusões

Na precisa observação de Karl Engisch, “o conceito de discricionariedade (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito”[79]. Deve-se acrescentar que também é um dos mais importantes.

79 Karl ENGISCH. **Introdução ao pensamento jurídico**, p. 214.

Ele define os confins da função jurisdicional em relação ao controle da função administrativa e, assim, demarca o campo reservado, no sistema jurídico, para a administração confrontada com a jurisdição. Por subtrair uma parte da função administrativa do controle jurisdicional, o conceito de discricionariedade tem um significado político-institucional muito intenso, que o torna quase uma exceção no Estado de Direito, entendido como o Estado que subordina a Administração, de um lado, à lei e ao direito e, de outro, à jurisdição para assegurar o cumprimento da lei[80].

Entretanto, a discricionariedade é uma exigência fundamental do governo humano. Não se revelou até hoje possível eliminar o dado *político* das escolhas administrativas; e o sentido político do ato administrativo sempre foi identificado, no Brasil, com o "mérito administrativo", exatamente a parte insindicável dos atos praticados no exercício de competência discricionária[81]. Ou seja, a política adentra o direito administrativo pela porta da discricionariedade[82]. Como a função administrativa é um dever acoplado a um plexo de poderes, implicando sempre a atribuição de uma parcela do poder estatal a um órgão e, por conseqüência, a um

80 Essa visão foi criticada por Queiró, que insta seus leitores a não confundir *Rechtsstaat* (Estado de Direito) com *Justizstaat* (Estado de Justiça ou de Jurisdição), mas ainda é a única que pode dar conta de conter o avanço do Estado sobre a vida social e econômica – um problema que se prefigurava na década de 1940, mas que se tornaria mais agudo na segunda metade do século XX e ainda mais na primeira década deste século.

81 Miguel SEABRA FAGUNDES. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**.

82 Essa idéia de que a discricionariedade está a serviço do político – e, portanto, dos próprios fins do Estado ou da maneira de realizá-los – se acha claramente exposta em passagem do tratado de Forsthoff que compara a função judicial e a administrativa na aplicação de normas jurídicas. Em determinada passagem, após discutir exaustivamente em que consistem as diferenças entre a realização do valor, a que se referem as normas, pela justiça e pela administração, ele afirma: *"A Administração se acha mais próxima das transformações políticas, se acha inclusive inserida nelas em algumas de suas partes essenciais, já que os fins assinalados – pela lei ou de outra maneira – aos diversos ramos da Administração, são um setor da realização dos fins gerais do Estado, os quais, por sua vez, estão determinados pela individualidade deste"* (Ernst FORSTHOFF. **Tratado de derecho administrativo**, p. 142). Essa "individualidade" do Estado, enigmaticamente situada por Forsthoff à base da determinação dos fins gerais do Estado, terá, segundo pensamos, o aspecto constitucional-vinculante, que determina os fins gerais permanentes e irrenunciáveis do Estado (por exemplo, o CF 3º; ou o CF 170, *caput*, que especifica os fins da ordem econômica), e outro meramente legal-programático, que determina os fins gerais e específicos de um determinado governo, quando no comando do Estado, segundo as maiorias ocasionais que elegem o chefe do Poder Executivo e os membros do Poder Legislativo (portanto, fins contingentes, expressos na legislação).

agente, seria mero capricho racionalista – ou irracionalista – pretender que o poder, em qualquer de suas manifestações, não tivesse uma face política.

Vale a pena citar as palavras de Eduardo García de Enterría, que sintetiza com felicidade o sentido político da discricionariedade administrativa:

> *"La existencia de potestades discrecionales es uma exigencia indecliable del gobierno humano: éste no puede ser reducido a uma pura "nomocracia" objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas, contra lo que em su tiempo esperó la entelequia social y política de la Ilustración (y como hoy, en cierto modo, alimenta la más vulgar fe em la informática y en los ordenadores). No es por ello exacto que todas las discrecionalidades sean reducibles a supuestos reglados y que em esa reducción haya que ver precisamente la línea del progreso político. Por supuesto que es cierto que abundan las discrecionalidades injustificadas o abusivas y que debe postularse resueltamente su conversión em potestades regladas cuando la justicia, como no es raro, se acomode mejor a esta técnica y a la exclusión de apreciaciones subjetivas. Pero es ilusorio pretender agotar em cualquier momento el ámbito completo de la discrecionalidad. La necesidade de apreciaciones de circunstancias singulares, de estimación de la oportunidad concreta en el ejercicio del poder público, es indeclinable y ello alimenta inevitablemente la técnica del apoderamiento discrecional.* ***Sustancialmente, eso es la política, la cual es ilusorio pretender desplazar del gobierno de la comunidad****. Hay por ello potestades que em sí mismas son y no pueden dejar de ser en buena parte discrecionales, por su propia naturaleza; así, la potestad reglamentaria, o la potestad organizativa, o las potestades directivas de la economia o, en general, todas aquellas que implican ejercicio de opciones respecto de soluciones alternativas. Todo esto no es mecanizable em fórmulas fijas y regladas. Es más: la atribución a la Administración de muchas funciones se hace buscando justamente para su gestión la estimación subjetiva de la oportunidad que la técnica de la discrecionalidad permite y sólo por ello"*[83].

No esforço consciente de mais de dois séculos para compreender, explicar e controlar a discricionariedade temos de levar em consideração que, ao contrário do que pode significar para o senso comum, a competência discricionária introduz um elemento de responsabilidade política do Poder Executivo, que se torna, ao lado do

83 Eduardo García de ENTERRIA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, **Curso de derecho administrativo,** p. 463.

legislador, o artífice da justiça no caso concreto, sopesando e valorando todas as circunstâncias relevantes para que os fins do direito – fins próximos e remotos, como os do art. 3º da Constituição – sejam realizados na máxima intensidade possível. Essa função nobre é inseparável da promoção da utilidade pública e, por isso, não seria com o Estado de Direito – que antes de ser “de Direito” é Estado – que assistiríamos ao desaparecimento do critério subjetivo na direção dos negócios humanos.

A diferença é que, no Estado de Direito, a discricionariedade é um poder jurídico, limitado, adstrito à realização de finalidades de interesse público. Ele deixa de ser uma prerrogativa, anterior ao direito, ou o simples exercício do poder, para servir a finalidades cogentes. De fim em si mesmo, eleva-se à condição de meio para fins maiores do que o próprio poder. Nisso está, ao mesmo tempo, a grandeza e a miséria da discricionariedade.

CAPÍTULO 2 – CONCEITO E PRESSUPOSTOS DA REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

1. Introdução ao problema: entre fatos e normas

A discricionariedade administrativa, definida no capítulo anterior como a liberdade de a Administração eleger entre pelo menos dois comportamentos igualmente válidos perante o direito, pode ser uma no nível da "norma", e outra, ou nenhuma, no nível dos "fatos". Esse fenômeno foi denominado, na doutrina alemã, "redução da discricionariedade" (*Ermessensreduzierung*) e sob esse nome ingressou no direito administrativo espanhol e brasileiro. Apesar de ser quase intuitiva a idéia de que nunca a discricionariedade terá a mesma compostura no plano abstrato e diante do caso concreto, ela sublinha problemas teóricos importantes que nos remetem a especulações filosóficas sobre a relação entre fatos e normas, dois constituintes essenciais do mundo jurídico, para além da tradicional e bem conhecida subsunção, e que demandam, por isso, maior atenção.

De modo resumido, pode-se dizer que alguns elementos do suporte fático determinarão a exclusão de uma ou mais possibilidades de comportamento administrativo abstratamente previstas na lei. Trata-se, portanto, de fenômeno no qual um fato, ao ser objeto da incidência, modifica a própria norma incidente,

alterando a conseqüência jurídica por ela prescrita. Há, porém, duas possibilidades de explicá-lo: ou o próprio fato, imerso em valores (ou, no mínimo, em "sentido") e, portanto, normativo ele também, modifica a norma sem mais; ou essa situação de fato, que contém algo mais do que os elementos descritos na hipótese normativa, atrai a incidência de outra norma.

Entendemos que apenas uma norma jurídica, diversa da que se pretende aplicar, poderia prescrever esse efeito de exclusão de determinadas conseqüências – e o faz, como veremos, apenas naquele caso concreto, sem que se possa derivar, de imediato, uma norma para casos futuros[1]. A normatividade dos fatos, a que alude Gustavo Zagrebelsky, decorre, em rigor, da normatividade dos princípios (e eventualmente de regras diversas da regra de competência), cuja incidência, por força de alguma propriedade do caso concreto que vai além da moldura normativa da lei, se desencadeia simultaneamente à da norma que habilita a Administração a agir ou abster-se[2].

---

1 É precisamente o que nos dizia há mais de setenta anos Fritz Fleiner: "*en los verdaderos casos de potestad discrecional, la solución jurídica sólo es dada por la autoridad administrativa al presentarse el caso concreto* ***y sólo para él***". Fritz FLEINER. **Instituciones de derecho administrativo**, p. 118. A idéia de que o exercício da discricionariedade resulta numa solução *apenas* para o caso concreto, embora seja correta, não pode ser aceita sem alguns temperamentos. É que, por força da exigência constitucional de motivação dos atos administrativos, a Administração terá de formular sempre uma *regra* (que será o fundamento do juízo concreto do dever ser do ato administrativo) para o caso, ou seja, uma norma jurídica relativamente concreta na qual o antecedente será o pressuposto de fato da norma habilitante *mais* as circunstâncias do caso que determinaram, segundo o critério administrativo, a escolha de uma das soluções juridicamente possíveis (e que, portanto, excluíram, no juízo da Administração, as demais soluções). Essa regra não é incompatível com a aplicação posterior a outros casos, desde que se faça presente, na inteireza, sua hipótese de incidência. Na verdade, o princípio da igualdade pode ordenar que a Administração siga o precedente por ela mesma estabelecido e adote, para determinado caso, a regra formulada noutra ocasião. Trata-se do fenômeno da auto-vinculação da Administração, que constitui uma das possibilidades de redução da discricionariedade administrativa por incidência do princípio da igualdade.

2 Ver Gustavo ZAGREBELSKY. **El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia**. A teoria dos princípios defendida por Zagrebelsky, que afirma a "força normativa da realidade", é bastante sofisticada e complexa. Ele considera que há uma semelhança funcional, não contingente, entre os modernos princípios constitucionais e o antigo direito natural. Essa semelhança "faz referência ao modo ordinário de operar na vida prática do direito" e consiste em que a realidade, ao se pôr em contato com o princípio, se vivifica e "por assim dizer adquire valor", revestindo-se de qualidades jurídicas próprias. Isso permitiria chegar-se ao dever-ser (uma proposição do tipo: "a conduta *p* é

O fato, por si só, não altera normas. Apenas um princípio jurídico ou uma regra faz com que determinado fato adquira "força normativa" capaz de modificar a conseqüência jurídica de outra norma que o tenha como hipótese[3]. Logo, haverá em todo caso uma norma tal que opere, sob certos pressupostos (que são

obrigatória, permitida, proibida") a partir da realidade iluminada pelos princípios, que são normas de direito positivo, mas desempenham exatamente a mesma função do direito natural, com a diferença de que não constituem um *a priori* – dependem de uma vontade (positivada: plasmada na Constituição, ou em leis ordinárias, e portanto sujeita à mudança regulada pelo próprio direito) para valer. Ele reconhece a dificuldade dessa posição, mas entende que a crítica de que incorreria numa "falácia naturalista" (violando a impossibilidade de derivação de "juízos de valor" a partir de "juízos de realidade") pode ser contornada mediante uma distinção entre o plano teorético (ou zetético), em que valeria incondicionalmente a proibição de derivar o "atuar" (dever-ser) do "conhecer" (ser), e o plano dogmático, no qual a validade de tal proibição estaria na dependência de o ordenamento jurídico a incorporar em suas prescrições. Em suas palavras, "pode resultar que o que seja insustentável teoricamente seja viável dogmaticamente"; e isso, em sua opinião, é exatamente o que se passaria nos ordenamentos jurídicos nos quais vigem normas de princípios. Toda essa construção pressupõe, obviamente, que os princípios *não têm a estrutura lógica das demais normas jurídicas* e, portanto, não apontam para um suporte fático bem definido, pois de outro modo ela seria desnecessária: sabe-se, desde sempre, que não há incidência de uma norma jurídica sem a ocorrência do suporte fático, ou seja, a realidade sempre determina de algum modo – mediada por uma norma que a toma como pressuposto de fato – a conseqüência jurídica. Agora, se os princípios não têm hipótese, se são normas na forma categórica, então deve-se buscar uma outra fundamentação para esse papel da realidade na conformação das conseqüências jurídicas. Por isso não causa a menor surpresa Zagrebelsky quando diz: "princípios não têm suposto de fato (*Tatbestand*)". Trata-se de premissa fundamental de seu pensamento. Aliás, esse é um dos maiores equívocos da teoria dos princípios de Zagrebelsky, assim como de outros juristas que insistem numa diferença lógica entre regras e princípios baseada na negação da forma hipotética-condicional cujo antecedente seria a descrição de um fato de ocorrência possível. Por isso retemos a idéia de que os fatos podem alterar as conseqüências jurídicas previstas numa norma (em especial, de regras) e podemos até considerar que os princípios "iluminam os fatos", desde que fique bem claro que esses fatos "vivificados" são, na verdade, os pressupostos de fato dos princípios, cuja existência a teoria de Zagrebelsky simplesmente nega.

3 Cumpre fazer uma advertência inicial: toda norma abstrata, ao ser aplicada, sofre *algum* tipo de modificação; no processo de aplicação, ela será concretizada, transformada em norma concreta. Aliás, se não houvesse o lapso entre a norma no plano abstrato e no plano da aplicação concreta, a própria aplicação seria uma operação dispensável porque rigorosamente inútil. Isso está descrito, com muita precisão, na conhecida posição da Kelsen sobre a norma como "moldura" a ser preenchida pelo órgão de aplicação do direito – órgão que é também, na teoria pura do direito, órgão de produção jurídica, pois "a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada". Esse processo de concretização, ou de progressiva "determinação", para usar as palavras de Kelsen, que seria o próprio "sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas", acrescenta "algo novo" (*etwas Neues*) à norma de escalão superior. Ver Hans KELSEN. **Teoria Pura do Direito**. pp. 469-471. Entretanto, essa distância necessária entre a norma abstrata e a norma concreta resultante da aplicação das normas de direito administrativo não equivale à redução da discricionariedade. É preciso, em primeiro lugar, que haja discricionariedade na norma abstrata: se a competência abstratamente cometida à Administração for vinculada, então nenhuma possível (e, para Kelsen, necessária em algum grau) modificação operada por força da incidência terá o efeito de reduzir ou eliminar o que não havia. Em segundo lugar, a modificação deve ser tal que ocorra, no conseqüente, a supressão de um ou de todos os termos da disjunção de comportamentos prescritos, reduzindo, de fato, o âmbito de liberdade da Administração quanto à eleição de sua conduta.

circunstâncias do caso concreto não contempladas na hipótese normativa da regra de competência), a redução da discricionariedade atribuída à Administração Pública por outra norma. Ocorre um jogo de normas, em que a norma *N1*, a cuja hipótese se subsume o caso, se vê modificada *para aquele caso* por norma *N2*, cujo pressuposto de fato consistirá em alguma circunstância não descrita na hipótese de *N1*. De modo geral, *N1* será uma regra e *N2* será um princípio, embora não haja nenhum obstáculo de ordem teórica a que *N1* seja um princípio, mediante o qual se outorga competência discricionária, e *N2* seja uma regra, estranha à competência em questão, limitadora dessa discricionariedade, nem mesmo que *N1* e *N2* sejam ambas regras ou princípios[4]. É que o mais das vezes as competências administrativas são cometidas mediante regras e limitadas por princípios, mas esse não é um modelo necessário.

A nosso ver, a solução permite, ao mesmo tempo, manter o postulado de Hume de que não há derivação lógica entre proposições sobre fatos ("ser") e normas ("dever-ser") e reconhecer que, em face de determinados fatos, situações e circunstâncias, a própria norma que incide modifica-se com a incidência[5]. Admitimos, pois, que a redução da discricionariedade administrativa, resultante da distância

4 Haveria um impedimento teórico se e somente se aos princípios se conferisse, *prima facie*, um valor normativo superior ao das regras. Ocorre que, segundo veremos, a tese que afirma, sem mais, a supremacia dos princípios em relação às regras não pode ser aceita, por nada nos dizer acerca do modo como as normas jurídicas de fato se relacionam no interior do ordenamento.

5 A impossibilidade de derivar proposições de "dever-ser" (*ought-propositions*) de proposições de "ser" (*is-propositions*), e vice-versa, teve em Kelsen um grande defensor na teoria geral do direito. Kelsen se contrapunha de modo evidente às teorias do direito natural e ao "realismo jurídico" da primeira metade do séc. XX, tanto em sua vertente norte-americana (Roscoe Pound, Karl Llewllyn *et. al.*), mais voltada à sociologia, quanto na vertente escandinava (Axel Hägelstrom, Alf Ross *et. al.*), próxima à filosofia da linguagem e aos estudos lógicos, e fez da separação absoluta entre "ser" e "dever-ser" um dos pilares de sua teoria pura. Entretanto, a idéia tende a ser atribuída a David Hume em meados do séc. XVIII. Veja-se, para a "falácia naturalista", David HUME. **A treatise of human nature**, p. 302 (Livro 3, parte 1, Seção 1, parágrafo 27). Ver também Hans KELSEN. **Teoria geral do direito e do Estado**, 1992. Nessa obra Kelsen avança um pouco mais na crítica ao "realismo jurídico", em especial o americano, por ter sido a versão em inglês, escrita nos Estados Unidos, de *Reine Rechtslehre*.

entre as opções abstratamente disponíveis e as escolhas concretamente possíveis diante dos fatos, segundo o direito, ocorre pela co-incidência da norma habilitante[6] e de algum princípio (ou regra), em razão de algum dado-de-fato não expressamente previsto no modelo normativo abstrato da norma habilitante tornar-se, em razão de princípio (ou de regra), relevante para a solução do caso.

Essa co-incidência da regra de competência e de outras normas do sistema jurídico ocorre também nas normas que atribuem competência vinculada. Na verdade, trata-se exatamente de fenômeno análogo à redução da discricionariedade, para o qual, todavia, a doutrina ainda não encontrou um nome próprio[7]. Para ilustrar a possibilidade de modificação da competência vinculada, em razão da incidência de outra norma, tomemos um exemplo hipótetico inspirado na lei prussiana citada por Walter Jellinek e usada, para ilustrar a possibilidade de ocorrência de desvio de poder nos atos vinculados, por Celso Antonio Bandeira de Mello[8].

---

6 Neste texto, usamos "norma habilitante" ou em "regra de competência" indistintamente e com o mesmo sentido. Toda vez que essas expressões aparecerem, deve-se entendê-las com o significado de uma específica norma jurídica que credencia um sujeito a agir ou não agir diante de uma situação de fato, e que imputa ao Estado, ou a quem lhe faça as vezes, a ação ou omissão de tal sujeito. Essa norma pode ser uma *regra*, ou um *princípio*, de acordo com a distinção que faremos depois. Estimamos que seria preferível a locução "norma habilitante", ou "norma de competência", por ser geral e abranger todas as classes de norma, mas a força da tradição jurídica brasileira impõe, a bem da compreensão e da fixação dos conceitos, o uso alternativo de "regra de competência", com tais ressalvas implícitas, o que em nada compromete o rigor da argumentação. Aliás, um dos grandes males do direito administrativo brasileiro é não ter história. Pode-se dizer dos administrativistas, com raras exceções, que são "aqueles que esquecem" seu passado. Desse modo, a deferência à tradição, que perpassa este trabalho não apenas nas questões terminológicas, resulta de um esforço consciente (mas nem sempre bem-sucedido) de vinculação à história conhecida da disciplina jurídica do direito administrativo.

7 Celso Antônio afirma tratar-se de "desvio de poder", mas nós a vemos como uma espécie de "nulificação" da regra, uma situação em que, mesmo realizado de modo suficiente o suporte fático, a presença, nele, de uma circunstância atrativa da incidência de um princípio determina, após um juízo de ponderação, que não se segue a conseqüência naquele caso e somente nele (ressalvada a auto-vinculação da Administração). Ver Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, pp.71-2.

8 No exemplo de Celso Antônio, que se serve da lei prussiana referida por Walter Jellinek, a autoridade administrativa estaria obrigada, por lei, a dissolver "bandos de ciganos". Deve-se consignar que uma legislação assim seria flagrantemente inconstitucional, aberrante e violadora de direitos fundamentais, com possíveis repercussões até mesmo no plano da responsabilidade internacional do Estado brasileiro. Não se trata de uma norma possivelmente válida no direito brasileiro, de modo que uma argumentação jurídica que pressuponha sua validade restaria gravemente prejudicada. Por isso, optamos por reconstruir o exemplo, na medida do possível, com

Imagine-se que, no decreto que institui o estado de defesa, o Presidente da República determine às autoridades policiais a dissolução de qualquer grupo de 15 ou mais pessoas situado em locais públicos numa determinada localidade. Agora pense-se no caso de um policial que depara com 15 pessoas, embaixo de um viaduto à guisa de moradia, que são uma família de pai, mãe e treze filhos. Pode-se entender que, nesse caso, a polícia *não está* autorizada a agir porque a competência outorgada pelo ato de decretação do estado de defesa exclui a dissolução de grupos familiares ou, o que dá no mesmo, porque o direito de reunião (CF 5º, XVI, e CF 136, § 1º, I, *a*) não se confunde com a manutenção de uma família nas ruas por carência de recursos[9].

A estrutura do caso e a solução proposta sugerem que um princípio – a norma que, na Constituição Federal, assegura a proteção da família pelo Estado (CF 226, *caput*) – modificou uma regra de competência que prescrevia a dissolução, pela autoridade administrativa, de grupos de 15 pessoas ou mais reunidas em locais públicos durante o estado de defesa. A modificação se verificou porque uma circunstância do caso concreto (tratar-se o grupo de uma entidade familiar), que não se achava prevista na moldura normativa da regra de competência, atraiu a incidência do princípio constitucional, cuja conseqüência foi exatamente a exclusão da prescrição abstrata inicialmente contida na norma.

---

outros elementos, sem lhe trair a estrutura.

9 Essa reformulação do problema não dispensa a ponderação, mediante o confronto de razões favoráveis e contrárias. Assim, para concluir que o caso se acha fora da hipótese de incidência da norma definidora do direito de reunião – o que significa dizer que está fora do alcance da restrição constitucionalmente autorizada a esse direito por força da decretação do estado de defesa – é preciso ponderar todos os princípios da constelação: o direito de reunião (já com a restrição prevista na regra baixada pelo decreto de instituição do estado de defesa) e a proteção da família.

A modificação incide sobre o functor deôntico: a conduta abstratamente obrigatória (dissolver o grupo) tornou-se, diante do caso concreto, proibida em razão da norma-princípio que protege a família (e que, portanto, obriga a autoridade a não agir naquela circunstância). Estava a polícia obrigada a agir diante de um grupo de pessoas reunidas durante o estado de defesa (não lhe era permitido não agir) e somente uma conduta era obrigatória, qual seja, a dissolução do grupo. As circunstâncias do caso se introduziram para mudar a configuração do dever administrativo, mas não sua natureza. Antes da aplicação, o dever era vinculado, e assim permaneceu depois, mas o conteúdo da atividade administrativa se alterou completamente.

Esse caso, que nós caracterizamos como uma espécie de "nulificação" da conseqüência, poderia ser construído como aplicação da técnica de introduzir "exceções" na hipótese normativa da regra por força da co-incidência de outra norma (uma regra ou um princípio). Assim, a regra ou o princípio, em vez de promover modificação do lado da conseqüência, teria operado uma redução do âmbito de incidência do antecedente de outra regra, como se a regra de competência pudesse ser assim reconstruída: "a polícia deverá dissolver grupos de 15 ou mais pessoas, salvo se constituirem uma família". Apesar de possível, essa interpretação apresenta dois problemas que recomendam seu abandono.

Primeiro, não leva em consideração a possibilidade de que, diante de novo caso de família reunida em local público durante o estado de defesa (que, por definição, nunca será idêntico ao anterior), a conseqüência da regra valha, exatamente porque outra circunstância, inexistente no primeiro caso, se agregou e modificou a solução anterior: a suposta "exceção", então, somente valeria para o

caso concreto e não poderia ser considerada propriamente uma exceção definitiva, apenas *prima facie*. Em se tratando de um conflito entre princípio e regra, a regra passa a ter um caráter *prima facie*, ou seja, não estabelece, como veremos, determinações no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas.

Segundo, a solução do caso mediante a introdução de exceções parece supor que os princípios têm uma estrutura lógica diferente das regras. A diferença sugerida estaria em que princípios não se achariam compostos de uma hipótese e uma conseqüência. Ou seja, não tendo os princípios a forma da implicação (ou, o que dá no mesmo, a de um "imperativo hipotético"), a circunstância do caso concreto, que exclui a conseqüência da regra para aquele suporte fático, não seria pressuposto de fato do princípio, mas da própria regra em sua formulação completa.

Pode ocorrer outro fenômeno análogo à redução da discricionariedade – que não será objeto de estudo detalhado – mediante o exercício do poder regulamentar e, no limite, do poder hierárquico interno à Administração. De acordo com a concepção tradicional, a função do regulamento no direito brasileiro limitar-se-ia a desdobrar analiticamente o que se contém sinteticamente na lei[10] ou impor um comportamento uniforme à Administração quando os conceitos empregados pela lei autorizam mais de uma interpretação. São mais raros, porém não menos legítimos do ponto de vista constitucional, os regulamentos que padronizam as respostas da Administração a determinadas situações compreendidas na outorga legal de

10 Isso equivale a usar, para referir-se a uma dada realidade, a técnica definitória da *denotação*, mais apropriada à aplicação do direito, em vez da *conotação*, mais apropriada à ordenação geral do comportamento humano. Trata-se de uma etapa intermediária no processo de concretização e aplicação do direito e que facilita muito a subsunção de casos particulares à hipótese normativa geral. Ver, por todos, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Curso de Direito Administrativo**, p. 329.

competência discricionária[11].

Esse tipo de regulamento, que é de mera execução como os demais relacionados pela doutrina tradicional, orienta-se pelo "caso particular típico", uma figura intermediária entre a descrição abstrata contida na lei e os casos concretos envoltos nas circunstâncias individuais[12]. A norma regulamentar agrega uma propriedade ao caso descrito na hipótese legal, determinando, em conseqüência, a solução uniforme a ser adotada pela Administração para daquela classe de casos (ou seja, para o caso típico, previsto na lei, com as propriedades adicionais definidas no regulamento). Diante de um regulamento assim, a Administração, embora tivesse liberdade de escolha do comportamento no plano abstrato da lei, estará obrigada a realizar a conduta prescrita pela norma regulamentar sempre que presente um caso particular típico.

Encontraria fundamento uma tal disposição regulamentar não apenas no princípio da igualdade (CF 5º, II; CF 37, *caput*), o que a aproxima do conceito de auto-vinculação da Administração, mas também no fato de que se pode entender o titular da competência discricionária como sendo a Administração estruturada hierarquicamente, de modo que os superiores "têm o direito [poder] de dar ordens" e os subordinados, "o dever de obedecê-las", na célebre definição de Adolf Merkl[13]. É

11 É muito difícil – quiçá impossível – encontrar um exemplo desse tipo de regulamento no direito brasileiro. Em todo caso, há um inegável interesse teórico na referência.

12 A expressão "caso particular típico" se deve a Hartmut MAURER. **Direito administrativo geral**, p. 147.

13 Convém observar que, no Brasil, o titular do poder regulamentar – o Presidente da República (CF 84, IV) – também exerce, com auxílio dos Ministros de Estado, a "direção superior da administração federal" (CF 84, II), ou seja, posiciona-se exatamente no topo da linha hierárquica. Assim, podemos tratar a questão do regulamento redutor da discricionariedade também no âmbito do poder hierárquico sem adentrar as complexas – e pouco tratadas entre nós – relações entre regulamento e hierarquia da Administração. Sobre o conceito de poder hierárquico, consultar Adolf MERKL. **Teoría general del derecho administrativo**, pp. 52 e seguintes, especialmente p. 59. Nessa passagem célebre, Merkl afirma que as relações de dependência no interior do complexo orgânico da Administração se revelam "no direito de o órgão superior dar instruções e no dever de

certo porém que, em casos particulares atípicos (ou seja, um caso particular típico, acrescido de propriedades não definidas no regulamento mas relevantes, a juízo do administrador, para a solução), a autoridade inferior poderá afastar-se, motivadamente, da prescrição do regulamento[14].

Como se pode ver, a questão da redução da discricionariedade é de grande complexidade teórica e requer o manejo cuidadoso da teoria dos princípios. Além disso, tem aspectos dogmáticos que se relacionam precisamente com o devido processo legal em sentido substantivo e processual, e que são de particular interesse para a investigação. Primeiro veremos como a redução da discricionariedade se vincula ao caráter limitado das competências discricionárias; e como as técnicas mesmas de identificação dos limites da discrição podem, ao final, eliminar completamente a liberdade decisória da Administração. Vamos nos ocupar sobretudo da redução da discricionariedade administrativa resultante da co-incidência de norma jurídica diversa da regra de competência.

---

o órgão inferior obedecê-las" [alteramos, por razões estilísticas, a fraseologia da tradução espanhola], consistindo mesmo tal circunstância na "nota diferencial" que permite a separação clara das duas "regiões de execução". Isso porque Merkl, tal como Kelsen, vê apenas as funções jurídicas de *criação* e de *execução* do direito, não distinguindo, do ponto de vista material, jurisdição e administração. Entretanto, Merkl considera que pode haver – se prevista no direito positivo – uma distinção *formal*, baseada na "situação jurídica do órgão [em] sua relação com órgãos do mesmo complexo orgânico". Na jurisdição, segundo Merkl, a situação é de *independência*, de modo que a disposição hierárquica das instâncias significa apenas competência de "derrogação" e em nenhum caso uma competência de mando do superior sobre o inferior. Na administração, por oposição à independência judicial, afirma-se a *dependência*, com o sentido de que o órgão administrativo superior pode comunicar ao inferior instruções – gerais ou pormenorizadas – acerca do exercício de suas funções. No Brasil, o CF 84, II c/c CF 87, II (que atribui aos Ministros de Estado competências para expedir "instruções" para a execução das leis, decretos e regulamentos), configura a situação de dependência da Administração, no Poder Executivo, que pode ser estendida – por analogia – ao exercício de função administrativa nos demais Poderes.

14 Resolve-se desse modo eventual conflito entre a "apreciação geral" de uma classe de casos pelo titular do poder regulamentar ou superior hierárquico e a razão de ser da outorga de competência discricionária, que é permitir o sopesamento das circunstâncias do caso concreto para a eleição do comportamento administrativo mais adequado a servir a finalidade legal.

2. A redução da discricionariedade como conseqüência da aplicação das técnicas de identificação dos limites da competência discricionária

A redução da discricionariedade somente pode ser percebida no contexto da investigação judicial ou administrativa dos limites das competências discricionárias que ocorre no processo de aplicação do direito. Em outras palavras, a supressão no caso concreto de alternativas de comportamento abstratamente legítimas perante a ordem jurídica resulta sempre da aplicação das variadas técnicas de identificação das fronteiras da discricionariedade, desenvolvidas no quadro de uma complexa interação entre o legislador, a dogmática jurídica, os tribunais e a própria Administração. Além desse atores institucionais, em muitas ocasiões – sobretudo, mas não apenas, nos atos administrativos em sentido estrito de que resultem agravos à esfera jurídica – os destinatários das prescrições emanadas da Administração também devem participar da construção do âmbito legítimo da discrição.

Importa dizer que se trata efetivamente de uma construção – e não de uma descoberta – porque os limites da discricionariedade não estão dados *a priori*, independentemente dos dados da experiência, nem são incondicionais. Há, por óbvio, uma variabilidade imensa das situações da vida que deflagram a incidência de normas jurídicas e o exercício de deveres-poderes administrativos. A adequação do conteúdo das prescrições ou da atividade material da Administração a essa realidade, que não se deixa aprisionar em esquemas rígidos e imutáveis, deve afastar-se da suposição de que existe um limite certo, previamente dado, como se ao aplicador do direito coubesse apenas revelá-lo mediante técnicas adequadas.

Para que a discricionariedade cumpra sua função específica, que é a de proporcionar a solução mais adequada para o caso concreto de acordo com um juízo estimativo racionalmente fundamentado, os limites têm de ser fluidos e relativamente imprecisos. Não prescindem da mediação do intérprete. Os expedientes técnicos para interpretar fatos e normas não podem estar nesses mesmos elementos e, ainda que se achem dispersos em outras normas do sistema jurídico, elas terão de ser interpretadas, e assim sucessivamente. *Nenhuma norma pode estabelecer ela própria os critérios de sua interpretação.*

Alguns pontos extremos da competência discricionária são, por assim dizer, mais evidentes, mais sólidos: os pressupostos subjetivos (em especial, a competência) e a formalização de um ato administrativo, por exemplo, raramente se abrem à liberdade decisória da Administração. Nenhuma será a discricionariedade para decidir se os fatos que compõem o suporte fático de uma norma habilitante ocorreram ou não, apesar de haver uma certa liberdade de valoração das provas obtidas no processo administrativo, que se confunde amiúde – e desastrosamente – com discricionariedade[15].

15 Essa confusão entre discricionariedade e liberdade de valoração do material probatório – temperada com o "direito líquido e certo" no mandado de segurança, que veda a "dilação probatória", também confundida com revaloração de prova – é comum na revisão de processos administrativos disciplinares. Dois exemplos do STJ: ROMS 15.648, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 03/09/3007; MS 8858, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU de 08/03/2004. A valoração da prova – que não tem nada a ver com a atividade probatória propriamente dita – consiste na operação de atribuir pesos de importância às provas produzidas no processo e, depois, de determinar o grau de certeza com que determinado fato foi provado, de acordo com o peso de cada elemento probatório. Isso é claramente questão de legalidade que pode ser controlada pelo Poder Judiciário; não tem nada a ver com o mérito administrativo, nem com a impossibilidade de produzir novas provas no mandado de segurança (a "liquidez e certeza" do direito passível de tutela mediante o *writ*). A prova pré-constituída – exigida pelo mandado de segurança – não exime o julgador do dever de valorá-la. Aceitar, sem mais, a valoração administrativa é insistir numa distinção rigorosa e anacrônica entre questões de direito e de fato; se a linguagem das provas deve ser interpretada, então há uma *metalinguagem* que fornece os critérios de interpretação; ora, essa metalinguagem é a linguagem do direito positivo e não algo estranho ao direito, um critério subjetivo da Administração; se a ordem jurídica não adotou o sistema de "provas tarifadas",

De outro lado, os limites que dizem respeito à finalidade têm uma compostura mais líquida; e, finalmente, a aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade, que estariam ligadas à causa do ato administrativo no sentido adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, é de difícil realização na maioria dos casos[16]. Entre um extremo e outro, podemos vislumbrar diferentes graus de vinculação e discricionariedade no que concerne também aos motivos e ao conteúdo do ato discricionário.

Em todo caso, os limites da discricionariedade dependem fundamentalmente da estrutura e densidade de regulação da norma habilitante, bem como das conexões de sentido com outras normas pertencentes ao sistema, porquanto se tem

---

tampouco deixou sem critério algum a valoração do material probatório. Deve haver, por certo, limites à revaloração pelo juiz das provas colhidas no processo administrativo, sob pena de reduzir – em vez de aumentar – a qualidade das motivações, mas os critérios, nesse caso, tendem a ser bem menos elásticos do que no controle do exercício da discricionariedade, porquanto assentados em pressupostos diversos. Ou seja, pode admitir-se um controle bem mais amplo da "liberdade de valoração probatória", *que se situa no âmbito da motivação tanto de atos vinculados quanto de atos discricionários*, do que da verdadeira discricionariedade.

16 Adotamos, para esta exposição, a definição que Celso Antônio Bandeira de Mello oferece para a "causa" do ato administrativo: correlação lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato em função da finalidade tipológica do ato. Celso Antônio Bandeira de MELLO, **Curso de Direito Admnistrativo**, p. A discussão sobre a causa dos atos administrativos é daquelas em que ninguém se entende porque cada autor usa a palavra numa acepção própria; como todos falam de coisas diferentes, ninguém concorda com o que o outro diz sobre a "causa". Embora a proposta definitória de Celso Antônio possa ser criticada, ela tem o inegável mérito de fornecer um referencial claro e destacado, na teoria dos atos administrativos, para a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Apenas por curiosidade, uma das críticas que podem ser dirigidas a seu conceito de causa reside em que, para ser útil, pressupõe a existência de atos tais que: (a) a Administração seja livre para escolher o *motivo* (pressuposto de fato) do agir administrativo; **e** (b) a finalidade, sozinha, não dê conta de permitir a invalidação do ato, se o motivo eleito pela Administração for inadequado. Celso Antônio não menciona em nenhum momento a condição (b), é verdade, mas ela está implícita no raciocínio, ou, dito de outro modo, na definição de causa que ele propõe a condição (a) implica (b). A não ser assim, a finalidade bastaria para resolver os casos em que o conteúdo do ato não atinge a finalidade quando verificado aquele motivo específico que a Administração, discricionariamente, elegeu. É que a finalidade, em qualquer caso, põe um limite aos motivos; ela, por si só, restringe o universo de possíveis *motivos* e, portanto, talvez não seja concebível uma hipótese em que um dado motivo escolhido pela Administração para a prática do ato, não obstante comportado pela finalidade, não convenha ao conteúdo do ato. Deve-se lembrar que o jurista português André Gonçalves Pereira, que trabalhou com um conceito de causa enquanto *relação* entre elementos (ou pressupostos) do ato administrativo, excluía o fim da estrutura dos atos administrativos. Talvez não seja mera coincidência. Ver André Gonçalves PEREIRA. **Erro e ilegalidade do Acto Administrativo**.

por certo que as normas jurídicas não podem ser compreendidas isoladamente[17]. Desse modo, os primeiros e mais elementares juízos sobre a extensão da competência discricionária pressupõem, necessariamente, algum tipo de mediação hermenêutica, o que, por si só, elimina a possibilidade de haver uma "descoberta" ou "revelação" de limites ocultos nas normas quando interpretadas por um sujeito administrativo que tem de exercer a competência ou pelo Poder Judiciário.

Ocorrerá sempre uma verdadeira construção, historicamente condicionada e aberta, de sentidos para as normas diante dos fatos recolhidos no mundo fenomênico, imersos na corrente do tempo, e sujeitos, eles mesmos, às mais diversas interpretações por serem reconstruções, em linguagem competente (a linguagem das provas, regulada pelo direito), de algo que se perdeu definitivamente. A prova disso está em que os limites da discricionariedade variaram – e ainda variam – de modo perceptível de acordo com as condições históricas de cada sistema jurídico, do que nos dá testemunho por demais eloqüente a exuberante jurisprudência do Conselho de Estado francês na matéria.

É apenas no processo de identificação do espaço de liberdade atribuído pelo ordenamento jurídico à Administração que se pode concluir por seu inteiro preenchimento no caso concreto e, pois, pela ocorrência da redução da discricionariedade a zero (*Ermessensreduzierung auf Null*) ou por uma redução parcial do âmbito discricionário, com a supressão de algumas das alternativas de regulação jurídica do caso previstas abstratamente na norma habilitante. A redução da discricionariedade é a conseqüência necessária do caráter limitado das

17 Esse é o fundamento da interpretação sistemática. Veja-se, por todos, Juarez FREITAS. **A Interpretação Sistemática do Direito**.

competências discricionárias e da aplicação, pelo órgão administrativo ou judicial, das técnicas de determinação desses limites. Por isso, devemos mirar um pouco mais de perto, conquanto não exaustivamente, as técnicas mais conhecidas.

Antes, convém fazer uma ressalva. Não há quase nenhum consenso na dogmática jurídica nacional a respeito da sistematização das técnicas de identificação e controle dos limites da competência discricionária. Também não fez a jurisprudência grandes avanços na matéria. Não dispomos, por isso, de um conjunto de testes aceito pela *communis opinio* e aprovado pelos tribunais para demarcar as fronteiras da discricionariedade legítima. A elaboração dogmática está toda por ser feita. Isso justifica – e, de certo modo, impõe – as referências ao direito estrangeiro, que têm o único sentido de fornecer a base necessária para a construção de um conjunto de técnicas e métodos aplicáveis ao sistema jurídico brasileiro.

Nos próximos itens, adotaremos para fins expositivos, com significativas variações de conteúdo, a proposta de sistematização de Tomás-Ramón Fernández e Eduardo García de Enterría. Há na Constituição espanhola norma expressa que proíbe a arbitrariedade dos poderes públicos (art. 9.3), à qual podem ser reconduzidas em última análise as técnicas de identificação e controle da discricionariedade administrativa[18]. Embora nunca se duvidasse de que o arbítrio, a

18 No direito americano, do qual, para o bem ou para o mal, o direito brasileiro tem se aproximado nos últimos vinte anos, o *Administrative Procedure Act* de 1946 (APA) também proíbe expressamente comportamentos "arbitrary and capricious" dos órgãos administrativos, na seção 706 (2) (A), e com base nela desenvolveu-se robusta jurisprudência sobre "reasonableness" na revisão da "discretion". Diz o APA nesse texto que a corte deverá considerar ilegais e afastar as decisões administrativas que forem "arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law". Ocorre que o direito americano aderiu há muito tempo a uma distinção não muito clara entre "questions of fact" (questões de fato), "questions of law" (questões de direito) e "discretion" (que seria a liberdade de formular a regra para o caso concreto, o juízo concreto de dever ser, ou seja, a determinação da conseqüência jurídica dos fatos por ela estabelecidos, à luz da interpretação do direito por ela realizada). Além disso, alguns parâmetros de "common law"

pura vontade desnuda, estivesse interditada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina sempre vacilou quanto à fundamentação concreta da proibição. Se tomarmos a construção dos referidos autores com a observação – feita por eles mesmos – de que se trata mais de um guia heurístico do que rigorosa ordenação do material normativo positivo, talvez seja possível considerá-la, pelo menos, como um ponto de partida para a elaboração sistemática da redução da discricionariedade no Brasil.

Em seguida, passaremos em revista brevemente a doutrina alemã dos "vícios

(criados pelos tribunais), não expressamente referidos no APA, são introduzidos freqüentemente no controle das decisões administrativas (fala-se em *clarity, consistency e fairness*), e os tribunais ainda separam a atividade normativa da Administração (*rulemaking*) da aplicação do direito aos casos concretos (*adjudication*) para fins de alcance do controle jurisdicional. O resultado é de uma complexidade estonteante. Isso porque, em cada um desses tópicos de controle, a Suprema Corte aplica testes diferenciados, com critérios próprios. Vejamos brevemente: nas questões de fato, o teste é o da *substantial evidence*, pelo qual a corte avalia a "razoabilidade" da instrução realizada pela agência, e não necessariamente se os fatos são "verdadeiros" ou "corretos". Esse teste julga se a agência foi cuidadosa na colheita e avaliação dos dados disponíveis e se o material resultante se presta a fundamentar a decisão. Ver as decisões da Suprema Corte e do Tribunal Federal do 2º Circuito no caso *Universal Camera* [Universal Camera Corp. *v*. NLRB, 340 U.S. 474 (1951); NLRB *v*. Universal Camera Corp. 179 F.2d749 (2nd Circuit); NLRB *v.* Universal Camera Corp.190 F.2d 429 (2nd Circuit)]. Ainda nas questões de fato, podem os tribunais proceder ao controle denominado "de novo review", refazendo toda a prova dos fatos e valorando-as independentemente, apenas se a atividade da agência for "adjucatory" e os procedimentos de instrução e valoração da agência forem inadequados, ou se num processo judicial que trate da execução (*enforcement*) de uma atividade "non-adjucatory" surgirem questões de fato *novas*, que não haviam sido antes consideradas pela agência [Citizens to Preserve Overton Park, Inc. *v.* Volpe. 401 U.S. 402 (1971)]. Esse "de novo review", na prática, é quase inexistente. No plano das questões de direito, o teste mais conhecido é o definido na polêmica e importantíssima decisão *Chevron* [Chevron, Inc. *v.* Natural Resources Defense Council. 467 U.S. 837 (1984)], o precedente mais freqüentemente citado hoje nos tribunais federais (mais que Madison *v.* Marbury, sobre o controle de constitucionalidade, ou Roe *v.* Wade, que proibiu os Estados de criminalizarem o aborto nos três primeiros meses de gestação). De acordo com *Chevron*, se o Congresso referir-se especificamente à questão no texto da lei, o tribunal pode rever amplamente a interpretação realizada pela agência; agora, se a lei for silente ou ambígua em relação à questão específica, o Poder Judiciário poderia indagar apenas se a interpretação da agência era "permissível" ou, como também disse a corte, "razoável". Já o controle da *discretion* submete-se, de modo geral, ao teste conhecido como "hard look", ou "adequate consideration", pelo qual a Suprema Corte exige que a agência considere os fatores relevantes, e se limita a avaliar, desse modo, a qualidade do processo de tomada de decisões – mas não, necessariamente, a decisão em si (por isso, o remédio mais comum nesses casos é o "remand", ou seja, o retorno da questão para que a agência delibere e o tribunal inferior reaprecie, então, a questão à luz dos parâmetros fixados pela Suprema Corte). Esse teste de "hard look" veio definido em SEC *v.* Chenery Corp. 318 U.S. 80 (1943) e SEC *v.* Chenery Corp. 332 U.S. 194 (1947) e foi desenvolvido também em Citizens to Preserve Overton Park Inc. *v.* Volpe. 401 U.S. 402 (1971). Para essas questões e transcrições das decisões, ver Stephen G. BREYER, Richard B. STEWART, Cass R. SUNSTEIN e Adrian VERMEULE. **Administrative law and regulatory policy. Problems, text and cases**, pp. 191-447.

do poder discricionário" (*Ermessensfehler*), cuja riqueza conceitual servirá, mais adiante, para fundamentar a proposição de que *toda violação dos limites jurídicos da discricionariedade administrativa configura, no direito brasileiro, uma infração ao devido processo legal em sentido substantivo (ou amplo)*. Em outras palavras: o devido processo legal é que circunscreve, envolve, a discricionariedade legítima e a extrema do arbítrio ilegítimo. A chave dogmática para abrir (e justificar) a extensão que deve ter o controle jurisdicional do exercício da discricionariedade está – como veremos – na cláusula do devido processo legal.

Assim, na medida em que a redução da discricionariedade, segundo entendemos, nada mais é do que um resultado possível do processo de identificação dos limites da competência discricionária, pode-se dizer que a redução da discricionariedade, quando ocorre, sempre decorre do devido processo legal em sentido substantivo. Antecipando outra conclusão, pode-se dizer também que o devido processo legal em sentido processual ou procedimental (ou estrito) é condição necessária, mas não suficiente, para que se cumpra o devido processo legal em sentido substantivo ou material (ou amplo) e, portanto, para que a discrição se contenha nos limites juridicamente assinalados.

3. Os elementos vinculados da competência administrativa e o desvio de finalidade

As competências discricionárias da Administração Pública são limitadas por elementos regrados que constituem o mínimo de regulação jurídica necessária para que a lei vincule, de modo positivo, a função administrativa. Se não houvesse

nenhum elemento vinculado, a discricionariedade se estenderia por todo o ordenamento jurídico, avançaria inclusive sobre os direitos fundamentais, e converteria o administrador numa espécie de legislador *ad hoc*, que aplicaria retroativamente o direito por ele criado, com a circunstância agravante de que suas decisões não valeriam necessariamente para todos os casos futuros semelhantes. Desse modo, o ordenamento jurídico como um todo, ao ser a única fonte da discricionariedade, constitui também seu limite.

Em toda norma habilitante encontraremos pelo menos dois elementos regrados: o sujeito e a finalidade. Esses são os dados mais elementares, sem os quais não se pode falar em outorga de competência. Atribui-se uma posição jurídica a alguém – mesmo que o sujeito seja relativamente indeterminado, deve ser passível de determinação – e para que atenda a uma finalidade específica – mesmo que seja a de satisfazer os interesses, desejos, necessidades do próprio titular, como ocorre, em geral, no direito privado[19].

Pode-se mencionar igualmente a forma, que normalmente está regulada, o procedimento, cuja densidade de regulação varia conforme o tipo de ato, e mesmo a introdução na lei de critérios para a decisão administrativa que condicionam o exercício da discricionariedade[20]. A técnica mais importante de limitação da

19 Há uma crescente funcionalização no direito privado, sem dúvida, mas ainda estamos longe da aceitação tranqüila do conceito de León Duguit de que (1) não existem direitos subjetivos; e (2) todas as posições jurídicas – públicas e privadas – são funções. Por isso, a caracterização da finalidade do direito subjetivo como a satisfação do interesse, da vontade, do desejo ou da necessidade de seu titular ainda permanece no essencial válida. A vastíssima produção doutrinária sobre o tema não precisa ser citada aqui. Veja-se Léon DUGUIT. **Las transformaciones del derecho.** Karl RENNER. **Gli instituti**.

20 García de Enterría chama a esses critérios de “fondo parcialmente reglado” e dá como exemplo a exigência de antigüidade para a promoção (“ascensión funcional”) de servidores públicos. Ver Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. **La lucha contra las inmunidades del poder**, pp. 31-2. No direito brasileiro há vários exemplos de regulação parcial da discricionariedade mediante o

discricionariedade por elementos regrados, contudo, é a do desvio de finalidade (ou desvio de poder), que tem a ver com o controle dos fins da atividade administrativa e foi durante muito tempo a mais importante via de acesso ao conteúdo dos atos praticados no exercício de competência discricionária.

Temos uma definição legal de desvio de finalidade no art. 2º, parágrafo único, letra *e*, da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular): "o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previso, explícita ou implicitamente, na regra de competência". Esses termos se repetem, com um adendo, no art. 11, I, da Lei 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa): "praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência".

A idéia-força que anima esses dispositivos legais é a de que a finalidade sempre será vinculada. Em outras palavras, a "competência não é um cheque em

---

fornecimento de parâmetros mínimos obrigatórios para a decisão (que, no entanto, permanece discricionária). A promoção de magistrados e membros do Ministério Público por merecimento, que pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e uma certa antigüidade (primeira quinta parte da lista), talvez seja um dos mais evidentes (CF 93, III, *b*; CF 129, § 4º). Mas há outros muito mais interessantes. Em acórdão paradigmático, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região entendeu que a competência do Presidente da República para "escolher livremente" membros do Conselho Consultivo da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) na ausência de indicações externas de entidades representativas de usuários e da sociedade civil, previstas no art. 37, § 4º, do Decreto 2.338/97, deveria obedecer à proporcionalidade prescrita no art. 34, *caput*, da Lei 9.472/97, entre prestadores de serviços de telecomunicações, usuários e representantes da sociedade. No caso concreto ocorreu que, para as vagas de representantes da sociedade civil e dos usuários, não havendo indicações das respectivas entidades, o chefe do Poder Executivo, com base no art. 37, § 4º, do regulamento, nomeou três presidentes de empresas concessionárias de serviços de telecomunicações, ocasionando, assim, uma superfetação da representação de uma categoria (os prestadores), em detrimento das demais. Ao anular o ato administrativo, o tribunal reconheceu a existência de uma regulação parcial da liberdade de escolha do Presidente da República: a expressão "livremente", em que foi vazado o regulamento, não dispensava o Chefe do Poder Executivo de obedecer a regra de proporcionalidade da representação imposta pela lei (art. 34, *caput*, da Lei 9.472/97). Disse o relator: "*a escolha do Presidente será livre, desde que em obediência à lei*". E também: "*não se objetiva, destarte, que o Poder Judiciário se imiscua na competência discricionária do Poder Executivo,* ***tanto que a escolha, e isso não se discute, é do Poder Executivo***." (sem grifos no original). Ver: TRF-5, AC 342739, 2ª Turma, rel. Juiz Francisco Cavalcanti, DJU 07/12/2004.

branco", como afirmava Caio Tácito, pois a relação de administração, onde predomina a função, "estrutura-se ao influxo de uma finalidade cogente", nas palavras de Ruy Cirne Lima, de modo que "os poderes administrativos não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade", como disse García de Enterría[21]. O ordenamento jurídico tem em vista um determinado fim – estado de coisas ideal –, ou um conjunto de fins, que pretende seja promovido mediante o exercício dos poderes funcionais por ela atribuídos à Administração Pública[22]. Nenhum outro fim ou conjunto de fins, ainda que público e estimável, será admitido.

Há dois tipos de desvio de finalidade: (a) a busca de um fim alheio ao interesse público e, por isso, ilícito; (b) a realização de um fim que, não obstante seja de interesse público, mostra-se estranho à tipologia do ato administrativo. Exemplo do primeiro tipo é a desapropriação de um imóvel para perseguir um inimigo; do segundo, a remoção de servidor público como sanção disciplinar. Em ambos os casos se trata de um vício *objetivo* que resulta de uma a violação do ordenamento – não apenas infração à moralidade administrativa, como se entendia até o começo do século XX – e que não depende, para configurar-se, da intenção (móvel) do agente público.

Verifica-se o desvio de finalidade com a simples divergência entre a finalidade do ato e a assinalada pela regra de competência para aquela categoria de atos.

21 Fazer a citação devida

22 Deve-se observar que usamos a palavra "promovido" e não "alcançado" por uma razão. Alcançar ou realizar o fim pressuopõe, ou dá a entender, que se pode exaurir a finalidade prescrita na regra de competência, o que não se mostra verdadeiro. Na maioria das vezes, o fim – que incorpora, necessariamente, uma dimensão *empírica* e outra *valorativa* – será inexaurível em seu conteúdo valorativo, ainda que não se tenha mais como realizá-lo no plano empírico, dadas as circunstâncias fáticas e jurídicas. Por isso, se a medida for idônea a *promover* o fim, mesmo que não o realize completamente, então deve-se buscar em outro lugar o vício de desvio de finalidade.

Nem mesmo a *ilicitude* do fim é pressuposto do desvio de finalidade. Apesar disso, se o agente persegue fins ilícitos, também – e por maioria de razão – restará maculada a atividade administrativa. Nesse último caso, porém, o vício ainda será objetivo. Pode-se dizer – como veremos – que o desvio de finalidade, nesse caso, resulta de uma violação do devido processo legal consistente na divergência entre os processos psíquicos de decisão, interiores ao agente, e o processo argumentativo, exposto na motivação.

Essa divergência vicia o ato inteiro – e impede a repetição de seu conteúdo – porque resultado (conteúdo) e processo (operações mentais e argumentativas necessárias que antecedem e acompanham a decisão), no exercício da discricionariedade administrativa, "formam uma unidade sob o ponto de vista da conformidade a direito"[23]. Reconhece-se, em conseqüência, uma presunção *forte* de que o ato não serve à finalidade legal[24].

23 Robert ALEXY. "Vícios no exercício do poder discricionário". in*:* RT 779/ 42.

24 A explicação para que o desvio de poder seja sempre um vício objetivo está muito bem dada por Celso Antônio Bandeira de Mello no estudo que dedicou ao tema. Segundo ele, o vício subjetivo (o móvel do agente incompatível com a ordem jurídica) não é a razão pela qual se anula o ato, mas "*é a razão bastante para depreender-se que, por força dele, **se desencontrou com a finalidade a que teria de aceder**. Com efeito, se a lei pretendia que o agente mirasse certo alvo e ele não o fez, pois apontou para meta distinta, não é de crer que haja casualmente acertado, sobreposse quando agiu de má fé*". Logo depois, no mesmo artigo, Celso Antônio antecipa – de modo particularmente feliz, mas sem designar sua criação – o significado que adiante será proposto, neste trabalho, para "devido processo legal" em sentido substantivo, ou material, que é a exigência de que o processo de tomada de decisão, tanto em seu aspecto externo (argumentação ou justificação, expostas na motivação do ato administrativo), quanto em seu aspecto interno (os processos cognitivos e volitivos correspondentes), seja aquele previsto pela ordem jurídica. Celso Antônio nos diz que, nos casos em que o agente dispunha de discrição, a lei exigia que ele "avaliasse *in concreto* a situação com o fim específico de bem atender escopo legal". Se não o faz, então se pode afirmar que ele não seguiu o "procedimento" (diríamos "processo") estabelecido em lei para decidir-se por uma das alternativas de comportamento possíveis de acordo com a norma atributiva de discricionariedade. Por isso é que Celso Antônio afirma: "*uma vez que a lei lhe impunha um dado **procedimento**, por considerar ser através dele que se conseguiria localizar, no caso concreto, a providência capaz de atender a finalidade legal, não há como considerá-la atendida se o autor do fato não seguiu o **iter subjetivo suposto pela lei** como imprescindível para o reconhecimento da medida identificada com o fim legal."* [grifos nossos]. Ver Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, pp. 74-5.

A estrutura da técnica foi desenvolvida pelo Conselho de Estado francês, no *arrêt Lesbats*, de 1864, confirmado em decisão de 1865. Nessa ocasião, o Conselho de Estado anulou ato do prefeito de Fontainebleau que negara ao recorrente o ingresso de seus carros no pátio da estação ferroviária da cidade para recolher passageiros. Para o tribunal administrativo, embora se inserisse nas competências do prefeito a disciplina do trânsito de automóveis nos pátios e imediações das instalações das estradas de ferro, a finalidade do ato sob exame era apenas a de assegurar a outro transportador, já autorizado, o monopólio do serviço – um *fim* não autorizado pela regra de competência –, de maneira que o ato se desviou do interesse público em vista do qual foi conferido o poder discricionário.

No Brasil aponta-se como um dos casos pioneiros na matéria, que influenciou decisivamente a doutrina e a legislação posterior, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, relatado pelo então desembargador – e fino administrativista – Seabra Fagundes em 1948[25]. A semelhança com o caso francês não poderia ser maior. A Inspetoria Estadual de Trânsito negara uma empresa de ônibus autorização para um explorar horário adicional na linha que ligava a capital do Estado e uma cidade próxima e, desse modo, beneficiou a outra concessionária do serviço de transporte de passageiros. Entendeu o tribunal que a autoridade administrativa incorreu em desvio de finalidade – em conseqüência, anulou o ato administrativo e concedeu a autorização pretendida[26].

25 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN). Apelação Cível 1.422, Tribunal Pleno, relator: Des. Seabra Fagundes, RDA 14/52-82.

26 Os fatos do processo em que o acórdão foi proferido são muito interessantes e forneceriam vasto material para um tratado sobre o controle jurisdicional do exercício da discricionariedade administrativa: tratava-se da única linha de ônibus em todo o Estado com horários fixados pela Administração (nas demais, as prestadoras do serviço tinham liberdade de estabelecer a tábua de horários); a passagem da empresa rival da requerente era mais cara; a autoridade administrativa havia atribuído à requerente os horários de menor movimento de passageiros (e, por conseguinte, autorizou os melhores horários para a rival); a negativa de autorização de mais um horário para a requerente, pela Inspetoria de Trânsito, foi imotivada; a inclusão do horário requerido respeitaria o

Temos no Brasil uma grande e valiosa produção doutrinária sobre o desvio de finalidade e uma tendência discreta e evanescente de subsumir a maioria dos vícios no exercício da discricionariedade administrativa a essa categoria jurídica[27]. Apesar de a atenção da dogmática ter-se voltado na última década para outras técnicas de controle dos atos administrativos, em especial para a aplicação dos princípios constitucionais, o desvio de finalidade conta ainda com muito prestígio entre nós, o que pode ser explicado, em parte, pela persistente confusão entre público e privado na gestão dos negócios públicos no Brasil[28]. Por ser um instituto jurídico bem consolidado e conhecido dos juízes, pode servir com perfeição ao propósito de coibir os gritantes abusos de uma Administração Pública ainda com bastiões patrimonialistas – apenas parcialmente "burocratizada", no sentido weberiano do

intervalo de meia hora entre dois ônibus, fixado pela Administração supostamente por razões de segurança; havia nos autos elementos suficientes no sentido de que era necessário um horário adicional para atender à demanda de passageiros. Esse conjunto de singularidades torna o acórdão, para além de seu monumental conteúdo jurídico, um paradigma. Tanto é assim que, por vezes, se vê citado por tribunais hoje, sessenta anos depois, como *leading case*. Pudera: estavam presentes quase todos os indícios possíveis de favorecimento à concorrente (fim vedado, por não ser de interesse público); o ato administrativo era arbitrário pelo só fato de não estar motivado (violação, a nosso ver, clara do *due process of law* em sentido material); e, no final, o tribunal entendeu (sem usar a expressão, desconhecida à época no Brasil) que se operara uma redução da discricionariedade a zero, por força do princípio da *igualdade* (art. 141, § 1º, da Constituição de 1946), na medida em que, diante do caso concreto, não havia *nenhuma razão juridicamente capaz de justificar a recusa da Administração*, restando apenas uma única solução possível, que era a de conceder a autorização de um novo horário. Trata-se de um exemplo mais que perfeito de como grandes juristas (e grandes homens, antes de tudo), quando sentados nos bancos dos tribunais, podem impulsionar o direito na direção correta.

27 A maior contribuição individual ao tema foi sem dúvida a do professor Caio Tácito. Primeiro, na tese de cátedra de 1951 (**Desvio de poder em matéria administrativa**), que analisou a questão do desvio de poder sob uma perspectiva comparativa. Depois, em outra monografia dedicada ao direito brasileiro, publicada em 1959 (**O abuso de poder administrativo no Brasil**. RDA 56), que contém uma das mais completas descrições dos limites da discricionariedade administrativa entre nós. A influência que exerceu Caio Tácito na matéria é enorme – e merecida –, estendendo-se também à aplicação da teoria do desvio de poder aos atos legislativos e jurisdicionais ("O Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais", in: RDA 242). Deve-se registrar a contribuição trazida pela monografia de José Cretella Júnior (**Do desvio de poder**).

28 Ela não tem sido mais eficaz no controle jurisdicional por causa de uma certa "timidez" dos juízes e tribunais, que exigem um módulo de prova muito rigoroso para anular atos administrativos por desvio de poder ou de finalidade. Ver a respeito da dificuldade de os juízes anularem atos administrativos, praticados em desvio de finalidade, pela via do mandado de segurança: Adilson Abreu DALLARI. "Desvio de Poder na Anulação de Atos Administrativos", *in*: Celso Scarpinella BUENO, Eduardo Arruda ALVIM e Thereza Arruda Alvim WAMBIER (org.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**.

termo – que encontramos no Brasil[29].

De outro lado, o desvio de finalidade, por mais que represente uma importante abertura ao controle jurisdicional do exercício de competências discricionárias, não esgota o universo de técnicas de penetração no que era antigamente considerada uma parte do "merecimento" ou "mérito" insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário. Não se deve desprestigiar a teoria do desvio de finalidade, sobretudo por ser tradicional em nosso direito (ainda que tardiamente reconhecida) e contar com ampla adesão dos tribunais[30], mas *ir além dela*, na medida em que for possível extrair conseqüências práticas e/ou sistemáticas mais interessantes de outras formulações teóricas.

4. O controle dos motivos determinantes: a prova do suporte fático

29 Para a distinção entre administração de tipo "patrimonialista" e de tipo "burocrática", ver Max WEBER. **Economia e sociedade**. Em especial, a parte III, Capíulo 6, que se acha sob o título "burocracia". Veja-se também Raymundo FAORO, **Os donos do poder**.

30 A técnica do desvio de poder/ finalidade tem sido usada pelos tribunais superiores para anular diversos tipos de atos administrativos – o que sugere, em análise preliminar, a tendência discreta, a que nos referimos anteriormente, de concentrar sob essa denominação a maioria dos vícios do exercício da competência discricionária. Em acórdão importantíssimo – que será adiante examinado com mais detença – o Supremo Tribunal Federal considerou haver "desvio de poder" na situação em que a Administração Pública não prorroga o prazo de validade de um concurso público, havendo candidatos aprovados, e publica edital para um novo certame (RE 192.568, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 13/09/1996). No Superior Tribunal de Justiça podemos encontrar uma grande variedade de arestos. A negativa de emissão de documentos fiscais, necessários ao exercício de atividade econômica, para empresa inadimplente tem sido qualificado como "desvio de poder" (REsp 783.766, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJU de 31/05/2007). Em outra ocasião, o STJ invalidou portaria do Secretário de Administração e Reforma do Estado de Pernambuco que determinara a suspensão imotivada dos descontos em folha da contribuição voluntária para um sindicato de servidores públicos estaduais. Na opinião do tribunal, ocorreu desvio de finalidade, assim como violação dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da liberdade sindical, pois o móvel do agente era o de promover "revidação estritamente política" contra a entidade sindical (ROMS 17.081, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJU de 09/03/2006). Anulou-se também, em razão de "desvio de poder", decreto expropriatório do governador do Estado da Bahia para a construção de um "distrito industrial" porque beneficiava apenas uma empresa (ROMS 18.703, 1ª Turma, rel. Min. Denise Arruda, DJU de 29/03/2007). Aliás, em matéria de desapropriação há inúmeros precedentes, podendo-se afirmar mesmo que se trata de um campo de preferência – e já muito tradicional – de aplicação judicial da teoria do desvio de finalidade, mediante o instituto da retrocessão.

Assim como ocorre em qualquer fenômeno de incidência de normas jurídicas, a habilitação para o exercício de competências discricionárias deve apoiar-se num suporte fático suficiente. Esse dado, recolhido pelo direito, pode ser das mais variadas espécies. É possível encontrar desde um evento causal da natureza até uma relação jurídica, resultado da incidência de uma norma (= efeito de um fato jurídico), que se converte em pressuposto de fato de outra norma[31]. De qualquer modo, a norma jurídica que atribui competências administrativas, discricionárias ou não, refere-se a um estado de coisas empiricamente verificável ou no mínimo a uma realidade suscetível de comprovação por algum modo prescrito no ordenamento jurídico[32]. Trata-se do motivo legal, o pressuposto de fato que, verificado no mundo

31 Ver Lourival VILANOVA. **Causalidade e relação no direito**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000, pp. 218 e 244. De acordo com Vilanova, valeria nos sistemas jurídicos um "princípio da relatividade tópica de fatos jurídicos (causa) e efeitos jurídicos" (p. 244). Para Vilanova, o conceito de fato jurídico é conceito-limite porque demarca o campo do juridicamente relevante e exclui do mundo do direito os fatos juridicamente irrelevantes. Mas, dentro do sistema normativo, o conceito de fato é relativo. Em relação à sentença judicial, afirma que "ser causa ou efeito na série pontuada – os segmentos do curso ou percurso processual das relações processuais – é uma questão tópica, ou um problema, diremos, tópico-funcional" (p. 218). Depois, em referência às relações jurídicas em sentido amplo e estrito, esclarece: "A relação que, num ponto da série, é efeito de um fato jurídico passa ao tópico funcional de fato jurídico em face de novas relações eficaciais. O suporte fático pode ingressar na hipótese fática contendo, em sua composição interna, **fatos naturais e fatos já juridicizados, meros fatos e relações jurídicas: no seu todo funciona como fato jurídico produtor de efeitos**". (p. 244, sem grifos no original).

32 Há conceitos de valor, de risco e de prognose, dentre outros, cuja realidade não se deixa "provar" à maneira dos conceitos empíricos. Além disso, muitos "fatos" pertencentes ao domínio social e psíquico, de grande importância para o direito, tampouco são passíveis de um teste empírico rigoroso. Pense-se na "doença mental" ou no "desenvolvimento mental incompleto ou retardado", pressupostos da capacidade civil e penal (e também, para a maioria dos atos, administrativa). Nem mesmo os conceitos técnico-científicos ostentam sempre a qualidade da certeza absoluta (em razão do problema da indução, central à filosofia da ciência, proposto por David Hume) e, por isso, não podem ser objeto de "prova" no sentido estrito do termo. A proposição "a Terra gira em torno do Sol", atribuída a Copérnico, pode (ao menos em tese) ser desmentida amanhã, pois ela descreve uma regularidade do passado e se torna hipótese explicativa com *status* de lei natural mediante um processo indutivo, que não tem caráter lógico e, por isso, não garante conclusões necessárias. Além disso, em muitas áreas do saber rigorosas como a física ou a biologia modernas, a certeza científica – feitas as ressalvas todas quanto ao que podemos entender como "certezas" – recobre um campo relativamente pequeno de questões na medida em que as teorias atuais *sempre* estão sob constante pressão de outras teorias. O conhecido filósofo da ciência Karl Popper afirmava toda proposição científica, na verdade, não passa de uma hipótese; de outro lado, ele dizia que uma proposição somente poderia ser qualificada como científica se fosse refutável, de modo que o "conhecimento absoluto" estaria fora do âmbito da ciência. Ver Karl POPPER. **Conhecimento objetivo**, pp. 13-40. Agora, toda a incerteza (relativa) da cognição humana não dispensa, por óbvio, um mínimo de racionalidade. Por exemplo: um prognóstico sobre os efeitos de um comportamento humano, por mais incerto que seja, tem de estar fundamentado em algum dado objetivo, de acordo com alguma metodologia que possa ser levada a sério; o conceito normativo deve estar referido aos valores prevalecentes na comunidade, que deve ser ouvida a respeito e cuja opinião há de ser tomada em consideração; a avaliação de

fenomênico, desencadeia a incidência da norma habilitante e, portanto, obriga a Administração a agir (ou a não agir).

A realidade do suporte fático se torna conhecida da Administração por meio de provas. É o próprio direito que disciplina os meios de articular o mundo real nos contextos existenciais das relações jurídicas entre particulares e do exercício das funções do Estado. A prova constitui o meio necessário (= obrigatório) de constituição dos fatos relevantes para a decisão jurídica. Não se dá o caso em que um fato esteja constituído e não esteja constituído ao mesmo tempo. Por isso, ou o suporte fático suficiente da atividade administrativa está "provado", ou não está. *Tertium non datur*.

Assim, a Administração tem uma liberdade bastante estreita de decisão sobre se o fato se acha provado ou não. Ela terá de produzir a prova – o que implica decidir *que* provas produzir – e tem o dever de valorá-las depois de produzi-las. Se a decisão de quais provas serão admitidas está ao menos em parte juridicamente regulada, a valoração das provas, embora não disciplinada de maneira objetiva, tampouco será entregue à discrição do administrador. Ele tem de justificar concretamente por que cada uma das provas aponta na direção dos fatos que se pretende fixar. Isso se faz mediante uma argumentação desenvolvida em capítulo próprio da motivação. Essas matérias, convém reiterar, são de estrita legalidade e o âmbito de liberdade de que a Administração dispõe não a torna imune ao controle

---

riscos deve seguir métodos mais ou menos aceitos no campo de que se trata (riscos nucleares devem ser avaliados de acordo com o "estado da arte" na questão, segundo a experiência dos operadores nucleares). Ou seja, os "fatos" a que se referem os conceitos podem ser "comprovados" de algum modo, e essa comprovação será imprescindível para o exercício dos poderes instrumentais da Administração. Sem ela, a atividade administrativa incorrerá em arbitrariedade vedada – será, pois, ilegítima.

jurisdicional.

Nesse sentido, exige-se da Administração, em primeiro lugar, uma atividade probatória idônea. As autoridades administrativas têm o dever geral de promover, por todos os meios disponíveis, a produção dos elementos de convicção necessários à justificação de sua atividade jurídica ou material (art. 29, § 2º, da Lei Federal do Processo Administrativo; art. 9º, *caput*, do Decreto 70.235/72, para o processo administrativo fiscal; art. 155 da Lei 8.112/90, para o processo disciplnar federal; art. 25 da Lei do Processo Administrativo do Estado de São Paulo).

A instrução pode ser formal ou informal – conforme o tipo de procedimento administrativo de que se trate –, mas não pode ser dispensada, nem mesmo nos casos de "verdade sabida", ou seja, conhecimento pessoal e direto, pela autoridade competente, dos fatos relevantes. Além disso, as provas têm de ser *lícitas* (art. 30 da Lei do Processo Administrativo Federal), quanto à compatibilidade com o ordenamento jurídico, e *bastantes*, quanto à relação com os fatos que se pretende estabelecer no processo. A insuficiência de provas de um fato juridicamente relevante para a decisão administrativa tem de ser justificada: não pode decorrer de mera desídia das autoridades.

A segunda etapa concerne à valoração das provas. Embora as leis de processo administrativo não prevejam critérios normativos de valoração, ao contrário do que ocorre no direito privado e processual civil, a liberdade administrativa não chega ao ponto de emprestar força probante a qualquer meio que se tenha

produzido. Concluída a instrução, portanto, a Administração terá de atribuir importância relativa a cada uma das provas, segundo parâmetros que, se não se podem reputar inteiramente objetivos, seguramente o são em parte, na medida em que devem revelar alguma racionalidade. Nesse processo de valoração, ademais, deve-se considerar toda a prova dos autos, não apenas a que se presta a sustentar a decisão tomada, de modo que a prova que apontar razões contrárias à decisão deve ser valorada e, com base nesse juízo, se for o caso, descartada.

No que concerne ao controle jurisdicional, a revisão pode ser mais ou menos ampla. É certo que não prevalece no direito brasileiro mais a distinção – de resto artificial – entre questões de fato e questões de direito, para fins de excluir as primeiras do âmbito do controle de legalidade. No direito administrativo francês, o Conselho de Estado, no *arrêt Camino*, de 1916, aboliu, na prática, essa diferenciação e liberou o juiz administrativo para realizar uma pesquisa independente dos fatos, ou seja, refazer a prova e valorar, ele mesmo, o material resultante.

No Brasil a distinção entre questões de fato e de direito, hoje, tem relevância processual apenas. Entretanto, já se defendeu entre nós que o *motivo* dos atos praticados no exercício de competências discricionárias seria insuscetível de controle jurisdicional[33]. Trata-se de um engano. Mesmo nos atos que não têm motivo

33 Veja-se o acórdão do então Tribunal de Apelação de São Paulo, publicado na *Revista de Direito*, volume 131, pp. 220 e 221, e citado por Miguel Seabra FAGUNDES. **O Controle jurisdicional dos atos administrativos**, p. 95, nota (6). Ali o tribunal – em conformidade com a visão predominante na época – se recusou a apreciar a veracidade dos motivos do ato, bem como entendeu que não lhe era lícito discutir "se outros meios podia ou devia a autoridade ter empregado" para atingir o fim – negando-se, portanto, completamente, a controlar o que hoje seria um aspecto plenamente sindicável, a saber, a razoabilidade ou proporcionalidade do ato (conforme a denominação que se adote).

legal nem dever de motivação quanto aos fatos – como a nomeação e a exoneração para cargos de provimento em comissão – a autoridade administrativa vincula-se à real existência dos motivos porventura invocados. Em outras palavras, o interessado pode provar que os motivos enunciados pela Administração não existem e, assim, pretender a anulação do ato administrativo ou a responsabilização do Estado pelo ato ilícito. Isso vale também, por óbvio, para as hipóteses em que não há motivo legal, mas a Administração está obrigada a enunciar os motivos escolhidos.

É a teoria dos motivos determinantes, haurida da experiência francesa, que sempre teve acolhida na doutrina brasileira[34]. Ora, se assim ocorre nos atos que permitem à Administração eleger os motivos e demitir-se de sua enunciação, e naqueles em que, apesar de também livre na escolha dos motivos, a Administração deve motivar, não poderia ser diferente nos atos que, além de exigirem concreta motivação, somente podem ser praticados na presença de motivo adequado ao pressuposto de fato definido na regra de competência (motivo legal).

À Administração não é dado "inventar" nem desfigurar fatos a partir de provas que não levam à conclusão afirmada; ela não pode servir-se de material sem força probante suficiente, de acordo com o ordenamento jurídico, para demonstrar fatos, situações e circunstâncias; não pode afastar-se dos fatos legitimamente estabelecidos no processo, *secundum eventum probationis*, para fixar caprichosamente "sua" realidade dos fatos. Em todo o momento da atividade instrutória, para além disso, a Administração deve fornecer de modo adequado suas

34 Veja-se, por todos, no Brasil, Hely Lopes Meirelles, **Direito administrativo brasileiro**, p. 175. A matriz francesa da teoria dos motivos determinantes se acha bem exposta em Gaston JÈZE. "Théorie générale sur les motifs déterminants des actes juridiques em Droit Public". in: *Revue du Droit Public*, (1924)

razões – e estas podem ser objeto de fiscalização pelo controlador da legalidade. Nas palavras de Tomás-Ramón Fernández: o administrador deve "respeitar a realidade dos fatos" e os fatos são "como a prova, produzida no processo, os mostra"[35].

Além da atividade probatória e da subseqüente valoração da prova, a autoridade administrativa terá de proceder à qualificação jurídica dos fatos, ou seja, realizar a aplicação dos conceitos normativos à realidade provada. Entendemos que se trata de um problema de legalidade, tanto quanto a valoração da prova, mas sujeito, neste ponto, à presunção de legitimidade, que pode ser *fraca*, nas zonas de certeza positiva e negativa, ou *forte*, na zona de penumbra. Já tivemos oportunidade de falar sobre isso anteriormente quando tratamos dos conceitos jurídicos indeterminados.

Apenas um ponto importante: a chamada presunção de "veracidade" dos atos administrativos tem de ser igualmente repensada. A construção mais moderna da presunção, no Brasil, considera que, salvo expressa previsão legal, ela cessa de operar seus efeitos no momento da impugnação do ato administrativo[36]. Em outras palavras, se o administrado contestar a validade do ato, a presunção cai, regulando-se o ônus da prova de acordo com as regras específicas do processo civil ou administrativo. Ora, se a presunção não tem força normativa suficiente para alterar a distribuição da carga de prova no processo, sua função resta esvaziada e não há razão alguma para que subsista no sistema jurídico. Ao contrário da presunção de

35 Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. **De la arbitrariedad de la Administración**, p. 184.
36 Nesse sentido, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Curso de direito administrativo**, p. 382, e Lúcia Valle FIGUEIREDO. **Curso de direito administrativo**, p. 174-175.

legalidade (ou de conformidade ao direito), que em nossa opinião pode determinar o efeito de limitar, em determinados casos (nos que se situem na zona de penumbra), a revisão judicial da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

Não se mostra necessária a manutenção de um privilégio para a Administração no que concerne à determinação dos fatos relevantes para a decisão mediante a atividade probatória. Para a finalidade de emprestar maiores certeza e segurança aos atos administrativos (único fim a que serviria, legitimamente, a presunção), bastaria a regra que atribui força probante não apenas da declaração, mas também dos fatos declarados, aos documentos públicos – tradução, em linguagem processual, da forma normalmente escrita dos atos administrativos (e de outros atos da Administração). Ou seja, o ato administrativo, devidamente exteriorizado na forma escrita (ou por outro meio, previsto no sistema, que o fixe num suporte material), constitui uma prova como as outras.

5. A teoria alemã dos "vícios da discricionariedade"

A doutrina e a jurisprudência alemãs desenvolveram a teoria dos "vícios da discricionariedade" (*Ermessensfehler*) com a pretensão de sistematizar as vinculações jurídico-positivas da competência discricionária. Essa expressão, contudo, revela-se um tanto equívoca, pois o defeito nunca será da discricionariedade em si mesma, legítima enquanto contida nos limites opostos pela ordem jurídica, mas da circunstância de a Administração ir além da discricionariedade, invadindo o campo da juridicidade que circunscreve todos os

deveres-poderes administrativos, ou ficar aquém da expectativa do legislador no exercício da liberdade administrativa de escolha do comportamento a ser adotado no caso concreto.

De todo modo, a teoria dos "vícios da discricionariedade" cumpre, no direito alemão, a mesma função dos "limites" ao exercício de competências discricionárias no Brasil, que é a de aferir a extensão do espaço de liberdade estimativa da Administração e, por conseguinte, o âmbito em que se moverão os controladores da legalidade, especialmente o Poder Judiciário, na revisão das decisões administrativas. Explica-se: pode-se definir os vícios da discricionariedade como violação dos limites (intrínsecos e extrínsecos) da competência discricionária; e, inversamente, a violação dos limites pode ser definida como infração à ordem jurídica (ou seja, vícios no exercício da discricionariedade). Assim, a consideração dessa teoria pode também servir de ponto de apoio adicional para determinar o lugar sistemático da redução da discricionariedade no ordenamento jurídico brasileiro.

Impende deixar assentado que não há semelhanças estruturais nem funcionais entre a teoria dos vícios da discricionariedade e a antiga doutrina italiana dos "vícios de mérito", que se opunham aos "vícios de legalidade" para definir os limites da cognição deferida, por lei, ao órgão de controle da legalidade[37]. Nas

37 Nas palavras de Antonio AMORTH. **Il merito dell'atto amministrativo**, pp. 2-3. "*por vício de mérito deve-se entender aquilo que afeta uma qualidade verdadeiramente típica do ato administrativo – a qual o diferencia decisivamente dos atos jurídicos privados – que é a sua* ***conveniência, a sua utilidade, a sua adequação, em suma, à consecução daqueles fins públicos gerais e especiais que com a emanação do ato se pretende atingir****, qualidade que se costuma precisamente denominar, em linguagem técnica, com o vocábulo 'mérito'. Vício de mérito, vício de oportunidade do ato, não dos seus elementos jurídicos"* [sem grifos no original]. Essa linguagem é confusa e pertence a outra época do direito administrativo; o mérito, no conceito que Amorth desenvolve em sua conhecida monografia, na verdade quase se sobrepõe ao que se denomina hoje "razoabilidade" e "proporcionalidade". Se na Itália da primeira metade do século XX talvez fosse preciso haver norma expressa para o controle jurisdicional desse "mérito", hoje o que

palavras esclarecedoras de Hartmut Maurer:

> *"contra isso [a denominação de "vício do exercício do poder discricionário"] nada pode ser objetado, contanto que seja considerado que esse vício no exercício do poder discricionário são, na realidade, vícios de direito. Os tribunais estão obrigados a revisar a observância das vinculações do poder discricionário e a revogar (sic) uma decisão de exercício de poder discricionário vicioso por causa da antijuridicidade"*[38].

Desse modo, na Alemanha os "vícios da discricionariedade" (*Ermessensfehler*) podem ser definidos como as situações em que o desempenho de uma competência discricionária ultrapassa os limites juridicamente impostos, ou fica aquém deles, e deve, em conseqüência, ser revisto pelos tribunais administrativos. Na definição um pouco mais restrita de Robert Alexy, são "todos os vícios de direito, controláveis judicialmente, do resultado e do processo da atuação discricionária[39]". Há diversas tentativas de sistematização, pouca uniformidade terminológica e uma grande dificuldade de articulá-los sob conceitos que se estruturem numa ordem sistemática, a ponto de alguns juristas renunciarem à construção teórica e se limitarem a enunciar, em clave denotativa, uma relação de vícios da discricionariedade[40]. A doutrina mais tradicional, porém, distingue

---

Amorth define como "mérito" está inserido quase totalmente, sem necessidade de norma expressa alguma, na competência dos órgãos de controle da legalidade. No mesmo sentido, Eros Roberto GRAU. **Direito, conceitos e normas jurídicas**.

38 Hartmut MAURER. **Elementos de direito administrativo alemão**, p. 50.

39 Robert ALEXY. "Vícios no exercício do poder discricionário". in: RT 779, p. 26. Por "resultado" da atuação discricionária, Alexy entende o "dispositivo da decisão discricionária", o que seria, na linguagem do direito brasileiro, o "conteúdo" do ato administrativo. Por "processo", Alexy entende não o procedimento (*Verfahren*), tal como definido nas leis de procedimento administrativo, mas o "processo de idéias, decisão e argumentação que conduzem o resultado", ou seja, os processos cognitivos e volitivos mediante os quais a decisão administrativa é tomada. Esse "processo", por sua vez, pode ser visto em suas dimensões lingüística e exterior (a "motivação" do direito brasileiro, que na tradução de Alexy surge como "fundamentação") e psíquica e interior (o "móvel" do direito brasileiro, traduzido por "motivação). O esclarecimento é necessário para evitar confusões sobre o conceito de "vícios do poder discricionário" na peculiar construção teórica de Alexy, que se distancia, voluntariamente, da tradição do direito administrativo alemão. Voltaremos, oportunamente, à teoria de Alexy.

40 É o caso de Walter Jellinek, no início do século XX, e de Hans-Joachim Koch, na década de 1980, conforme nos dá notícia Robert ALEXY. "Vícios no exercício do poder discricionário".

normalmente algumas categorias[41].

A primeira é o *excesso ou transgressão dos limites do poder discricionário*. Consiste na escolha de uma conseqüência jurídica não situada no quadro de possibilidades do conseqüente da norma jurídica, ou que pressupõe erroneamente a existência de fatos que abririam o exercício da discrcionariedade. Neste último caso, temos não propriamente um vício da discrição, mas uma invalidade que acomete atos vinculados que a autoridade supõe erroneamente serem discricionários. Esta classe de vícios equivale à violação pura e simples da regra de competência ou à determinação equivocada do suporte fático, por deficiência de prova, de valoração da prova ou de aplicação de conceitos aos fatos provados.

A segunda é o *não-exercício do poder discricionário ou "deficiência do poder discricionário".* Consiste no fato de o órgão competente julgar-se, erroneamente, vinculado pela lei quando, na verdade, tem um espaço de liberdade decisória, o que pode igualmente resultar de uma investigação deficiente do suporte fático. Deve-se observar que a discricionariedade se atribui à Administração para ser usada, ou seja, se uma decisão administrativa foi adotada sem consideração, confronto e escolha das alternativas igualmente legítimas – procedimento inerente ao exercício da discricionariedade –, então o ato administrativo será inválido, devendo o controlador da legalidade anulá-lo e exigir da Administração se for o caso a apreciação dos demais comportamentos previstos na norma habilitante.

41 Hartmut MAURER. **Direito administrativo geral**, pp. 149-151. Andreas J, KRELL. "A recepção das teorias alemãs sobre conceitos jurídicos indeterminados e o controle da constitucionalidade no Brasil". in: *Interesse Público* 23, pp. 46/47.

É interessante observar que a decisão pode até situar-se na moldura normativa que atribuiu a competência discricionária – não se cuida, portanto, de um vício de *conteúdo* do ato administrativo – e que a Administração talvez pudesse, legitimamente, escolher aquela solução para o caso. Entretanto, a falta de escolha, o não-exercício da liberdade estimativa, vicia o ato e obriga a Administração a reproduzi-lo sem o respectivo defeito. Trata-se precisamente de um caso em que a motivação não formula escolha entre alternativas de comportamentos (fundamentação *não escolhedora*, nas palavras de Alexy), e não necessariamente que a solução alvitrada seja em si mesma contrária a direito.

A terceira é o *uso defeituoso, abuso ou desvio do poder discricionário*. Consiste no fato de a autoridade não se deixar dirigir exclusivamente pela finalidade prescrita na outorga de competência discricionária. Atuará de modo viciado o administrador que não observar as concepções de objetivos definidas na lei (e, claro, na Constituição), ou não incluir, em suas considerações, pontos de vista juridicamente relevantes. Por exemplo, a dissolução de uma passeata somente pode ter por fim a garantia da segurança pública – preservação da ordem pública, incolumidade das pessoas e do patrimônio (CF 144, *caput*) – e nunca a repressão a determinadas concepções político-ideológicas.

No direito alemão, deixar de considerar um fator juridicamente relevante para a decisão também configura esse vício. Se a autoridade ignora a gestação avançada de uma policial (e, conseqüentemente, o risco à saúde da mãe e do nascituro) na elaboração da escala de plantão numa delegacia, a decisão será inválida por esse

motivo[42]. Trata-se, pois, de uma variante do desvio de finalidade do direito francês.

Por fim, a doutrina mais tradicional faz menção à infração a direitos fundamentais e a princípios administrativos gerais como vícios da discricionariedade. Dá-se como exemplo o princípio da igualdade (cuja projeção específica no campo administrativo, de acordo com a Constituição brasileira, será a impessoalidade) e a conseqüente "autovinculação" da Administração: o "direito geral" de igualdade exige que a Administração seja consistente, vale dizer, que ela respeite as práticas administrativas reiteradas e os entendimentos já consolidados acerca da interpretação e aplicação das normas jurídicas, das quais apenas com motivação idônea se pode afastar.

Deve-se observar que a infração a direitos fundamentais ou princípios administrativos gerais não constituiria, para um setor da doutrina, propriamente um vício autônomo, mas ou bem representa uma barreira objetiva ao exercício da discricionariedade ou se cifra num ponto de vista que deve ser considerado na motivação do ato. Isso porque, além de limites objetivos à discricionariedade administrativa, os direitos fundamentais e os "princípios gerais do direito

42 A falta de consideração de fatores relevantes pode resultar em infração a direitos fundamentais e princípios administrativos gerais, como no exemplo, referido por Maurer, da expulsão de estrangeiro casado com uma alemã: "*Assim deve, por exemplo, na expulsão de um estrangeiro que está casado com uma alemã, ser observado que a expulsão provavelmente conduz à separação dos cônjuges e, por isso, infringe a proteção do casamento e da família, segundo o artigo 16, I, da Lei Fundamental. A autoridade não atua antijuridicamente se ela examina esse ponto de vista, mas, mesmo assim, na ponderação de todas as circunstâncias, declara a expulsão; porém, ela atua antijuridicamente quando, no fundo, não considera esse ponto de vista*" (Hartmut MAURER. **Elementos de direito administrativo alemão**, p. 52). Andreas J. Krell, seguindo Fritz Ossenbühl, inclui a violação de direitos fundamentais e princípios da Administração Pública no "abuso ou desvio do poder discricionário". Andreas J. KRELL, "A recepção ...", p. 47. Essa variação classificatória deixa bem claro que não há fronteiras rígidas entre os tipos de vícios da discricionariedade na doutrina alemã contemporânea e que a classificação tradicional não consegue incorporar de maneira satisfatória as dificuldades preparadas pela aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais também à atividade administrativa.

administrativo" obviamente fornecem elementos que *devem* ser considerados no processo de tomada de decisão.

Assim, essa classe de vícios resulta, no primeiro caso, em "excesso" do poder discricionário (por subtrair da liberdade administrativa determinada conseqüência incompatível com o direito fundamental ou com o princípio) ou, no segundo caso, em "uso defeituoso" do poder discricionário (por não consideração de um ponto de vista juridicamente relevante – o direito fundamental ou o princípio). É também na infração a direitos fundamentais e princípios que se incluiriam a análise da proporcionalidade e, de modo geral, as exigências de ponderação.

A existência de apenas uma decisão administrativa discricionária "livre de vício" é o que os alemães denominam redução da discricionariedade a zero (*Ermessensreduzierung auf Null*). Se das alternativas de solução previstas abstratamente restar uma só que não apresente vícios da discricionariedade, então a Administração não disporá de liberdade de eleição entre comportamentos igualmente válidos, e os tribunais, em vez de apenas anular o ato administrativo e remeter a matéria a uma nova apreciação administrativa, poderão adotar diretamente a única solução conforme ao direito, exercendo um "controle positivo" do mesmo modo que nos atos vinculados.

6. Os princípios jurídicos e a proporcionalidade: compreendendo a redução da discricionariedade como espécie de conflito normativo

A mais importante ordem de vinculações jurídicas que limitam a discricionariedade administrativa e, assim, permitem identificá-la nos casos concretos é a que se refere aos princípios jurídicos e à proporcionalidade. Poderíamos incluir nesta categoria, mas não o faremos por razões que ficarão evidentes no correr da exposição, os direitos fundamentais e o postulado da razoabilidade, apesar de dedicarmos algumas páginas a eles no final[43]. Nessa matéria há uma enorme variedade conceitual, de modo que se impõe uma clarificação detalhada. Embora não seja o tema específico desta investigação, a teoria dos princípios, que está na base do princípio da proporcionalidade, deve ser examinada com extrema atenção se quisermos entender o fenômeno da redução da discricionariedade em suas relações com a cláusula do devido processo legal.

Impende lembrar que podemos definir redução da discricionariedade como *a exclusão de pelo menos uma conseqüência jurídica abstratamente prevista numa dada norma que outorga competência administrativa a um órgão (denominada "norma habilitante", que pode ser regra ou princípio) pela co-incidência de uma segunda norma (regra ou princípio), que tem em sua hipótese de incidência uma circunstância do caso concreto não prevista na norma habilitante*. Essa definição, equivalente às outras de que nos servimos neste trabalho, nos obriga num sentido especialmente forte a realizar demorada incursão no capítulo da teoria das normas jurídicas que trata dos princípios e das regras.

43 As realidades dos princípios, dos direitos fundamentais, da "razoabilidade" e da proporcionalidade são como faces de uma só moeda. Vamos tratar por isso primeiro dos *princípios*, que a nosso ver são os elementos mais importantes, e depois faremos brevíssimas referências aos *direitos fundamentais* (que são direitos *atribuídos por regras ou princípios* de caráter jusfundamental) e ao postulado normativo da razoabilidade. A proporcionalidade, em rigor, é uma *decorrência lógica* do conceito de princípios que adotaremos; a própria estrutura formal dos princípios implica no sentido forte a proporcionalidade e vice-versa.

Por fim, como se não bastasse, a Constituição Federal de 1988 positivou, pela primeira vez na história do direito constitucional brasileiro, uma relação de princípios a serem observados pela Administração Pública em sua atividade jurídica e material: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A evidente importância desses princípios – e de outros, implícitos no texto constitucional – na identificação do âmbito legítimo de operação da discricionariedade administrativa reforça a necessidade de examinar com detalhe a questão dos princípios na teoria geral do direito e, sobretudo, no direito positivo brasileiro.

Afinal, o direito constitucional opera hoje, mais que nunca, com princípios, assim como princípios são algumas das mais importantes normas definidoras de direitos fundamentais e, para alguns, também a razoabilidade e a proporcionalidade. Se o direito constitucional, por força da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, contém necessariamente as *têtes de chapitre* do direito administrativo, a questão dos princípios não poderia ser evitada nem abreviada ainda que não tivesse relevância – e como tem! – para o tema específico da redução da discricionariedade.

6.1. As duas atitudes em relação aos princípios

Assumindo que os princípios são normas jurídico-positivas e não meras exortações morais, afirmações de valores, orientações políticas gerais, recomendações para um bom governo ou promessas sem valor jurídico algum, surge o problema de saber se eles formam ou não uma subclasse do conjunto das normas. Dito de outro modo, cumpre esclarecer se os princípios têm alguma

propriedade relevante que permite distingui-los de outras normas jurídicas.

Em geral se responde que os princípios são, de fato, uma espécie de normas distinta das classe das regras, o que leva à consideração das várias propostas de distinção entre regras e princípios, sobre as quais se tem, sobretudo nos últimos quarenta anos, uma farta produção teórica[44]. Vamos assumir primeiramente, sem tomar partido de nenhuma formulação específica, que os princípios distinguem-se das regras por alguma propriedade intrínseca, relacionada à estrutura lógica e ao conteúdo normativo, ou extrínseca, relativa a uma suposta posição especial na ordem jurídica ou a uma função específica no processo de interpretação e aplicação de outras normas.

44 A produção sobre os princípios, no Brasil e no exterior, é muito vasta – e antiga. Há dezenas de monografias e centenas de artigos que elaboraram critérios – nem sempre consistentes – para diferenciar regras e princípios. As versões mais famosas entre nós são a de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, aliás, com muitas semelhanças e importantíssimas diferenças que não podemos aprofundar aqui. Entre o final da década de 1990 e a primeira metade deste decênio, porém, era praticamente obrigatório, em trabalhos acadêmicos de direito constitucional no Brasil, fazer referência à distinção entre regras e princípios; o modelo preferencial era uma combinação acrítica de Dworkin e Alexy, quase sem ressalvas. Mas eles não são, por óbvio, os únicos modelos teóricos e há quem mesmo negue seriamente a possibilidade de distinção entre tais espécies de normas. Percebe-se uma inclinação dos autores brasileiros para incluir a teoria dos princípios numa espécie de "movimento" que se denomina "neopositivismo jurídico" ou, às vezes, "pós-positivismo", expressões que, como demonstrou Dimitri Dimoulis em alentado estudo, não são usadas no debate internacional e, quando empregadas, têm um sentido muito diferente. A teoria dos princípios de Dworkin foi exposta em 1967, num artigo publicado na *University of Chicago Law Review*, e depois aprofundada em outro artigo, de 1972, publicado na *Yale Law Review*. Ambos foram reunidos em Ronald DWORKIN. **Taking rights seriously**, pp. 14-80. A teoria de Alexy tem muitas fontes em artigos e debates com outros autores publicados em diversas revistas especializadas. A mais extensa e completa exposição de sua teoria se acha em Robert ALEXY. **Teoría de los derechos fundamentales**. Sobre a impossibilidade de elaborar um conceito de princípios, ver Aulis AARNIO. "Taking rules seriously". *in*: *Archiv Für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beheift (ARSP-B) 42 (1989), pp.180-192. No direito brasileiro, muito se escreveu a respeito dos princípios. A mais destacada contribuição é de Humberto Ávila, que, por sua abrangência e inovação, deu um grande impulso ao debate nacional. Ver Humberto ÁVILA. **Teoria dos princípios**. A professora Ana Paula de Barcellos, da UERJ, tem uma obra muito original que resultou de sua tese de doutorado na mesma instituição. Embora não ofereça uma teoria dos princípios completa, ao concentrar-se no tema da *ponderação*, técnica que se aplica sem dúvida alguma aos princípios jurídicos (mas não só a eles), foi obrigada a elaborar vários aspectos de uma teoria dos princípios. Ver Ana Paula de BARCELLOS. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Para a crítica ao "pós-positivismo", ver Dimitri DIMOULIS. **Positivismo jurídico**.

Há pelo menos dois modos de aproximar-se do problema. Pode-se, de um lado, renunciar à elaboração de uma teoria geral que pretenda identificar as propriedades comuns aos princípios jurídicos em todos os ordenamentos jurídico-positivos. Restaria apenas buscar no material normativo (ou seja, na linguagem das fontes do direito), na jurisprudência dos tribunais e na dogmática jurídica subsídios para a elaboração de um critério distintivo entre as classes de normas. Essa abordagem parte da suposição de que se depositou um conteúdo significativo no vocábulo “princípio” pela tradição jurídica e pelo direito positivo, o que permitiria, no máximo, a descrição dos critérios de uso da palavra num dado sistema jurídico. Não haveria, portanto, uma qualidade interna, ou estrutural, que fizesse de uma norma jurídica um princípio. Os critérios definitórios dependeriam da interpretação do contexto normativo e por isso seriam variáveis conforme o sistema de que se trate.

De outro lado, pode-se adotar uma orientação teórica geral com elementos básicos – um conceito de norma jurídica e critérios de classificação – e uma descrição exaustiva das relações sistemáticas entre os elementos, à luz da qual o direito positivo seria interpretado para verificar se uma norma qualquer exibe, ou não, as propriedades reconhecidas nos princípios pelo esquema teórico. Essa atitude pressupõe que se pode estabelecer uma distinção com base em critérios independentes do contexto normativo em que regras e princípios se inserem. A validade da classificação das normas não dependeria do sistema jurídico, mas de uma propriedade interna aos princípios e ausente nas regras, de modo que de uma norma jurídica qualquer – em qualquer ordenamento – seria possível afirmar se se trata de uma regra ou de um princípio.

As teorias – de grande prestígio no Brasil – segundo as quais os princípios constituem “normas fundamentais” em razão de sua posição no ordenamento, ou cumprem uma função específica de orientar a interpretação e aplicação de outras normas, são o produto, em geral, da primeira atitude. As teorias que se fixam na formulação lingüística, no conteúdo normativo ou na estrutura lógica dos princípios relacionam-se à segunda abordagem. Mas essa divisão não comporta excessiva rigidez. É possível, por exemplo, afirmar que os princípios são normas fundamentais porque seu conteúdo tem um forte caráter axiológico, mais até do que deontológico, e que isso se reflete tanto na formulação (maior vagueza, decorrente do reduzido consenso, nas sociedades contemporâneas, quanto ao significado dos valores comuns) quanto na estrutura lógica (a forma categórica do imperativo). Além disso, mesmo uma teoria geral, que ordene todo o campo das normas jurídicas, não pode abrir mão da análise do material normativo segundo o referencial de pelo menos um ordenamento concreto.

Logo, as atitudes descritas são, na verdade, disposições gerais que influenciam as teorias, mas não funcionam necessariamente como premissas incompatíveis entre si. As construções teóricas sobre os princípios jurídicos se edificam a partir de uma interação maior ou menor entre as duas abordagens básicas do problema. Isso explica a variedade quase infinita de propostas de definição dos princípios, bem como a ampla liberdade criativa dos juristas (sobretudo no direito constitucional), que pode resultar – e aí, sim, temos um problema grave – numa espécie de patologia que já se denominou entre nós “sincretismo metodológico”, com a adoção de teorias incompatíveis, como se compatíveis

fossem[45].

6.2. Os princípios na Constituição Federal: um problema dogmático e teórico

Antes de expor nossa concepção dos princípios – se são normas distintas das regras e, em caso afirmativo, em que se distinguem – devemos voltar os olhos para a linguagem das fontes do direito para situar o contexto em que os princípios aparecem nomeados com tais. Não faltam exemplos de textos normativos que se referem a determinados enunciados como "princípios". Apenas a Constituição Federal usa a palavra "princípio", no singular ou no plural, em vinte e nove ocasiões: vinte e oito no corpo da Constituição (Título I; CF 4º, *caput*; CF 5º, § 2º; CF 21, XXI; CF 21, XXIII; CF 25, *caput*; CF 29, *caput*; CF 32, *caput*; CF 34, VII; CF 35, IV; CF 37, *caput*; CF 46, *caput*; CF 93, *caput*; CF 125, *caput*; CF 127, § 1º; Título VI, Capítulo I, Seção I; Título VII, Capítulo I; CF 170, *caput*; CF 173, § 1º, III; CF 178, *caput*; CF 206, *caput*; CF 207, *caput*; CF 221, *caput*; CF 222, § 3º; CF 223, *caput*; CF 226, § 7º; CF 227, § 3º, V; CF 238; CF 242, *caput*) e uma no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT 11, *caput*).

Em geral, a Constituição se vale da expressão para qualificar um dado conjunto de disposições (e as respectivas normas) como "princípios". Por exemplo, o texto constitucional reúne sob a locução "Dos Princípios Fundamentais" (Título I) os quatro primeiros artigos, que prescrevem a estrutura federativa e os fundamentos da República Federativa do Brasil (CF 1º) – dentre os quais a soberania popular (CF 1º,

45 Para o "sincretismo metodológico" na distinção entre regras e princípios, ver Virgílio Afonso da SILVA. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção". in: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), p. 625.

I, e parágrafo único) e a dignidade da pessoa humana (CF 1º, III) –, o princípio da separação de poderes (CF 2º), os objetivos da República Federativa do Brasil (CF 3º) e os princípios que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais (CF 4º). É razoável presumir que, para a Constituição, *todas* as normas jurídicas estatuídas no Título I sejam princípios e, mais que isso, fundamentais. Do mesmo modo, a Seção I do Capítulo I do Título VI cuida dos "princípios gerais" do Sistema Tributário Nacional e o Capítulo I do Título VII trata dos "princípios gerais da atividade econômica" (não obstante, nesse mesmo Capítulo, no CF 170, reapareça a locução "princípios" para designar um conjunto mais restrito de pautas normativas).

A Constituição também se refere a "princípios" como uma classe de normas, sem proceder a uma enunciação posterior. Ela impõe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a observância de "princípios" no exercício de sua capacidade de auto-organização (CF 25; CF 29; CF 32; CF 125; ADCT 11) e esses princípios, embora sejam descritos pela doutrina e manejados pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, não foram enunciados de forma expressa pela Constituição. Além disso, a Constituição permite a ampliação do rol de direitos fundamentais – dotados de especial força normativa – mediante referência aos "princípios" por ela adotados. Parece também razoável sustentar que a Constituição tinha presente, nesses casos, um determinado conceito de "princípios".

De outro lado, a Constituição nomeia individualmente alguns "princípios" referidos a âmbitos materiais restritos: os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na Administração Pública (CF 37); o princípio da

complementariedade dos sistemas privado, público e estatal do serviço público de radiodifusão sonora e de sons e imagens (CF 223); os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável no planejamento familiar (CF 226, § 7º); princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento na aplicação de medida privativa de liberdade a crianças e adolescentes (CF 227, § 3º, V). Nesses casos – e em outros semelhantes que podem ser facilmente colhidos no texto constitucional – há uma expressa qualificação de normas jurídicas individuais (não de um um grupo de normas) como princípios jurídicos.

Numa ocasião a Constituição usou "princípio" como sinônimo de "sistema" ou "método" de atribuição de cadeiras no parlamento. Dispôs que os senadores, representantes dos Estados e do Distrito Federal, serão eleitos segundo o "princípio" majoritário (CF 46), mas, quando tratou dos deputados, disse apenas que são representantes do povo, eleitos pelo "sistema" proporcional (CF 45), de onde se pode inferir a identidade, para o texto constitucional, entre "princípio" e "sistema" no que diz respeito às normas de transformação de votos em cadeiras. Noutra passagem, o texto constitucional refere-se claramente a "princípio" como elemento central de um "sistema": o CF 21, XXI, prescreve que compete à União estabelecer "princípios" e diretrizes para o sistema nacional de viação.

A variabilidade de significados e funções da palavra "princípio" na Constituição cria um problema dogmático relevante. Para aplicar a Constituição em assuntos cruciais – direitos fundamentais, federalismo, organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, ordem econômica, ensino, planejamento familiar

etc. – é preciso saber o que significa “princípio” em cada um dos usos do texto constitucional, o que se resolve com interpretação. Mas surge ao mesmo tempo um problema teórico, na medida em que a Constituição, ao qualificar determinadas disposições (e as normas correspondentes) como princípios, adota implicitamente um conceito de princípios que pode ser derivado da análise mesma dessas disposições e normas. É possível então assumir e defender no direito brasileiro uma teoria dos princípios que ignore essa riqueza semântica – e também pragmática – do texto constitucional?

Não se quer dar uma resposta definitiva à indagação. Em nossa opinião, as teorias sobre os princípios que pretendem ter aplicação no sistema jurídico brasileiro ignoram o problema na suposição (quase nunca declarada) de que podem afastar-se do uso constitucional sem causar prejuízos à formulação e aplicação prática de seus conceitos. É possível que estejam certas, e uma boa razão para isso é a dificuldade de encontrar uma conseqüência jurídica específica, atribuída pela Constituição, para a circunstância de uma norma ser qualificada constitucionalmente como princípio.

Há, no entanto, pelo menos uma conseqüência expressamente imputada à auto-qualificação constitucional de disposições como “princípios”: o reconhecimento de um direito fundamental, não constante do “catálogo”, em decorrência do regime e dos “princípios” adotados pela Constituição (CF 5º, § 2º). Agora, mesmo nesse caso, pode-se argumentar que a menção aos “princípios” no CF 5º, § 2º, parece não excluir a possibilidade de que um direito fundamental não expresso na Constituição decorra também de uma *regra* de direito fundamental diretamente estatuída, se

aceita a distinção entre "regra" e "princípio" como uma distinção entre classes de normas jurídicas. De qualquer modo, apesar de sua provável irrelevância para uma teoria dos princípios constitucionalmente adequada, a qualificação constitucional de determinadas disposições como "princípios" precisa ser enfrentada pela doutrina brasileira – nem que seja para desconsiderá-la, por inútil, incorreta ou inoportuna.

6.3. Normas, princípios e regras: a teoria dos princípios de Alexy

Agora vamos enunciar nossa concepção sobre os princípios. Adotamos, por motivos que ficarão claros no decorrer da exposição, a teoria dos princípios de Robert Alexy[46]. Há muitas propostas de classificação das normas jurídicas e, dentre elas, várias que se fixam na distinção entre regras e princípios. Riccardo Guastini, em breve inventário, encontrou cinco modos de traçar essa distinção, com subdivisões que elevam o número de teorias a onze, para demonstrar sua tese de que "não está claro, em absoluto, que propriedades uma norma deve ter para merecer o nome de 'princípio'"[47]. Na opinião do próprio Robert Alexy,

> *"apesar de sua antigüidade e de sua freqüente utilização, impera a respeito [da distinção entre regras e princípios] confusão e polêmica. Existe uma desconcertante variedade de critérios de distinção. A delimitação com respeito a outras coisas tais como os*

46 Em rigor o procedimento mais adequado seria o de justificar a posição adotada com mais detalhes e, sobretudo, fundamentar a exclusão de teorias rivais mediante um confronto direto das proposições relativas a cada um dos temas relevantes para a teoria dos princípios. Essa tarefa, no entanto, consumiria muito espaço e tempo, quando, para os fins deste trabalho, basta-nos a referência a que teoria dos princípios se adotou e a consistência na aplicação. Ao proceder dessa maneira, todo o desenvolvimento anterior e posterior em que se tenha pressuposta uma teoria dos princípios expõe-se naturalmente: (1) a todas as objeções que se possa fazer à teoria de Alexy; (2) à crítica por representações equivocadas da teoria de Alexy; (3) à crítica pela aplicação inconsistente ou incorreta da teoria de Alexy.

47 Riccardo GUASTINI. "Los princípios em el derecho positivo". In: **Distinguiendo**. **Estudios de teoría y metateoría del derecho**, p. 144.

valores é obscura; a terminologia, vacilante."[48]

Essa variedade referida por Alexy, que resulta a nosso ver das praticamente infinitas possibilidades de combinação das duas atitudes teóricas básicas diante dos princípios, dificulta – e muito – a exposição clara e sistemática de uma teoria das normas jurídicas. Às vezes o significado de "princípio" varia num mesmo universo de discurso, o que requer adicionais clarificações, nem sempre levadas a cabo, com evidente incremento da dificuldade de compreensão e discussão racional.

Embora as classificações não sejam verdadeiras nem falsas, vale para elas o critério da *funcionalidade* ou da *utilidade* em relação com um fim, que no caso da dogmática jurídica seria o de fornecer critérios para a decidibilidade dos conflitos mediante a redução das complexidades do sistema[49]. Por conseguinte, a ciência do direito deve elaborar conceitos com aptidão para ordenar, segundo essa finalidade, o material normativo e assim explicar os fenômenos que se verificam sobretudo no plano da aplicação do direito.

Nosso modelo teórico orienta-se e precisa justificar-se pela necessidade de fornecer critérios para a decidibilidade dos conflitos; se não passar por esse teste, deve ser abandonado. Deve ficar claro, porém, que a análise comparativa das muitas teorias dos princípios não pode ser realizada aqui. A intenção é a de precisar em que sentido vamos usar – e estamos usando desde o início do trabalho – a

48 Robert ALEXY. **Teoria de los derechos fundamentales**, pp. 82-3.

49 A finalidade da dogmática jurídica (também denominada "ciência do direito", embora este conceito possa ser ampliado para incluir a teoria geral do direito e, eventualmente, a sociologia do direito) é controversa. Adotamos aqui a posição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Para isso, ver Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR. **A ciência do direito** e **Função social da dogmática jurídica**.

expressão “princípio”[50].

A nosso ver, além de mostrar-se funcional para uma dogmática dos direitos fundamentais, a teoria dos princípios de Alexy revela-se quase imprescindível para a finalidade específica de compreender como a exigência constitucional do devido processo legal nos conduz à redução da discricionariedade. Alexy define os princípios com referência à otimização de possibilidades fáticas e jurídicas, o que contempla em nossa opinião um aspecto decisivo, crucial, do fenômeno da redução da discricionariedade administrativa[51].

6.3.1. Princípios como mandamentos de otimização

A primeira diferença entre princípios e regras está em que, embora sejam

50 Às vezes usamos “princípio” no sentido tradicional da doutrina brasileira – na precisa definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” – nos casos em que esse uso já se acha tão consagrado no direito administrativo e constitucional que não adiantaria contrariá-lo. É o caso, por exemplo, do “princípio da legalidade”, “princípio da proporcionalidade”, “princípio da separação de poderes”, “princípio democrático” e “princípio do Estado de Direito”. Entretanto, sempre que isso puder causar alguma dificuldade de compreensão, faremos a devida observação de que ali não se trata propriamente de um *princípio*, na definição que adotaremos, mas de uma regra – ou alguma outra coisa – que a tradição jurídica denomina princípio, em atenção à especial posição que ocupam no ordenamento jurídico. Em todas as demais ocasiões, a palavra “princípio” tem sido usada e será no sentido da teoria de Alexy, ou seja, como mandamento de otimização.

51 Podemos acrescentar as seguintes vantagens da teoria de Alexy do ponto de vista da teoria geral do direito: (a) é axiologicamente neutra, por estar baseada em critérios estruturais, não exigindo, nem pressupondo, um determinado tipo de ordenamento jurídico, ou de idéia de direito, o que a torna aplicável ao sistema brasileiro (assim como a qualquer outro sistema jurídico); (b) é perfeitamente compatível com a teoria da norma jurídica adotada no capítulo 1; (c) estabelece uma conexão forte entre a teoria dos princípios e a teoria da argumentação jurídica como parte de uma teoria da argumentação geral; (d) põe em destaque o papel da *fundamentação* (ou, na linguagem do direito brasileiro, *motivação*) para a correção e racionalidade das decisões jurídicas; (e) alinha a teoria dos princípios à teoria dos valores e, assim, amplia o instrumental teórico à disposição do jurista para manejar os princípios; (f) dá fundamento lógico, e não apenas dogmático ou normativo, ao princípio da proporcionalidade; (g) tenta elaborar conceitos que se aproximem do uso das palavras na linguagem ordinária.

espécies de normas jurídicas e, portanto, digam o que *deve ser*, dizem-no de forma diferente. As regras ordenam que algo se cumpra ou não; os princípios, que se realize *na maior medida possível*, consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas[52]. Por isso, os princípios são mandamentos de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes *graus*. Essa medida da realização do dever ser dos princípios depende não apenas de circunstâncias fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, cujo âmbito se acha determinado pelas regras e princípios opostos.

Trata-se de uma diferença qualitativa, e não de grau, em relação às regras, apoiada num critério estrutural: o *modo* como as normas prescrevem (ordenam, proíbem ou permitem) comportamentos. Daí que não se pode caracterizar uma norma como regra ou princípio apenas com base em seu conteúdo (critério material) ou na função que elas desempenham no ordenamento jurídico (critério funcional ou teleológico). Ademais, um princípio, nessa concepção, pode ser, ou não, um "mandamento nuclear do sistema", aferível por sua importância relativa (ou mesmo absoluta) em determinado ordenamento jurídico. Mas a qualidade de princípio, por si só, não permite ao intérprete predicar "fundamentalidade" à respectiva norma, o que exclui todos os critérios dogmático-normativos referidos a um específico sistema jurídico[53].

---

52 Usamos, como Alexy, as palavras "ordenar" e "mandamento" em sentido amplo, que abrange a permissão, a proibição e, para Alexy, a outorga de um direito (ele considera que a expressão "ter direito a" tem um caráter deôntico, embora complexo, pois se pode reduzi-la a duas ou mais modalidades básicas). Aliás, convém esclarecer que a interdefinibilidade dos modais *permitido* e *proibido*, com base nos quais se constrói o "obrigatório" e o "ter direito a", é um dos postulados da lógica deôntica tradicional. Ver Delia Teresa ECHAVE, María Eugenia URQUIJO e Ricardo A. GUIBOURG. **Lógica, proposición y norma**. Para uma fundamentação mais detalhada da interdefinibilidade, no plano das *normas* (ou seja, do significado de enunciados prescritivos), ver Carlos Eduardo ALCHOURRÓN e Eugénio BULYGIN. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**, pp. 171-175.

53 A razão para a contingência de um critério dogmático-normativo apoiado na "fundamentalidade" da disposição é que o "fundamental" em um ordenamento pode não ser em outro. Isso ocorre

Apesar disso, a definição dos princípios como mandamentos de otimização pode explicar por que a doutrina tradicional se vale da conhecida lista de Canotilho para tentar extremar regras e princípios, inclusive o emprego do critério da fundamentalidade[54]. Mas, na medida em que constitui uma teoria estrutural, independente do conteúdo e do contexto normativo, deixa de estabelecer uma conexão sistemática e necessária entre os princípios e as propriedades normalmente atribuídas pela doutrina aos elementos dessa classe das normas. Em outras palavras: a teoria dos princípios de Alexy revela o que se oculta detrás das propostas definitórias baseadas em critérios materiais, dogmático-normativos e funcionais, que é precisamente essa característica do *dever ser* dos princípios

considerada a fundamentalidade tanto em sentido formal quanto em sentido material. No sistema brasileiro, por exemplo, o pluralismo político foi erigido a "fundamento" da República pelo CF 1º, V (e, mesmo sem assumir a polêmica tese de Kelsen sobre a identidade entre Estado e Direito do ponto de vista jurídico, pode-se afirmar tranqüilamente que se trata de fundamento de todo o sistema normativo, pois o ordenamento jurídico estatal, no mínimo, *pertence a* um Estado ou é definido *em relação a* um Estado), e o Supremo Tribunal Federal vê nessa norma – associada ao pluripartidarismo do CF 17, *caput* – uma razão para a igualdade de tratamento *de todos os partidos*, indepentendemente do tamanho ou representatividade, como ficou claro no célebre julgamento da "cláusula de barreira" (ADIn 1.351/DF, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 30/03/2007, republicado em DJU 29/06/2007). De outro lado, a Constituição da República de Cuba, no art. 5º, dispõe que "*El Partido Comunista de Cuba, martiano y marxista-leninista, vanguardia organizada de la nación cubana, es la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado, que organiza y orienta los esfuerzos comunes hacia los altos fines de la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista*." A essa disposição pode ser adscrita, sem problemas, uma norma que proíba qualquer ideologia que não seja "martiana" (de José Martí, líder da independência cubana) e "marxista-leninista"; ou seja, uma norma que exclui o pluralismo político, salvo a divergência no interior do campo, bastante restrito, da ideologia oficial professada pelo Partido Comunista. Como então será possível identificar o que é "fundamental" em sentido material num sistema? Por referência aos critérios formulados implícita e explicitamente no próprio sistema. A questão não se modifica se levada em conta a fundamentalidade em sentido formal, pois, em última análise, o ordenamento é que estabelecerá a forma das normas que considera fundamentais (normas produzidas por uma determinada autoridade ou de acordo com um procedimento específico, contidas num determinado documento escrito ou num setor da Constituição, etc.). Daí a relação *necessária* entre "fundamentalidade" e um ordenamento jurídico específico, que torna a qualificação de uma norma como princípio dependente, por assim dizer, de valorações postas ou pressupostas em cada sistema – e, portanto, altamente variáveis no tempo e no espaço.

54 Robert ALEXY. **Teoría de los derechos fundamentales**, pp. 103-104. A "lista de Canotilho" aparece em inúmeras obras que têm os princípios como tema no Brasil. Ela se compõe de propriedades normalmente atribuídas pela doutrina aos princípios – e não, como se diz às vezes, pelos critérios empregados pelo jurista português em seu conceito de princípios – que devem ser levados em consideração, segundo Canotilho, num esforço de aproximar-se do conceito. Ver Joaquim José Gomes CANOTILHO. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, pp. 1.034-1.035.

(mandamento de otimização).

Essa qualidade dos princípios, por oposição às regras, pode ser melhor compreendida mediante a análise dos conflitos normativos – o que se mostrará extremamente importante para a redução da discricionariedade. A antinomia entre regras se resolve mediante a introdução de uma cláusula de exceção ou a declaração de invalidade de uma delas. Não podem ser válidas, ao mesmo tempo, duas regras que fundamentem juízos concretos de dever ser contrários ou contraditórios. Ao resolver a questão concreta, o órgão de aplicação do direito terá apenas a alternativa de formular a hipótese de uma das regras como exceção à hipótese da outra *ou*, se esse procedimento não for possível[55], invalidar uma delas (ou ambas) segundo os critérios estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

O critérios de solução de antinomias normativas são, por certo, jurídico-positivos (não são lógicos nem de qualquer outro modo metanormativos) e formulados geralmente por meio de *regras* de segundo grau, que dispõem sobre a aplicação de outras regras[56]. Podemos exemplificar com os critérios cronológico, hierárquico, da especialidade e, no direito penal, o da *lex mitior*, segundo o qual, na sucessão de leis no tempo, sempre se aplica a lei mais benéfica. Se o ordenamento não previr um critério, o aplicador do direito *ainda assim* terá de excluir uma das regras em conflito e o fará segundo um critério que se refere à validade (pertinência

55 Alf Ross elaborou um quadro com os tipos de antinomias normativas, ou seja, de confrontos entre duas normas, *N1* e *N2*, que prescrevem conseqüências jurídicas contrárias ou contraditórias : *total-total*, em que a hipótese de incidência de *N1* é idêntica à de *N2*; *total-parcial*, em que a hipótese de incidência de *N1* está contida completamente em *N2*; e *parcial-parcial*, em que ambas as hipóteses de incidência se sobrepõem parcialmente. O caso em que não se pode resolver o conflito, se não pela exclusão de uma das regras, é o da antinomia *total-total*. Ver Alf ROSS. **Lógica de las normas**.

56 Para o caráter jurídico-positivo desses critérios (sob a forma de regras na definição que adotamos aqui), ver Hans KELSEN e Ulrich KLUG. **Normas Jurídicas e Análise Lógica**.

ao ordenamento jurídico), ou seja, um critério que determinará a remoção da regra do sistema para aquele e *para todos os demais casos compreendidos em sua hipótese de incidência*[57].

Logo, os conflitos entre regras sempre são resolvidos no plano da *validade*: ou ambas as regras são válidas depois de formulada a hipótese de uma como exceção à outra (e, na linguagem da dogmática jurídica, diz-se que o conflito era "aparente"), ou pelo menos uma das regras deverá ser considerada *inválida*, segundo o que prescrever o ordenamento. Apesar de o conflito de princípios quanto à validade ser teoricamente possível – pense-se num princípio de discriminação dos índios no Brasil –, eles são raros e resolvem-se do mesmo modo que os conflitos entre regras[58].

Mais interessantes, para distinguir regras e princípios, são os conflitos normativos específicos dos princípios, que se dão na dimensão do peso e se eliminam mediante a enunciação de um juízo de precedência condicionada que dá origem a uma regra, depois de um processo de ponderação que atribui importância relativa, de acordo com uma ordem de preferências, a ambos os princípios (ou, melhor, à satisfação e não satisfação do que prescreve ambos os princípios). Tais conflitos não operam, em hipótese alguma, a invalidade de uma das normas – e isso

57 Pode-se imaginar um ordenamento em que o juiz, liberado dos critérios normativos de solução de antinomias, ou diante de uma antinomia de segundo grau (conflito *entre os próprios critérios*), atribua pesos de importância às regras e decida conforme. Mesmo nesse caso, a decisão final será a respeito da *validade* das regras em conflito; não se afasta a incidência *apenas* no caso concreto, mas em todos os demais casos. Logo, o que distingue, propriamente, o conflito entre regras da colisão de princípios não é a materialidade do *critério* de solução, mas o *resultado* a que esse critério nos leva – a exclusão da norma do sistema. A maior importância de uma regra em relação à outra, nessa hipótese, passará a ser um critério de *validade* e não de simples *ponderação* entre normas válidas.

58 Robert ALEXY. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 105.

decorre da própria definição de princípios como mandamentos de otimização das possibilidades fáticas e jurídicas[59].

Se dois princípios incidem sobre um mesmo suporte fático e determinam soluções incompatíveis, deve-se estabelecer uma relação de precedência condicionada na qual o princípio que tem maior peso, sob as condições do caso concreto, prevalece sobre o princípio concorrente, sem, no entanto, eliminá-lo do ordenamento jurídico. A relação de precedência condicionada expressa a otimização das possibilidades jurídicas que são dadas, no caso, pelo princípio colidente, indicando o limite da satisfação de ambos os princípios (ou seja, o limite da realização de conteúdo de dever ser de ambos). Agora, afirmar que um princípio, digamos *P1*, tem mais peso que outro, digamos *P2*, significa apenas que há razões suficientes para que *P1* preceda a *P2*, sob as condições, digamos *C*, dadas no caso concreto. Essas razões, por sua vez, são articuladas numa estrutura que considera as possibilidades fáticas e jurídicas, que consiste no princípio da proporcionalidade.

Antes de aprofundar essas questões, devemos olhar com mais cuidado a relação de precedência condicionada. Ela cumpre duas funções básicas na teoria dos princípios[60]. Primeiro, garante que nenhum princípio precederá a outro

59 Para ressaltar a diferença *qualitativa* entre as duas espécies de "conflitos normativos", Alexy prefere "colisão" a "conflito" quando se tem de nomear a situação em que dois princípios determinam, para um mesmo suporte fático, soluções logicamente incompatíveis.

60 Outras funções da relação de precedência condicionada (em conjunto com a lei de colisão), menos importantes neste contexto, são: (1) fazer referência a *ações* e *situações* que não podem ser quantificadas, o que terá conseqüências evidentes para a ponderação (se as ações e situações, objeto das modalidades deônticas dos princípios, pudessem ser quantificadas, a ponderação resultaria numa solução unívoca para todos os casos e, assim, destruiria a especificidade dos princípios, que é a indeterminação; Alexy insiste, em várias ocasiões, na impossibilidade de quantificação intersubjetivamente válida); (2) fortalecer a réplica às objeções que têm em conta a proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores, especialmente a crítica fundada numa suposta "tirania dos valores". Ver Robert ALEXY. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 95, 153-156.

incondicionalmente, vale dizer, *em todos os casos*. Desse modo, submete a realização do conteúdo de dever ser de todos os princípios ao que prescrevem os demais princípios incidentes sobre o caso. Ela é necessária para que os princípios mantenham seu caráter de mandamentos de otimização, pois qualquer tipo de precedência *incondicionada* excluiria do conceito de princípios precisamente a otimização das possibilidades jurídicas.

Ademais, a relação de precedência condicionada fornece o material com que se constrói a norma jurídica a ser aplicada ao caso (o fundamento, portanto, do juízo concreto de dever ser). Na formulação de Alexy, as condições sob as quais *P1* precede *P2* constituem o pressuposto de fato de uma *regra* que expressa a conseqüência jurídica ordenada por *P1*. Esse enunciado vem definido, por Alexy, como a “lei de colisão”. Assim, o resultado de toda ponderação – o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada – será uma *regra*, um mandamento definitivo, que contém determinações no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas.

Esse último passo – a formulação de uma regra a partir da relação de precedência condicionada – é necessário porque as modalidades deônticas (permissão, proibição ou obrigação/ dever) dos princípios, na medida em que prescrevem a realização de algo na maior medida possível, terão sempre um caráter *prima facie*, ou seja, nunca determinarão, em definitivo, qual o *status* deôntico de um comportamento. Quando um princípio isoladamente considerado proíbe determinada conduta (digamos, uma conduta *c* qualquer), ele o faz apenas *prima facie*; as razões que o princípio apresenta para que *c* seja proibida podem ser afastadas por razões

opostas e melhores.

Apenas as regras são capazes de fornecer razões definitivas para um juízo concreto de dever ser, embora possam também apresentar razões *prima facie*, porém de tipo diferente das razões *prima facie* que caracterizam os princípios. Daí que o resultado da ponderação – a definição da relação de precedência condcionada – tem de ser uma regra. Isso nos leva a outra distinção importante entre regras e princípios: as regras constituem *razões definitivas* para um juízo concreto de dever ser (um ato administrativo ou uma sentença judicial), ao passo que os princípios oferecem razões *prima facie*, que devem ser mediadas por uma regra, obtida segundo a "lei de colisão", em sua aplicação concreta.

Como vimos, as regras podem ser restringidas em seu âmbito de aplicação mediante a introdução de uma cláusula de exceção nos casos de antinomias total-parcial ou parcial-parcial. Esse fenômeno pode ocorrer em razão de um *princípio* ordenar uma conseqüência jurídica incompatível com uma *regra*. Surge então um conflito entre *regra* e *princípio* que, ao contrário do que se entende na doutrina tradicional, não se resolve necessariamente em favor do princípio[61]. Aplicam-se, de modo geral, os mesmos critérios de solução de antinomias válidos para o conflito

61 A doutrina brasileira tradicional concebe os princípios como "normas fundamentais" ou, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, que definiu de modo excelente os princípios nessa perspectiva, "mandamentos nucleares de um sistema". Dada *essa* concreta definição, é correto afirmar que "violar um princípio é muito mais grave do que vulnerar uma regra", como se segue na exposição precisa de Celso Antônio, pois ao infringir uma "disposição fundamental" o sujeito atenta contra os pilares, a estrutura material mesma do sistema, ofendendo a ordem jurídica como um todo e não apenas uma de suas partes. É como se o infrator desconsiderasse a existência do sistema jurídico, negando a identidade, que apenas "disposições fundamentais" podem constituir, de todo o ordenamento. Entretanto, para a teoria dos princípios aqui defendida, que é puramente estrutural, dá-se quase o oposto: o nível de regras tem precedência sobre o nível dos princípios. No mesmo sentido de Celso Antônio, ver Walter Claudius ROTHENBURG. **Princípios constitucionais**. Aceitando que as regras podem preceder princípios, Ana Paula de BARCELLOS. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio: Forense, 2005. Na mesma linha, ver Humberto ÁVILA. **Teoria dos princípios**.

entre regras. Assim, uma regra *constitucional*, hierarquicamente superior a um princípio *infraconstitucional*, tenderá a prevalecer sempre. Nos casos em que nenhum dos critérios for aplicável – por exemplo, uma regra e um princípio "específicos" positivados simultaneamente na Constituição –, o princípio *pode* superar ou restringir a regra, mas uma regra de mesmo nível hierárquico e de semelhante especialidade normalmente *precede* os princípios que lhe são contrários.

Isso ocorre porque toda regra traz consigo determinações no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas, elaboradas por uma autoridade jurídica legitimada a tanto (o Poder Constituinte ou o legislador), o que impõe a consideração de razões mais fortes para afastar sua incidência no caso concreto[62]. Pode-se dizer que o respeito a essas determinações (que nada mais são do que prescrições definitivas, bastantes em si para sustentar um juízo concreto de dever ser) realizadas pela autoridade competente para emiti-las, em prejuízo de determinações formuladas por necessidade de o aplicador otimizar as possibilidades fáticas e jurídicas ante a indeterminação dos princípios, constitui um princípio formal (ao lado, por exemplo, do princípio do *stare decisis*, ou do que confere validade ao costume) que deve ser

62 Alexy explicita a regra de precedência entre o nível das regras e dos princípios *no contexto dos direitos fundamentais* da seguinte maneira: "o nível das regras precede o dos princípios, a menos que as razões para determinações diferentes das tomadas no nível das regras sejam tão fortes que também afastem o princípio de sujeição ao texto da Constituição". Robert ALEXY. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 135. No contexto de regras e princípios *de hierarquia infraconstitucional*, o princípio a ser afastado, para que o nível dos princípios preceda o nível das regras, é o da legalidade (ou sujeição ao texto das normas promulgadas pela autoridade competente, segundo o procedimento constitucional). Em ambos os casos, a força das razões será objeto da teoria da argumentação jurídica. Devemos observar que, pelo conceito de norma jurídica de Alexy, que coincide, no essencial, com o que adotamos, uma disposição qualquer pode resultar *tanto* numa regra *quanto* num princípio, a depender da argumentação jurídica porventura empregada no processo interpretativo. É o caráter dúplice das disposições jurídicas – que podemos comparar, com alguma licença poética, à "dualidade onda-partícula" da física moderna. Agora, as *normas*, enquanto produtos da interpretação, *ou* são regras *ou* são princípios, embora seja possível formular normas jurídicas que *mesclem* os dois níveis (regra/ princípio), dando origem a *regras incompletas*, ou seja, regras que necessitam de ponderação para serem aplicadas.

levado em conta no processo decisório.

Então, considerando que nenhum outro critério de solução de antinomias normativas seja aplicável, para que um princípio *P* supere uma regra *R*, *P* deve não apenas preceder o princípio *PR* em que *R materialmente* se apóia, mas também o princípio formal *P'* que sustenta *formalmente R* (também chamado, por Alexy, "princípio de validade", que prescreve que *R* "não vale estritamente", ou seja, um princípio formal que "sob determinadas circunstâncias, permite que *P* supere ou restrinja *R*"). A regra nesse caso deixaria de oferecer razões definitivas, mas o caráter *prima facie* de que se reveste é "algo basicamente diferente e essencialmente mais forte", nas palavras de Alexy, do que o caráter *prima facie* dos princípios, mesmo quando reforçados por um ônus de argumentação adicional (ou seja, por uma precedência *prima facie* de um princípio sobre outro)[63].

6.3.2. O princípio da proporcionalidade na teoria dos princípios

Na teoria dos princípios aqui defendida, a relação entre os princípios e o postulado normativo da proporcionalidade é a mais forte que pode haver: o conceito de princípio como mandamento de otimização implica *logicamente* o princípio da proporcionalidade e vice-versa, ou seja, os termos da relação são dedutíveis um do outro. Verifica-se conexão necessária entre o caráter de princípio de uma norma e a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, necessidade (postulado do "meio mais benigno") e a proporcionalidade em sentido estrito (que contém, ou se resume a, um mandamento de ponderação). Para

63 Ver Robert ALEXY. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 86, 100-101 e 133-135

entender a dedução, devemos primeiro enunciar o princípio da proporcionalidade e suas máximas parciais[64]. Depois, veremos como essas regras que compõem o teste de proporcionalidade podem ser deduzidas do conceito de princípio como mandamento de otimização.

A proporcionalidade de que falamos aqui – implicada no conceito de princípio como mandamento de otimização – surgiu e se desenvolveu na Alemanha como técnica de controle de constitucionalidade das restrições, por ato estatal, a direitos fundamentais[65]. Restringe-se um direito fundamental para promover a realização de

64 Há controvérsia sobre o caráter de "regra", "princípio" ou de uma terceira classe de normas do postulado da proporcionalidade. Alexy diz que se trata de uma *regra*, assim como *regras* são as três máximas parciais, por quanto elas não são "ponderadas diante de algo diferente". Não se dá o caso em que elas às vezes tenham precedência e às vezes não: "o que se pergunta é se as máximas parciais são satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como conseqüência a contrariedade a direito". Robert ALEXY. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 112. Entretanto, o próprio Alexy, nesse mesmo livro, denomina a proporcionalidade como "princípio", sobretudo quando analisa o problema da cláusula da "garantia do conteúdo essencial" dos direitos fundamentais na Lei Fundamental (pp. 288-289). Virgílio Afonso da Silva é taxativo ao denominar a proporcionalidade como "regra" e não se vale nem mesmo de "máxima", como às vezes faz Alexy. Virgílio Afonso da SILVA. "O razoável e o proporcional". *in:* RT 798/23-50 . Para Humberto Ávila, "as dificuldades de enquadramento da proporcionalidade (...) na categoria de regras e princípios evidenciam-se nas próprias concepções daqueles que a inserem em tais categorias (...) Essas considerações levam ao entendimento de que esses deveres merecem uma caracterização à parte e, por conseqüência, também uma denominação distinta". Ele dirá que a proporcionalidade é um postulado normativo aplicativo, ou norma de segundo grau, que se diferencia tanto das regras quanto dos princípios pelo "nível" e pela "função". Ver Humberto ÁVILA. **Teoria dos princípios**, pp. 124 e seguintes. Suzana de Toledo Barros, em importante monografia, refere-se à proporcionalidade como "princípio", "cânone" e "máxima" (e às "máximas parciais" de Alexy como "subprincípios"), sem uma justificativa específica de sua decisão semântica. Além disso, ela adota a já mencionada "lista de Canotilho" e, ao mesmo tempo, a distinção de Dworkin entre regras e princípios com base no modo de aplicação (por influência de Eros Grau), o que dificulta a compreensão do sentido preciso em que a proporcionalidade foi tomada como um "princípio". Conferir Suzana de Toledo BARROS. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, p. 155-158. A mesma dificuldade de entender por que se qualifica a proporcionalidade como "princípio" pode ser encontrada na erudita e fartamente documentada exposição de José Roberto Pimenta Oliveira. Aliás, Oliveira pressupõe intercambiabilidade sem perda de significado entre as expressões razoabilidade e proporcionalidade. A proposta de Pimenta será tomada como exemplo das dificuldades concretas de fundamentar uma regra de "razoabilidade", de modo autônomo, para o direito brasileiro. Ver José Roberto Pimenta OLIVEIRA. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no direito administrativo brasileiro**. Analisaremos, noutra passagem, a questão da sinonímia entre razoabilidade e proporcionalidade.

65 Isso não exclui *necessariamente* a aplicação da proporcionalidade aos casos em que a restrição a direitos fundamentais resulta da ação de particulares. Ver Wilson STEINMETZ. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. Contra a aplicação da proporcionalidade de modo puro e simples tal como nos atos estatais: Virgílio Afonso da SILVA. **A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Podemos ignorar essa discussão aqui porque no direito administrativo (que é o direito que regula o exercício da função

outro direito fundamental ou de um interesse coletivo[66]. Nesse sentido, a proporcionalidade funciona como restrição às restrições e também à restringibilidade de direitos fundamentais ao exigir que o ato estatal restritivo (normalmente, a legislação, mas também as decisões judiciais) seja *adequado*, *necessário* e *proporcional em sentido estrito*.

De maneira bem resumida – e sem adentrar as questões mais polêmicas sobre a estrutura da proporcionalidade – podemos enunciar as regras parciais da seguinte maneira: (a) a *adequação* exige que se adote medida idônea à promoção ou fomento de um fim prescrito por um princípio *ou* igual a esse princípio; (b) a *necessidade* exige que se adote, dentre as medidas igualmente idôneas ao fomento de uma finalidade (prescrita num princípio *ou* idêntica a ele), a menos onerosa para a satisfação de outro princípio; (c) a proporcionalidade em sentido estrito (ou mandamento de ponderação) exige que se leve em consideração, na eleição de um meio adequado e necessário à satisfação de um princípio, o grau de afetação (ou seja, de não satisfação) dos princípios opostos. Impende sublinhar que os testes prescritos pelas regras parciais da proporcionalidade devem ser aplicados *na ordem em que se formulam*, ou seja, primeiro se procede a um exame de adequação e, somente se adequada a medida restritiva, passa-se à análise da necessidade. Do mesmo modo, apenas as medidas *adequadas* e *necessárias* serão objeto de um juízo de proporcionalidade em sentido estrito fundamentado na ponderação entre os princípios em jogo.

---

administrativa), por definição, estamos a falar em atos do Estado ou de quem lhe faça as vezes.

66 Essa distinção – direito fundamental e interesse coletivo – e mesmo a possibilidade de interesses coletivos serem objeto de princípios (desvinculados da promoção/ proteção de direitos fundamentais) está longe de ser incontroversa do ponto de vista terminológico e teórico.

Pela regra da adequação, uma medida *M* qualquer estará proibida se não estiver em relação empírica de *meio para fim* com uma finalidade *F* qualquer, prescrita por um princípio *P* qualquer. Imagine-se agora uma situação tal em que se tenha uma relação jurídica entre dois sujeitos (o Estado e um cidadão) e apenas dois princípios relevantes para a solução do caso. Sejam *M1* e *M2* as medidas consideradas pela autoridade pública. Se *M1* e *M2* nada acrescentam à promoção ou fomento de um fim *F*, prescrito por um princípio *P1* ou idêntico a ele, as medidas propostas são indiferentes a *P1* (ou, o que dá no mesmo, não são prescritas por *P1*).

Na medida em que, sob as circunstâncias do caso concreto, *M1* e *M2* restrinjam de algum modo a realização de *P2*, estarão por ele proibidas do ponto de vista da otimização das possibilidades fáticas, o que equivale a dizer que *P2* se realizará na máxima medida, sob as circunstâncias dadas, considerado o que prescreve *P1*, se nem *M1* nem *M2* forem adotadas. Como isso vale para todos os princípios, fins e meios, então a regra da adequação se segue *necessariamente* do conceito de princípio como mandamento de otimização das possibilidades fáticas.

De acordo com a regra da necessidade, referida a nosso modelo simples de dois sujeitos e dois princípios, uma medida *M* qualquer, que tenha sido objeto de um juízo positivo de adequação em relação ao fim *F* prescrito pelo princípio *P1* ou idêntico a ele, estará proibida se houver outra medida *M'* qualquer que restrinja em menor medida, ou simplesmente não restrinja, o princípio *P2*. Sejam *M1* e *M2* as medidas adequadas à promoção do fim *F*, prescrito por *P1* ou idêntico a ele, consideradas pela autoridade. Considere-se que *M2* afeta menos intensamente que *M1*, ou não afeta de modo algum, a realização de *P2*.

Nesse caso, para a realização de *P1*, não importa que se escolha *M1* ou *M2*, pois ambas as medidas são adequadas (ou, o que dá no mesmo, *P1* ordena a realização de *M1 ou* de *M2*, indiferentemente, já que ambas realizam na mesma medida *P1*). Mas a escolha de *M1* resultará em menor realização de *P2*; e *P2*, na qualidade de princípio, prescreve a realização de seu conteúdo de dever ser na máxima medida possível. Assim, do ponto de vista da otimização das possibilidades fáticas de *P2*, se tanto *P1* quanto *P2* são princípios válidos[67], *M1* estará proibida por *P2*. Como isso vale para todos os princípios, fins e meios, a regra parcial da necessidade se infere do conceito de princípio como mandamento de otimização.

Deve-se observar ainda no capítulo da necessidade o seguinte. Se todos os meios igualmente adequados à realização de *P1* restringirem ou afetarem a realização de *P2*, a solução para o caso terá de ser remetida à ponderação entre os princípios, na regra da proporcionalidade em sentido estrito, de acordo com a lei de colisão (ou seja, mediante o estabelecimento de relações de precedência condicionada entre *P1*, que é realizado por uma das medidas, e *P2*, que será restringido por uma das medidas). Isso se dá porque as medidas *M1* e *M2*, na hipótese de ambas restringirem *P2* (e serem igualmente idôneas à satisfação da *P1*), não esgotam o campo das possibilidades fáticas de realização de *P2*. Está bem claro no modelo analítico aqui empregado que *P2* se realizará em maior grau se nem *M1* nem *M2* forem adotadas.

67 Nesse caso, se um dos princípios for inválido, pressupondo que *M1* e *M2*, igualmente adequadas à promoção de *F*, prescrito por *P1* ou idêntico a ele, restringem ou afetam de algum modo a realização de *P2* (ou seja, que as medidas *não são indiferentes à realização de P2*), *M1* e *M2* estarão: *ou* ambas proibidas, por *P2*, se *P1* for inválido; *ou* ambas permitidas, por *P1*, se *P2* for inválido.

Então a regra da necessidade simplesmente não tem como fornecer um critério para a escolha entre as alternativas: medida *menos restritiva* (que supõe a precedência de *P1* diante de *P2*) e *nenhuma* medida (que supõe a precedência de *P2* diante de *P1*). Tudo o que a cláusula da necessidade faz é eliminar a medida que não seja *exigível*, consideradas as possibilidades fáticas de realização de *P2*, para a satisfação de *P1*. As possibilidades jurídicas somente podem ser otimizadas mediante a aplicação da regra da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de ponderação).

Aliás, a proporcionalidade em sentido estrito é a regra mais fácil de derivar do conceito de princípios como mandamentos de otimização. Essa regra se refere à otimização das possibilidades jurídicas, e tais possibilidades se acham dadas pelos princípios opostos, de tal modo que a intensidade de realização de um princípio dependerá da intensidade de realização de outro. Para decidir entre as possibilidades jurídicas, será necessária uma ponderação, ou seja, o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada que, pela lei de colisão, dá origem a uma regra (uma razão para o juízo concreto de dever ser: a solução do caso).

Com base nessas idéias, podemos formular o seguinte raciocínio. Dois princípios válidos *devem* ser aplicados sempre que se realizarem as respectivas hipóteses de incidência (regra de validade). Ante uma colisão entre princípios, a aplicação dos princípios dependerá, por definição (referida ao conceito de princípio

como mandamento de otimização), de uma ponderação. Logo, o caráter de mandado de otimização dos princípios implica que, presente uma colisão de princípios, *deve* realizar-se uma ponderação. Resta bem claro nesse argumento que a regra da proporcionalidade em sentido estrito (que prescreve o *dever* de ponderação) deduz-se do caráter de princípio (= mandamento de otimização) das normas.

6.3.3. O princípio da proporcionalidade e a redução da discricionariedade

Vejamos agora a importância do princípio da proporcionalidade para a compreensão do fenômeno da redução da discricionariedade. Aplicada a teoria dos princípios a esse campo específico, temos que a redução no caso concreto das opções de comportamento da Administração Pública abstratamente previstas na norma habilitante, em razão da co-incidência de uma norma incompatível com pelo menos uma dessas conseqüências jurídicas, poderá passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito nos casos em que houver pelo menos um princípio (seja como *norma habilitante*, seja como *norma co-incidente*) na relação entre normas que excluem mutuamente conseqüências jurídicas[68].

68 Discute-se a existência de verdadeira colisão entre regras e princípios passível de solução pelos meios aplicáveis à colisão de princípios. A reprodução deste debate aqui se mostra desnecessária, pois a redução da discricionariedade não implica a invalidação da norma habilitante, mas apenas de algumas de suas *conseqüências jurídicas*, e somente para o caso concreto, o que se ajusta muito bem à aplicação do princípio da proporcionalidade em quase todos os casos de redução. Na redução da discricionariedade, ocorrido o pressuposto de fato, a regra de competência *vale*, assim como *valem* as conseqüências jurídicas que não forem incompatíveis com as normas redutoras da discrição no caso concreto.

Trata-se de uma das chaves para entender como se opera a redução da discricionariedade e para articular de modo sistemático as diversas técnicas de identificação dos limites da discrição administrativa – que são a base empírica sobre a qual se levanta a teoria da redução da discricionariedade aqui defendida. Assim, de tudo o que se expôs até agora sobre a discricionariedade administrativa e sua redução nos casos concretos, pode-se afirmar:

(a) que a redução da discricionariedade tem como **pressuposto jurídico-domgático**, vinculado sobretudo ao tipo de organização estatal definido na Constituição (no caso brasileiro, o Estado Democrático de Direito: CF 1º), a existência de limites extrínsecos (situados *fora* da norma habilitante) das competências discricionárias, que já são limitadas intrinsceamente pelo fato de serem atribuídas por uma norma jurídica (a norma habilitante)[69];

(b) que o **pressuposto lógico** da redução da discricionariedade é a possibilidade de resolver os conflitos entre normas jurídicas, pois os limites externos da discricionariedade são dados também pelo ordenamento jurídico (embora não pela norma habilitante) e, nesse sentido, são representados *em todos os casos* por normas jurídicas contrapostas à norma habilitante;

69 Surge naturalmente o tormentoso problema de saber se a finalidade legal – o bem jurídico objetivado pela lei para uma classe de atos administrativos – está na *norma habilitante* ou em *outra norma* do sistema jurídico. Na medida em que a aplicação de uma norma pode servir a *várias* finalidades (e nisso está o pressuposto mesmo da teoria do desvio de poder), não nos parece possível adscrever, em todos os casos, uma finalidade específica a uma norma sem a ajuda de outras. Ou seja, a finalidade depende de uma interpretação sistemática e, por isso, não pode ser compreendida na maioria dos casos *sem a ajuda de outras normas do sistema, em especial dos princípios*. Isso nos leva a concluir, dentre outras coisas, que o desvio de finalidade quase sempre terá uma feição principiológica.

(c) que o fenômeno da redução da discricionariedade resulta *em todos os casos* da solução de um conflito normativo em desfavor da norma habilitante (regra/ princípio de competência), mas o contrário não vale (um conflito normativo em desfavor da norma habilitante nem sempre significa a redução da discricionariedade).

As duas primeiras proposições resultam do que expusemos até agora. Para demonstrar a terceira proposição, podemos construir um modelo simples, com os seguintes elementos:

(1) uma norma *N1* (norma habilitante que opera a atribuição de competência discricionária), segundo a qual é juridicamente possível mais de um comportamento administrativo (*R*, *R'*, *R"* etc.) para um dado suporte fático *C*[70];

(2) uma norma *N2*, que exclui, por incompatibilidade, pelo menos um dos comportamentos prescritos por *N1* (ou, o que dá no mesmo, que prescreve, para o suporte fático de *N1*, conseqüência jurídica incompatível com pelo menos uma das conseqüências de *N1*)[71].

Tanto *N1* quanto *N2* podem ser – de acordo com a teoria das normas jurídicas aqui defendida – regra ou princípio. Assim, temos que são *quatro* as espécies de

70 *N1* terá a forma: $C \rightarrow R \vee R' \vee R''$ em que *C* é o pressuposto de fato e *R*, *R'* e *R"* são as conseqüências jurídicas possíveis; o conectivo $\square \vee \square$ representa a disjunção e, portanto, indica que a Administração pode eleger entre *qualquer* das conseqüencias, mas apenas uma delas (disjunção excludente).

71 A forma de *N2* será em geral a seguinte: $C \rightarrow \neg R$ em que *C* é o pressuposto de fato de *N1, R* uma das conseqüencias jurídicas de *N1* e $\neg R$ a negação de *R*.

conflitos normativos possíveis para o modelo “mínimo” de redução da discricionariedade, representados na tabela seguinte:

	N1	*N2*
(1)	Regra	Regra
(2)	Regra	Princípio
(3)	Princípio	Regra
(4)	Princípio	Princípio

Para cada uma das situações devem ser aplicadas as regras de solução de conflitos normativos previstas no ordenamento ou decorrentes do caráter das normas. Independentemente do exame das regras e de outros critérios aplicáveis, podemos assentar alguns pontos importantes para a questão da redução da discricionariedade. Por exemplo, a situação (1) resolve-se, como vimos, mediante a introdução de uma exceção em *N1* ou *N2*, ou pela invalidade de alguma das regras. Esse conflito pode ou não resultar numa verdadeira redução da discricionariedade: se *N1* for considerada inválida, então na verdade a Administração *não tinha* em abstrato a competência que julgava ter e, como não se pode reduzir o que não existe, seria inadequado falar em “redução da discricionariedade”; agora, se o resultado for a introdução, por *N2*, de uma exceção a *N1* que exclui, para o suporte fático verificado no caso, uma ou mais conseqüências jurídicas de *N1*, então estamos diante de um caso de redução de discricionariedade.

No caso (4), pela teoria dos princípios, a proporcionalidade será inteiramente aplicável e, na medida em que prevalecer *N1*, exceto para uma ou mais

conseqüências (em relação às quais prevalecerá *N2*), teremos uma redução da discricionariedade. De outro lado, se *N1* preceder *N2* para todas as conseqüências jurídicas, nas condições do caso concreto, então não haverá redução da discricionariedade. Nos casos (2) e (3), há que considerar vários fatores, dentre eles outros critérios aplicáveis, o peso dos princípios formais que sustentam a regra (ou se há no ordenamento uma *regra* de validade das regras, segundo a qual todas as regras valem estritamente) e eventuais precedências *prima facie* entre os princípios materiais em que a regra se apóia, mas não se pode excluir, pura e simplesmente, a aplicabilidade das regras parciais da proporcionalidade[72].

72 Caso interessante de conflito entre regras e princípios resolvido, ao menos nominalmente, pelo método da "ponderação" – muito pouco referido pela doutrina, apesar de sua importância para revelar possíveis estruturas de solução de antinomias entre regras e princípios – foi examinado pelo Supremo Tribunal Federal nos embargos infringentes à ADIn (ADI-EI) 1.289-4, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 03/04/2003. A discussão era sobre decisão normativa do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho que permitiu a inscrição de Procuradores do Trabalho com menos de dez anos de carreira na eleição que define a lista sêxtupla de candidatos a vagas de juiz dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) destinadas a membros do Ministério Público. Em 1996, no julgamento da ação (rel. Min. Octavio Gallotti, DJU de 13/11/1996), o STF havia declarado a inconstitucionalidade da norma administrativa do Ministério Público (MP) com fundamento no CF 94 e 115, parágrafo único, II (que, após a EC 45/2004, corresponde ao CF 115, I). Esses dispositivos consitucionais veiculam regras sobre os requisitos temporais e procedimentais que o membro do Ministério Público deve ter para aceder ao cargo de juiz de TRT, de modo que sua aplicação se faz por subsunção: se um membro do Ministério Público tiver menos de dez anos de carreira, ele *não* pode ser nomeado para o cargo de juiz de TRT pelo "quinto constitucional" e, portanto, não se acha autorizado a participar do processo seletivo, que se inicia com a elaboração da lista sêxtupla pelo Ministério Público, prossegue com a redução da lista a tríplice pelo respectivo tribunal e, finalmente, pela escolha de um dos nomes da lista final pelo Presidente da República (CF 94 e parágrafo único). Assim, verificado o pressuposto de fato (membro do MP com menos de 10 anos de carreira), a conseqüência deve ser (está proibida a participação na seleção e a nomeação) e qualquer norma infraconstitucional em sentido contrário poderia ser considerada ofensiva à Constituição. Entretanto, o Supremo, ao apreciar os embargos infringentes na mesma ADIn, sete anos depois do julgamento, mudou seu entendimento – e realizou uma verdadeira ponderação para afastar a incidência das regras constitucionais que excluíam membros do MP com menos de dez anos de carreira do processo seletivo para o cargo de juiz do TRT. Na ementa do acórdão que julgou os embargos infringentes, o ministro Gilmar Mendes, relator, mencionou a "salvaguarda simultânea de princípios constitucionais em lugar da prevalência de um sobre o outro". Em todo o voto de Gilmar Mendes fica bem claro, no entanto, que o argumento foi construído como um conflito normativo entre uma regra e dois princípios. De um lado, uma dupla de princípios cuja realização seria afetada pela aplicação da regra: o princípio da "composição plural dos órgãos judiciais", expresso, na Constituição Federal, pela presença de 1/5 de advogados e membros do MP nos TRTs (poderíamos acrescentar, o que o ministro Gilmar não fez, várias regras referidas a esse princípio: presença de 1/5 de advogados e membros do MP nos tribunais estaduais e nos Tribunais Regionais Federais; 1/3 de advogados e membros do MP no STJ; a presença de advogados nos tribunais eleitorais; a garantia do Tribunal do Júri; a composição especial dos órgãos da Justiça Militar); e o princípio que outorga "liberdade de escolha" ao tribunal e ao Poder Executivo no processo seletivo. A restrição à satisfação desses princípios decorreria da possibilidade – atestada pela experiência passada, de que nos deu testemunho, em seu voto, até mesmo o ministro Maurício Corrêa, então no STF, que havia sido ministro da Justiça do governo Itamar Franco (é o Ministério da Justiça responsável, no âmbito do

De qualquer modo, em (2) e (3) depois de considerados os dados relevantes (sobretudo a inexistência de outros critérios para a solução do conflito e a força dos princípios formais de validade da regra), se *N2* determinar a exclusão de pelo menos uma das possibilidades de comportamento administrativo previstas em *N1*, teremos redução da discricionariedade. Agora, se *N1* prevalecer, sem exclusão de nenhuma conseqüência, não haverá redução da discricionariedade.

Logo se vê que, em todos os casos de nosso modelo simples, a redução da discricionariedade resultará de um conflito normativo em desfavor de *N1*, mas nem todo conflito normativo resolvido em desfavor de *N1* dará ensejo a uma redução da discricionariedade. Ao mesmo tempo, a construção desse modelo simples de redução da discricionariedade consegue revelar que, adotada a teoria dos princípios, a proporcionalidade desempenha um papel relevante: aplica-se com certeza a pelo menos um caso de conflito e pode ser empregada, verificadas certas circunstâncias, a outros dois casos; ou seja, sempre que houver um princípio, a proporcionalidade *pode* operar – com suas três regras parciais – na produção de uma redução da discricionariedade.

Poder Executivo, pela tramitação dos processos de nomeação de magistrados) – de não haver membros do MP, com os requisitos constitucionais e dispostos a se tornarem juízes, em número suficiente para compor a lista sêxtupla inicial. De outro lado, de maneira *clara* e *insofismável*, se punha como termo do conflito a regra que estabelece o requisito temporal para a investidura de Procuradores no cargo de juiz do TRT. Gilmar Mendes considerou que, no caso concreto, a restrição à realização de ambos os princípios em jogo era *tão intensa* – por haver mais de uma dezena de vagas destinadas ao MP nos TRTs não preenchidas ou preenchidas por juízes convocados; e por não se lograr há tempos a formação de listas sêxtuplas em que os nomes preenchessem os requisitos constitucionais – que a regra constitucional do requisito temporal (e o conseqüente dever de obediência ao texto constitucional) deveria ceder para que os princípios da "composição plural dos tribunais" e da "liberdade de escolha do tribunal e do poder Executivo" se realizassem simultaneamente na máxima medida possível. É interessante que, de acordo com a decisão normativa do Ministério Público do Trabalho, cuja *constitucionalidade* o STF declarou nesse caso, a regra constitucional permanece válida e aplicável: havendo na lista seis nomes de membros do MP com mais de dez anos de carreira, ficam automaticamente excluídos do processo seletivo os que não preencherem o requisito constitucional.

6.3.4. Ponderação e racionalidade

Para encerrar nossa caracterização da teoria dos princípios, resta dizer algumas palavras sobre o conteúdo da regra da proporcionalidade em sentido estrito, que prescreve a otimização de possibilidades jurídicas e, nesse sentido, contém um mandamento de ponderação. A ponderação consiste na operação mediante a qual se atribui peso, ou importância relativa, a diferentes princípios (ou, dada a identidade estrutural entre o modelo de princípios e o modelo de valores, a diferentes valores concebidos como *critérios de valoração*[73]), da qual resulta o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Exclui-se, por definição, a precedência absoluta de um princípio sobre os demais, de maneira que a ordenação, que deles se faz, sempre depende das possibilidades de realização recíproca[74]. Assim, também fica excluída a hierarquização de todos os princípios relevantes para as decisões jurídicas segundo uma ordem absoluta.

Ao mesmo tempo, os princípios são insuscetíveis de metrificação. Não se pode atribuir um *número* a um objeto que se pretende valorar no plano jurídico[75], ao

73 Para uma discussão mais aprofundada – impossível de ser feita aqui – sobre a possibilidade de conversão, sem perda de significado, do modelo de "valores" para o modelo de "princípios", assim como para uma teoria dos valores compatível com a teoria dos princípios, ver Robert ALEXY. **Teoría de los derechos fundamentales**, pp. 138-172. Acerca do conceito de valor e suas relações com o dever ser, bem como para uma exposição da teoria dos valores, que também pode servir de base também para a teoria dos princípios, ver Miguel REALE. **Filosofia do Direito**, pp. 175-211. É com base nesses dois textos que desenvolvemos as idéias sobre ponderação.

74 Fenômeno que Miguel Reale denomina "implicação" e resume nos seguintes termos: "(...) os valores (...) se implicam reciprocamente, no sentido de que **nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais**. Há uma **força expansiva e absorvente** nos valores (...) O mundo da cultura é sempre um mundo solidário, no sentido da **interdependência necessária** de seus fatores, mas não no sentido da coexistência pacífica dos interesses, que é um ideal a ser atingido". [grifamos] Miguel REALE, **Filosofia do Direito**, pp. 189 e 190.

75 Há muitos objetos possíveis de valoração jurídica. Encontramos *condutas* humanas, *fatos* naturais, *relações* jurídicas, "estruturas de regulação jurídica" (ou seja, um conjunto de normas). Também há vários tipos de valorações jurídicas: a subsunção é uma valoração classificatória dos fatos, que os qualifica como jurídicos e separa os fatos relevantes dos irrelevantes para o direito,

contrário do que se faz com um automóvel, por exemplo, cuja utilidade se pode expressar numa quantia em dinheiro[76]. Embora seja possível teoricamente, mediante um processo indireto, atribuir valores numéricos à realização de um princípio (a exemplo do que se faz com outros objetos), não se conhece um método que permita a "atribuição intersubjetivamente conclusiva de números às intensidades de realização" de princípios[77]. Esse método, para ser viável, teria de se apoiar em determinados procedimentos empíricos – como ocorre num mercado organizado de bens e serviços – e expedientes práticos – como a redução do valor de troca a unidades perfeitamente identificáveis e uniformes, a exemplo do dinheiro nas sociedades contemporâneas. Não se dão semelhantes condições no contexto normativo e social em que se inserem os princípios.

Essas duas características dos princípios – impossibilidade de ordenação abstrata, ou absoluta, e de metrificação – parecem excluir uma ordem dos princípios que determine, em cada um dos casos possíveis, exatamente uma solução juridicamente adequada. Entretanto, na medida em que haja um conflito entre princípios e, segundo os critérios de validade do ordenamento, não se possa

---

assim como a prescrição de uma conduta como obrigatória também é uma valoração que diz sobre a contrariedade a direito da conduta oposta; a *ponderação* será uma valoração comparativa, que resultará numa preferência. É raríssimo, todavia, encontrar valorações métricas no direito. Vêm à memória apenas as fórmulas complexas de atribuição de pesos numéricos a questões, ou partes, de provas em editais de concurso público; as equações de "taxa interna de retorno" em algumas concessões de serviço público, que fornecem critérios de valoração métricos para o equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos; a valoração métrica da "proposta mais vantajosa" para a Administração em licitações do tipo "melhor preço". Em todos esses casos, porém, o direito se vale de metrificações intersubjetivamente aceitas. Agora, metrificação de "intensidades de realização" de princípios constitucionais, nesse sentido, não são obviamente possíveis.

76 Miguel Reale diz: "A idéia de numeração ou quantificação é completamente estranha ao elemento valorativo ou axiológico (...) Não se numera, não se quantifica o valioso. Às vezes nós os medimos, por processos indiretos, empíricos e pragmáticos, como acontece, por exemplo, quando exprimimos em termos de preço a utilidade dos bens econômicos, mas são meras referências para a vida prática, pois os valores como tais são imensuráveis, insuscetíveis de serem comparados segundo uma unidade ou denominador comum". Miguel REALE. **Filosofia do Direito**, p. 187.

77 Robert ALEXY, **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 156.

renunciar à aplicação de nenhum deles, *deve* haver a possibilidade de estabelecer algum tipo ordem hierárquica entre eles[78]. Se não é possível uma ordem *forte*, dotada de objetividade absoluta (metrificação e precedência incondicionada), então a ordenação terá de ser *fraca*, baseada em procedimentos que não asseguram a obtenção de apenas um resultado. Essa ordem fraca se compõe de três elementos: (1) um sistema de condições de precedência; (2) um sistema de estruturas de ponderação; (3) e um sistema de precedências *prima facie* dos princípios[79].

As estruturas de ponderação são dadas pelo princípio da proporcionalidade (por isso só elas nos interessam aqui), em especial a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito (ou mandamento de ponderação), que estabelece uma relação entre o grau de satisfação (realização) dos princípios e, assim, permite elaborar uma relação de precedência condicionada entre eles. O enunciado dessa relação, ordenada pela proporcionalidade em sentido estrito, pode denominar-se "lei de ponderação", assim formulada: "*quanto maior for o grau da não satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior há de ser a importância da satisfação do outro*"[80].

78 Afirma Miguel Reale: "toda sociedade obedece a uma tábua de valores, de maneira que a fisionomia de uma época depende da forma de como seus valores se distribuem ou se ordenam. É aqui que encontramos outra catacterística do valor: – sua *possibilidade de ordenação ou graduação preferencial* ou *hierárquica*, embora seja, conforme exposto, incomensurável". Miguel REALE. **Filosofia do Direito**, p. 191.

79 Robert ALEXY. "Sistema jurídico y razón práctica", pp. 170-171. Importante ressaltar que as precedências *prima facie* não se confundem com precedências incondicionadas porque admitem a superação por razões contrárias. Se um princípio precedesse a outro incondicionalmente, então nenhuma razão seria bastante para superá-lo e não haveria que falar em otimização das possibilidades fáticas. Nesse sentido, as precedências *prima facie* são apenas "regras sobre a carga da argumentação", como as define Alexy, que não excluem, de modo algum, sua reversão, no plano das determinações definitivas.

80 Essa é a formulação de Robert ALEXY. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 161. Seria possível introduzir algumas qualificações na "lei de ponderação", sobretudo a referência ao *caso* em que se produz a colisão de princípios, que aliás é muito importante, pois os princípios nunca estão "abstratamente" em colisão, mas apenas na medida em que "competem" pela solução de um caso que atraia sua incidência.

É evidente que essa "lei da ponderação" não oferece um procedimento definitivo de decisão, nem critérios substantivos suficientes, mas diz o que deve ser levado em conta numa ponderação: a intensidade da afetação de um princípio, de um lado, e a importância da satisfação do princípio restante, de outro. É um juízo sobre esses elementos, formulado pelo aplicador do direito, que tem de ser fundamentado para justificar o enunciado sobre a relação de precedência condicionada que, em última análise, pela lei de colisão formulada anteriormente, resultará na solução do caso. Ao dizer que o princípio *P1* precede, nas condições *C*, o princípio *P2*, deve-se oferecer razões para justificar o seguinte: *que a importância da satisfação de P1, nas circunstâncias do caso dadas pelas condições C, é maior do que o grau de afetação de P2*.

Esse problema de fundamentação se resolve mediante a adoção de um procedimento que assegure a racionalidade do juízo sobre a preferência entre princípios, ou seja, sobre a intensidade de afetação de um *diante* da importância da realização do outro, nas condições dadas pelo caso concreto sob exame. Aqui nos detemos, por não haver tempo nem espaço de aprofundar as questões relativas à teoria da argumentação jurídica – a teoria que tem por objeto a elaboração desse procedimento de justificação *racional* da aplicação do direito – nesta investigação sobre a redução da discricionariedade[81].

81 Trata-se a nosso ver de uma questão central na moderna teoria do direito que ainda não foi satisfatoriamente estudada em suas projeções sobre o direito administrativo. Pretendemos, em breve, tratar do assunto com maior atenção. Ver: Manuel ATIENZA. **As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica**; Neil MACCORMICK. **Legal reasoning and legal theory**; Aulis AARNIO. **The rational as reasonable. A treatise on legal justification**; Klaus GÜNTHER. **Teoria da argumentação no direito e na moral**; Robert ALEXY. **Teoria da argumentação jurídica**.

6.3.5. Direitos fundamentais e razoabilidade

A relação entre direitos fundamentais e a teoria dos princípios pode ser resumida nas seguintes proposições: adotado um conceito jurídico de validade das normas (validade como pertinência ao ordenamento, segundo critérios por ele definidos), todo direito fundamental deve estar previsto em uma norma jurídica válida; as normas jurídicas são regras ou princípios; logo, sempre que houver um direito fundamental, haverá uma norma de direito fundamental, regra ou princípio, que o defina. A teoria dos princípios, portanto, também será uma teoria das normas de direito fundamental e, por extensão, a base de uma teoria dos direitos fundamentais[82].

Desse modo, a noção de que os direitos fundamentais operam como limites à discricionariedade, que podem comprimi-la diante dos casos concretos, resulta do caráter de princípio (mandamentos de otimização) das próprias normas de direito fundamental. É possível, mas de modo algum necessário, destacar a infração a direitos fundamentais como uma categoria autônoma de vícios do exercício da discricionariedade administrativa. Entretanto, nunca é demais a lembrança de que os

82 Poder-se-ia perguntar: se todo direito fundamental deve resultar de uma atribuição normativa, por que a teoria dos princípios (que é uma teoria das normas jurídicas) não *é* uma teoria dos direitos fundamentais, mas apenas lhe *serve de base*? A teoria das normas jusfundamentais serve de base à teoria dos direitos fundamentais, mas não lhe é idêntica, porque pode haver regras e princípios no catálogo dos direitos fundamentais (e, portanto, sujeitas à força jurídica peculiar estabelecida tanto pelo CF 5º, § 1º, quanto pelo CF 60, § 4º, IV), que não outorgam necessariamente e apenas *direitos subjetivos* (de que uma das espécies são os direitos fundamentais). Essas normas podem ser chamadas de "normas de direito fundamental" ou "normas jusfundamentais", embora não atribuam, por si sós, nenhum direito fundamental – são normas que impõem deveres "objetivos" ao Estado aos quais não corresponde um centro subjetivado *específico*, como no direito subjetivo em sentido restrito. Exemplo: a norma do CF 5º, XXXII, segundo a qual "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor", está no catálogo de direitos fundamentais, mas não outorga direito a um titular concreto que possa exigi-lo em juízo. Em síntese, não há uma identidade entre direito fundamental (como direito subjetivo) e norma de direito fundamental: embora todo direito fundamental tenha por fundamento uma norma de direito fundamental, pode haver normas de direito fundamental que não conferem direitos fundamentais (como direitos subjetivos).

direitos fundamentais no sistema brasileiro constituem direito imediatamente aplicável (CF 5º, § 1º), que vincula de modo positivo e negativo o Estado também no exercício da função administrativa.

Isso nos leva a uma conclusão interessante para os fins deste trabalho: os direitos fundamentais devem ser considerados, sempre, na decisão administrativa, mesmo quando as normas que os definem não se refiram diretamente ao exercício da competência em questão. Os direitos fundamentais sempre opõem, nesse caso, limites objetivos às competências discricionárias, para além de sua perspectiva subjetiva (de direitos subjetivos). Eles podem restringir as opções abstramente previstas na norma habilitante.

Se de fato restringirão a discricionariedade no caso concreto, ou não, é questão que se apura mediante a aplicação de um modelo de regras, princípios e procedimento no qual o princípio da proporcionalidade terá grande importância[83]. Mas também os princípios formais: por exemplo, ante a possibilidade de um conflito entre direito fundamental e uma norma habilitante, deve-se indagar se a regra de competência já não contém eventualmente uma ponderação, realizada pelo legislador, que deve ser respeitada em virtude de um princípio formal de repartição de competências entre o Poder Legislativo e os juízes, fundamentado na separação de poderes (CF 2º).

Em todo caso, a não consideração dos direitos fundamentais que possam incidir sobre o caso invalida por si só a decisão discricionária, qualquer que seja seu conteúdo. Trata-se de um vício que obviamente compromete as ponderações e

83 Robert ALEXY. “Sistema jurídico y razón práctica”, pp. 159-176.

subsunções necessárias à aplicação do direito no caso concreto e que macula o ato administrativo, normativo ou não, como um todo. A razão para isso está em que a regra do CF 5º, § 1º, que prevê a aplicabilidade imediata das normas definidoras de "direitos e garantias" fundamentais, tem a eficácia própria de ordenar a inclusão dos direitos fundamentais, quando pertinente (ou seja, quando algum elemento da realidade do caso concreto estiver sob a hipótese de incidência de uma norma de direito fundamental), na motivação dos atos administrativos.

A eficácia objetiva dos direitos fundamentais se justifica não apenas pelo fato de que todo direito fundamental pressupõe, necessariamente, um elemento do direito objetivo que o preveja. Assenta-se mais na observação de que se atribui também às normas de direitos fundamentais uma "função autônoma" transcendente da perspectiva subjetiva (de normas atributivas de direitos subjetivos). As normas jusfundamentais projetam sua eficácia jurídica muito além das relações jurídicas intersubjetivas reguladas por elas na forma do direito subjetivo; elas adquirem *conteúdos normativos* diversos do mero estabelecimento, como efeito, de uma relação jurídica de direito subjetivo.

Por isso, entende-se que há um dever de considerar as normas de direitos fundamentais em contextos normativos diversos daqueles em que se institui e se desenvolve a relação básica de direito subjetivo, dentre os quais o do exercício da função administrativa em sua feição prestacional (serviços públicos), promocional (fomento) e ordenadora do campo da atividade dos particulares (polícia administrativa), assim como em todas as atividades instrumentais (atividade financeira do Estado; contratação de obras, serviços, compras e alienações; seleção, recrutamento e gestão de pessoal).

Essa consideração, resultante da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, pode ter diversos sentidos que a doutrina tenta sumariar[84]. Para o estudo da redução da discricionariedade (que diz com o tema dos limites: limite entre discrcionariedade e arbitrariedade; entre juridicidade e contrariedade a direito; entre legislação, jurisdição e administração; etc.), basta dizer que os direitos fundamentais podem ser, além de direitos subjetivos, limites objetivos ao exercício de competências discricionárias.

Há uma tradição muito forte no direito brasileiro, sob o influxo dos sistemas de *common law*, de referir-se à "razoabilidade" como parâmetro de aferição da arbitrariedade dos poderes públicos, em especial no controle abstrato de constitucionalidade de normas, de onde migrou para o direito administrativo[85]. No direito constitucional positivo, a razoabilidade foi expressamente prevista no direito fundamental à "razoável" duração do processo judicial e administrativo (CF 5º, LXXIII, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004) e pela Constituição do Estado de São Paulo no artigo 111, que a situa como "princípio" da administração do

84 É vastíssima a doutrina sobre a "dupla perspectiva" dos direitos fundamentais e seu significado para a domgática jurídica. Na doutrina brasileira podemos mencionar a obra de Ingo Wolfgang SARLET. **A eficácia dos direitos fundamentais**, pp. 145-156. Também merece destaque o trabalho de Paulo BONAVIDES. **Curso de direito constitucional**, pp. 481 e ss. e pp. 532 e ss. Há o trabalho de Paulo Gustavo Gonet BRANCO. "Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais". *in:* Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires COELHO e Paulo Gustavo Gonet BRANCO. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, pp. 103-194. Na doutrina estrangeira, são imprescindíveis as observações de Joaquim José Gomes CANOTILHO. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, pp. 373-375 e 1.121-1.124. Ainda em Portugal, José Carlos Vieira de ANDRADE. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Sobre o assunto, no direito alemão, pode-se mencionar Konrad HESSE. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Sobre a dupla "perspectiva" ou "dimensão" dos direitos fundamentais há um importante artigo de Robert ALEXY. "Grunderechte als subjektive Rechte und als objektive Normen". *in:* Der Staat, 29 (1990), pp. 49 e ss., que pode ser encontrado, também em alemão, em coletânea de textos. Robert ALEXY. **Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. Na Espanha, ver sobretudo Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. **Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

85 Ver, literalmente, por todos: José Roberto Pimenta OLIVEIRA. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. Trata-se do mais completo inventário das posições conhecidas sobre o assunto no direito brasileiro, com fortes referências ao direito estrangeiro.

Estado.

A ausência de expressa referência constitucional em outros contextos (e antes de 2004) não impediu o Supremo Tribunal Federal e uma parcela significativa da doutrina de reconhecer – com divergências conceituais significativas – o princípio da razoabilidade como parte do ordenamento jurídico brasileiro[86]. Afirma-se, com freqüência, que a razoabilidade se infere do princípio do Estado de Direito, do devido processo legal em sentido substantivo, da dignidade da pessoa humana e de outros mais dispositivos, regras, princípios.

A discussão sobre o princípio da "razoabilidade" pressupõe que se defina com clareza do que se está falando. Mas a doutrina não consegue formular de maneira adequada o que entende por "razoabilidade"; a linguagem é obscura, vacilante, e pouco esclarecedora a respeito do que se pretende descrever. A razão para isso, segundo entendemos, está em que não se desenvolveu entre nós uma teoria adequada, recebida e adotada pelos tribunais (em especial o STF) e reelaborada pela doutrina, sobre a razoabilidade.

A enorme dificuldade de recolher na jurisprudência elementos suficientes para construir parâmetros de controle dos atos estatais (em especial, dos atos restritivos), seja porque não se divisa uma teoria consistente que esteja à base dessas decisões, seja porque a doutrina erra em caminhos que não levam a lugar algum, empurra os juristas a uma constante remissão ao direito estrangeiro, como último recurso da ciência do direito na reconstrução do material normativo e da praxe dos

86 Para um conceito de razoabilidade bastante difundido, conferir Luís Roberto BARROSO. "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional", *in*: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 23 (1998), pp. 65-78; para a crítica, ver Virgílio Afonso da SILVA. "O razoável e o proporcional", *in*: RT 798/23-50.

tribunais. Mas a importação das teorias estrangeiras – nesse e noutros domínios – tem pelo menos dois problemas associados que produzem um ciclo vicioso, do qual a custo tentamos sair.

Em primeiro lugar, trata-se de uma importação seletiva, sem critério discernível. Deve-se justificar, com argumentos, por que se prefere a doutrina alemã da proporcionalidade à espanhola sobre razoabilidade[87]. Se a matriz de *common law* da razoabilidade for reconhecida, adota-se a o sentido que tem no direito inglês, de simples padrão subjetivo do agente público "razoável", ou do direito americano, que é muito mais complexa e se espraia por um conjunto de regras e exceções distribuídas por exames das questões de fato, de direito e de "discretion"? Daí que se misturem, com freqüência, os diversos métodos e estruturas aplicados nos mais diversos sistemas jurídicos e, depois, se busque uma enganosa identidade material ou funcional, quando o que interessa, de fato, é a estrutura de aplicação, sob pena de as referências às várias pautas normativas desenvolvidas no direito estrangeiro servirem apenas de mecanismos retóricos, sem nenhuma funcionalidade específica no sistema brasileiro.[88]

Explica-se um pouco melhor. Em rigor, pressupõe-se que a razoabilidade seja uma norma que regule a aplicação de outras normas jurídicas – uma norma de segundo grau ou, na linguagem de Humberto Ávila, "postulado normativo aplicativo". Mas, para cumprir essa função, é preciso que ela forneça uma estrutura de aplicação. Se não se individualiza essa estrutura, então não se diz nada de

87 Que tem entre seus defensores, no direito administrativo, Tomás-Ramón Fernández e Eduardo García de Enterría, cujos *testes* analisaremos no próximo capítulo.

88 Para a necessidade de uma estrutura de aplicação, e um esboço de metodologia para investigar as estruturas na jurisprudência dos tribunais superiores, ver Humberto ÁVILA. **Teoria dos princípios**, pp. 121-129.

relevante quanto à *função* específica de uma norma de segundo grau. A regra permanecerá latente. E inútil. Mero lugar-comum retórico ao qual se recorre para justificar *a posteriori* uma decisão qualquer.

Em segundo lugar, a importação das doutrinas estrangeiras, sem atentar para as especificidades de cada ordem jurídica e do substrato filosófico, teórico, histórico, político e ideológico que fundamenta concretamente as diferenças entre os sistemas, pode significar apenas confusão e, no meio dela, a perda do referencial que inspirou todas as construções: a busca, por razões que não convém trazer à baila, de um padrão de racionalidade que possa ser imposto, pelo Poder Judiciário, ao processo de decisão estatal (decisão legislativa, administrativa e sobretudo à decisão judicial).

As normas de segundo grau cumprem sem dúvida alguma a função de aviar o controle, pelos juízes, da aplicação do direito (constitucional e infraconstitucional) realizada por outros órgãos do Estado; mas são parâmetros normativos também para uma separação entre as funções judiciais, legislativas e administrativas num contexto histórico e normativo de alteração substancial do significado da vinculação dos juízes ao direito.

Mas esse novo tipo de vinculação, e de controle, tem o outro lado na vinculação da Administração: agora a Administração Pública se vê convocada, pelo ordenamento jurídico-constitucional, a empreender a gestão direta de interesses públicos, mediante um imenso e complexo aparato burocrático; trata-se de uma situação na qual a Administração Pública maneja uma infinidade de conhecimentos técnicos especializados e no qual a lei deixa de ser o mero instrumento de

composição dos conflitos entre autoridade e liberdade na realização de um número limitado de interesses coletivos, e se torna uma habilitação para que se dê satisfação a um cada vez mais amplo espectro de interesses públicos[89].

A proporcionalidade, a razoabilidade e outras construções semelhantes devem propiciar uma estrutura de aplicação consistente, no mínimo, com as peculiaridades normativas de cada sistema jurídico-constitucional no que diz respeito aos limites da função jurisdicional em relação às outras funções do Estado, que se transformaram profundamente no século XX e continuam a se transformar. Não é possível pretender que a interpretação da separação de poderes na Alemanha – e, portanto, a divisão funcional das tarefas estatais entre justiça, legislação e administração – seja a mesma do Brasil, assim como não é seguramente igual à dos Estados Unidos, da França ou da Inglaterra.

Logo, se uma determinada concepção pretende dar fundamento normativo universal à razoabilidade (ou à proporcionalidade, se usada como sinônimo, ou termo intercambiável sem perda de conteúdo), então se deve ter presente a necessidade de justificar, exaustivamente, por que os sistemas jurídicos diferem em

89 Ver Dieter GRIMM. "Política e direito", in. Dieter GRIMM. **Constituição e política**, pp. 3-20. Esse artigo de Grimm, publicado na imprensa quando ele ainda era juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão, delineia sem descer a detalhes o processo pelo qual a idéia de "vinculação ao direito" se alterou radicalmente no século XX e atribui o fenômeno a mudanças profundas na relação entre direito e política após a "legalização da mudança do direito", na expressão de Luhmann usada por Grimm, que caracteriza o fim da hegemonia direito natural e o início da era do positivismo jurídico. Em Gustavo ZAGREBELSKY. **El derecho dúctil. Ley, justicia y derechos**, encontramos um histórico muito mais aprofundado dos processos históricos, políticos, jurídicos e sociológicos que levaram do "Estado liberal" ao "Estado Constitucional", na linguagem amplamente difundida no Brasil graças a Paulo Bonavides e também cara a Zagrebelsky. É claro que tanto em Grimm quanto em Zagrebelsky, e em outros tantos que se tenham ocupado do tema, como Antoine Garapon na França (Antoine GARAPON. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.**), se trata de modelos baseados na experiência européia – italiana, francesa e alemã – *colhida no que há de comum* entre elas, e que não pode ser mecanicamente transposta para a realidade brasileira ou latino-americana. Aqui as circunstâncias são diversas e, portanto, a recepção das teorias que pretendem explicar o devir histórico *deve* ser também matizada com os fatos de nossa história e, sobretudo, com os dados jurídicos imediatos de nosso sistema jurídico.

suas construções particulares – por que, enfim, eles não adotam, todos, as mesmas estruturas normativas[90]. Há duas possibilidades: ou se reconhece que as diferenças entre as ordens jurídicas nacionais se devem exatamente às peculiaridades de cada uma, e se frustra a tentativa de "universalização" pela via dogmático-normativa; ou se aceita alguma teoria que valha sem referência a nenhum ordenamento em particular, uma teoria formal que assuma pressupostos filosóficos e metodológicos e deles apenas faça derivar suas conclusões – uma teoria compatível com o que se espera de uma teoria geral do direito.

Vejamos um exemplo para ilustrar as opções disponíveis. A tese da fungibilidade material e funcional entre razoabilidade e proporcionalidade foi defendida por José Roberto Pimenta Oliveira na que, sem favor, pode reputar-se a mais completa obra sobre o assunto no direito administrativo brasileiro[91]. Para ele, haveria uma intercambiabilidade entre os dois termos, baseada na semelhança material e funcional: ambos os postulados servem de "norma jurídica conformadora e limitadora da maneira pela qual se conduz e se concretiza a ponderação administrativa de interesses juridicamente tuteláveis, irremissível na interpretação-aplicação do Direito pelo agente administrativo em qualquer Estado de Direito".

Antes se faz, no entanto, uma distinção muito obscura – quase incompreensível – entre razoabilidade e proporcionalidade. De um lado, a razoabilidade aparece como um mandamento genérico de ponderação que pode assumir múltiplas formas e estruturas; de outro, a proporcionalidade como "instrumento específico e básico da razoabilidade". A obscuridade reside em que a

90 A pergunta é formulada – em outros termos – por Virgílio Afonso da SILVA. "O proporcional e o razoável". *in*: RT 798, p. 45.

91 José Roberto Pimenta OLIVEIRA. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**.

proposta de distinção se mostra absolutamente incapaz de fornecer outra forma ou estrutura, para a realização da “razoabilidade” como mandamento de ponderação genérico, que não seja a proporcionalidade.

Essa formulação opaca estabelece então uma relação entre razoabilidade e proporcionalidade que, na prática, apesar dos veementes protestos de seu defensor, reduz a razoabilidade às regras parciais da proporcionalidade no que interessa à aplicação concreta nas condições históricas atuais, por ausência de outros instrumentos conhecidos que sejam tão “objetivados” quanto a proporcionalidade na função de “permitir o controle intersubjetivo das ilações normativas depreendidas e implementadas a título de observância do dever fundamental de razoabilidade ou ponderação de interesses”.

Apesar de o melhor instrumento disponível hoje para “conferir operacionalidade e efetividade jurídica à razoabilidade” consistir na “estrutura procedimentalizada do princípio [da proporcionalidade], definida e explorada no direito alemão”, o “núcleo” do princípio da razoabilidade ainda “mantém toda ductilidade em sua força normativa de balizamento da formulação de quaisquer juízos estimativos formulados pela Administração”. Ou, ainda, “reduzir a razoabilidade à proporcionalidade (...) também retiraria do princípio a força material reconhecida em seu núcleo conceitual, que pode ser imposta não apenas pelo recurso à proporcionalidade, mas por outros instrumentos concebidos para coarctar a irregularidade no momento ponderativo inerente ao exercício de certas competências”. Só não se especificou *quais* seriam esses “outros instrumentos”. Resta apenas a proporcionalidade. Por que, então, distingui-las?

Se não traímos o pensamento de Pimenta, a “razoabilidade” seria uma exigência geral e permanente – ligada ao Estado de Direito, “em sua vertente democrática” – de “ponderação” de todos os elementos (empíricos, normativos, axiológicos, psicológicos etc.) relevantes para a decisão administrativa, o que supõe a correta identificação desses elementos (princípios, valores, direitos, bens, interesses etc.) e, posteriormente, a atribuição também correta de “peso ou relevância”, assim como a “demonstração integral” de que essa ponderação foi realizada corretamente. A diferença em relação à proporcionalidade estaria em que a razoabilidade, por ser geral, permanente e, diríamos nós, inespecífica (ao não dizer *o que* se deve ponderar nem *como* se deve realizar a ponderação), *hoje* está bem satisfeita pela proporcionalidade, mas *amanhã* pode não estar.

A nosso ver, essa é uma hipótese indemonstrável, cuja utilidade, para o plano da aplicação concreta das normas jurídicas, no mínimo fica por esclarecer. Além disso, autores como Humberto Ávila distinguem a ponderação como “método ou idéia geral” dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade; o que Pimenta chamou de “razoabilidade”, Ávila denomina “ponderação” pura e simples. Em resumo: a hipótese de que haveria na razoabilidade um “núcleo conceitual” com “força material” para engendrar “outros instrumentos”, na ausência de indicação desses instrumentos, acrescenta muito pouco ao conceito de proporcionalidade e ainda induz ambigüidade, por fazer da “razoabilidade”, nesse sentido, algo indistingüível do conceito de ponderação tomada como um dever jurídico geral.

Demos o exemplo da tese da “fungibilidade material e funcional” – formulação altamente sofisticada de uma proposta conciliatória entre proporcionalidade e razoabilidade no direito brasileiro – para ilustrar a dificuldade (e, a nosso ver, a

desnecessidade) de fundamentar uma regra autônoma da razoabilidade, ao menos no estado atual da doutrina e da jurisprudência brasileiras, sem causar enormes prejuízos à possibilidade de diálogo racional e de estruturação de técnicas de controle da arbitrariedade dos atos estatais (em nosso caso, dos atos administrativos em sentido amplo, que incluem regulamentos, instruções e outras *normas*, além dos atos administrativos em sentido estrito, que são juízos concretos de dever ser).

A tremenda confusão que já se verifica na jurisprudência – a que vamos nos referir no capítulo seguinte – vai se tornar um caos: o que foi pensado para eliminar a arbitrariedade de todos os poderes públicos será a porta de entrada de um mundo sinistro em que "sábios togados", escolhidos por critérios nada transparentes e com baixíssimo grau de responsabilidade política[92], poderão rever qualquer "ponderação" feita por legislaturas eleitas e burocracias em última análise politicamente responsáveis por dependência administrativa de um Poder Executivo eleito. A interdição da arbitrariedade será o pretexto para que o Poder Judiciário incorra, ele próprio, no vício censurado nos outros poderes. As fronteiras da discricionariedade

92 Inclui-se na classe dos "sábios togados" sem responsabilidade política o Ministério Público, instituição que, pela via da ação civil pública e da responsabilização dos agentes públicos por improbidade administrativa, tem conseguido interferir de modo substancial no exercício da função administrativa. Esse imenso poder de iniciativa e provocação do Poder Judiciário que assiste ao Ministério Público no sistema brasileiro de controle jurisdicional da Administração teve uma conseqüência mal percebida pela doutrina tradicional (que, de modo geral, não analisa em conjunto os conceitos do direito material e do direito processual): o direito processual coletivo subjetivou, *para fins de tutela jurisdicional*, todos os interesses coletivos que a Administração deve curar, ainda que as normas definidoras dos respectivos interesses não estabeleçam uma relação de "direito subjetivo" no sentido estrito. Trata-se, portanto, de uma fortíssima expansão *processual* do controle da Administração, que reclama limites mais claros no plano do direito material, definidos por critérios seguros de aferição da legitimidade dos atos do Poder Executivo, sob pena de inviabilizar a atividade administrativa e instituir um governo de juízes e promotores. Na base de tudo, para agravar o problema, haveria segundo alguns cientistas políticos uma profunda desconfiança dos membros do Ministério Público em relação aos processos políticos e administrativos na satisfação dos interesses coletivos. Ver Rogério Bastos ARANTES. "Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos interesses coletivos". *in*: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 14, n. 39 (1999). Do mesmo autor, **Ministério Público e política no Brasil**. Ver também a tese de doutorado, defendida na Universidade de São Paulo (USP), por Cátia Aida SILVA. **Novas Facetas da Atuação dos Promotores de Justiça: um estudo sobre o Ministério Público e a defesa dos interesses sociais.**

em rigor desapareceriam – e tudo seria vinculação, embora de um tipo novo, que transfere ao juiz o poder de escolher em que casos (e em que medida) incidiria o controle, sem aparentemente nenhum procedimento capaz de assegurar a racionalidade não do ato administrativo, mas da decisão judicial[93].

Seria mais fácil e menos perigoso do que insinuar a existência de uma "forma pura" de razoabilidade, traduzida em deveres de ponderação inespecíficos que podem dar margem a amplíssimos (porque indefinidos) poderes de revisão judicial da função administrativa, assumir que há apenas a proporcionalidade[94]. Este princípio, como decorrência lógica do caráter de princípios das normas jurídicas, oferece uma concepção axiologicamente neutra e válida para todos os sistemas jurídicos (nesse sentido, portanto, uma "teoria geral" que prescinde das análises dogmático-positivas) de estruturação dos juízos de ponderação. Considera que o objeto da ponderação é a satisfação e a afetação (não-satisfação) de princípios, e vincula o processo de ponderação, segundo o modelo de fundamentação, a uma teoria da argumentação jurídica que lhe confere algum tipo de racionalidade.

---

93 Para o nível do *procedimento*, no sistema jurídico, ver Robert ALEXY. "Sistema jurídico y razón práctica", pp. 172-174. Alexy afirma: "*Nem os princípios nem as regras regulam por si mesmos sua aplicação. Eles representam apenas o lado passivo do sistema jurídico. Se se quer obter um modelo completo, deve-se agregar ao lado passivo um lado ativo, referido ao* ***procedimento de aplicação das regras e princípios****. Por tanto, os níveis das regras e dos princípios têm de ser completados com um terceiro nível. Num sistema jurídico orientado pelo conceito da razão prática, este terceiro nível pode ser apenas o de um* ***procedimento que assegure a racionalidade****.*" (p. 173). Para a idéia de que todos os atos estão vinculados por algum parâmetro normativo – e que a distinção entre vinculação e discircionariedade se acha superada no "pós-positivismo" –, uma tese sem dúvida exagerada e de duvidosa validade, ver Gustavo BINENBOJN. **Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Do mesmo autor, no mesmo sentido, as "notas de atualização" da 7ª edição do clássico de Miguel Seabra FAGUNDES. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**.

94 Não se quer dizer que a proporcionalidade, associada à teoria dos princípios, seja a única possibilidade de compreensão de fenômenos de ponderação ou de colisão de princípios. Ela fornece *uma* possibilidade de fundamentação racional, axiologicamente neutra, e aplicável a qualquer ordenamento jurídico. Se houver outra compreensão que satisfaça esses requisitos, poderá ser adotada, depois de avaliado seu rendimento teórico e prático. Agora, uma vez aceita a proporcionalidade nos termos que a definimos, com suas três regras parciais em relação de subsidiariedade, não há necessidade nenhuma de recorrer à razoabilidade como conceito superior; nem de redefinir a proporcionalidade, reduzindo seu âmbito de aplicação, para distinguir o que pode ser nela incluído sem prejuízo nenhum.

Isso é precisamente o que fazemos neste trabalho. Entendemos que as tentativas de dar um conteúdo diferenciado à razoabilidade, mais ou menos bem sucedidas, não conseguem a nosso ver justificar-se de modo satisfatório.[95] Ou ficam no plano das meras opiniões pessoais, inspiradas no direito estrangeiro, ou podem ser reconduzidas sem problema nenhum à proporcionalidade tal como a definimos.

95 A proposta de Humberto Ávila é também muito interessante e bem construída. Ele tenta separar *razoabilidade* de *proporcionalidade*, seguindo de perto uma corrente da doutrina alemã, mediante a restrição do conceito de proporcionalidade: o exame da proporcionalidade levaria em consideração apenas a relação empírica de *meios* e *fins* e cumpriria a função específica de restrição às restrições de direitos fundamentais por princípios (que definem direitos fundamentais ou interesses coletivos). De outro lado, a razoabilidade apresentaria três aspectos: a razoabilidade como *eqüidade* significaria um dever de "harmonização do geral com o individual", impondo uma determinada interpretação dos *fatos* de acordo com o conteúdo axiológico de um princípio (em especial a interpretação dos fatos "conforme o que ordinariamente acontece"), ou a "consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal"; a razoabilidade como *congruência* exigiria a "harmonização das normas com suas condições externas de aplicação", ou seja, a "recorrência a um suporte fático existente" e uma "relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada"; por fim, a razoabilidade como equivalência exige uma "relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona". Não é o caso de proceder a uma análise mais detalhada dos três conceitos de "razoabilidade" (que, na verdade, segundo pensamos, são *cinco*, agrupados em três categorias gerais), mas em alguns exemplos que Ávila usa para resta bem claro que se poderia reconstruir o argumento mediante a aplicação do postulado da *adequação*, primeira regra do exame de proporcionalidade, ou da *necessidade*; Ávila reconhece implicitamente essa possibilidade do seguinte modo: *"Embora não seja a opção feita por este trabalho, pelas razões já apontadas,* ***é plausível enquadrar a proibição do excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito****. Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar a aniquilação de outro, a proibição do excesso será incluída no exame da proporcionalidade. Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade*." Ou seja, a construção de Ávila quer chamar a atenção para as *diferenças* entre os *objetos* da ponderação (bens, interesses, valores, princípios etc.), bem como para os diversos *critérios* de valoração das medidas estatais. Agora, uma reconstrução teórica do conceito de proporcionalidade, que ele mesmo admite ser possível, pode tornar as diferenças irrelevantes. Basta reconhecer que a ponderação jurídica sempre terá como objeto princípios ou, melhor, a satisfação ou não satisfação (afetação) de princípios. Interesses, bens, valores, fins e outros "objetos" da ponderação referidos por Ávila, na verdade, são o conteúdo do dever ser de princípios (que prescrevem a realização de interesses, a proteção de bens, a promoção de valores etc. na maior medida possível), ou seja, aquilo que os princípios ordenam, proíbem ou permitem que se realize; apenas por "abstração" das normas que recolhem esses conceitos e os alocam em seu "dever ser" se poderia chegar diretamente aos interesses, bens, valores e outros "conceitos práticos" potencialmente objeto de ponderação. Essa abstração é sem dúvida alguma possível (e nisso concordamos plenamente com Ávila), mas não responde às necessidades de uma teoria jurídica, ou seja, de uma teoria da "ponderação especificamente jurídica", além de dificultar a compreensão do modo como as normas se relacionam no interior do ordenamento. Ver Humberto ÁVILA. **Teoria dos princípios**, pp. 130-166.

CAPÍTULO 3 – O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO PROIBIÇÃO DA ARBITRARIEDADE

1. A possibilidade de sistematização dos limites da discricionariedade pela categoria do devido processo legal

O conjunto de técnicas expostas no capitulo anterior pode ser denominado, no direito brasileiro, “devido processo legal substantivo”. Há quatro razões que justificariam adotar essa terminologia. Em primeiro lugar, a unificação num conceito superior facilitaria a ordenação do material normativo e a argumentação jurídica. Portanto, atenderia melhor ao propósito de fornecer critérios para a decibilidade dos conflitos do que a mera enunciação das várias técnicas de controle da discricionariedade admnistrativa sem estabelecer nenhum tipo de relação entre elas. Essa razão é um argumento relacionado à dogmática jurídica.

Além disso, a história e a prática do “due process of law” no direito inglês e, sobretudo, nos Estados Unidos do último século – de forte expansão da atividade estatal de ordenação da vida privada e econômica – condensou um núcleo de sentido que é compatível com a reunião de todos os limites da discricionariedade e das respectivas técnicas de controle sob essa denominação. Não por outro motivo, a doutrina brasileira reconhece há muito tempo, antes mesmo da recepção expressa da cláusula “due process” na ordem constitucional, a aplicabilidade das construções

americanas relativas ao devido processo legal. Esse é o argumento que chamamos "histórico e comparativo".

Em terceiro lugar, a Constituição de 1988, pela primeira vez na história constitucional brasileira, positivou a garantia do devido processo legal (CF 5º, LIV). O texto constitucional empregou termos que, no mínimo, não precluem a atribuição de um sentido de proteção material de direitos fundamentais (ou da "liberdade" e "bens", na fórmula constitucional brasileira, que é uma tradução, com redução, da 5ª Emenda à Constituição americana). Aliás, o Supremo Tribunal Federal tem usado a garantia do devido processo como cláusula geral de proibição de atos estatais arbitrários e fundamento normativo concreto do controle da "razoabilidade" e "proporcionalidade" das leis. Trata-se de um argumento "jurídico-positivo".

Esses três argumentos, no entanto, são insuficientes para justificar a escolha e a amplitude do devido processo legal substantivo como conceito-síntese. De um lado, o argumento dogmático diz sobre a necessidade de um conceito superior, mas não qual deve ser o conceito. De outro, os argumentos histórico e jurídico-positivo fundamentam a possibilidade de eleger o devido processo legal – como faz o Supremo Tribunal Federal – para tentar sistematizar os limites à discricionariedade administrativa (e também à liberdade de conformação do legislador).

Para responder a essas questões pretendemos usar um argumento sistemático: afirmamos que é possível elaborar com base no devido processo legal um sistema que permite o esclarecimento recíproco dos limites à discricionariedade administrativa e das respectivas técnicas de controle. A adoção da cláusula *due process*, então, adiciona sentido ao conjunto, confere-lhe unidade e inteligibilidade,

expõe as relações entre os vários elementos, revela a estrutura íntima subjacente a todas as vinculações jurídico-positivas das competências discricionárias.

A possibilidade de elaboração de um sistema constitui a razão fundamental para que se defenda o uso do devido processo legal, e não de outro conceito, como síntese do que se expôs nos capítulos precedentes. Mas não se trata de uma síntese total, que abrange todas as barreiras erguidas pelo sistema jurídico à discrição da Administração Pública, pois a Constituição brasileira, nesse ponto, não é apenas uma carta de princípios; ela desce a numerosos detalhes e configura, de modo significativo, o âmbito do legítimo exercício dos deveres e poderes administrativos. Assim, a função de síntese do *due process of law* não se estende, como veremos, a todo o regime jurídico administrativo. A perspectiva substantiva do devido processo consiste em prescrever um *modo de relacionamento dos pressupostos fáticos e normativos da atividade administrativa discricionária*, sem afastar a incidência de outras normas (regras e princípios) que regulam o exercício da discricionariedade.

A elaboração desse sistema será objeto do último capítulo do trabalho. Agora cumpre examinar os argumentos histórico e jurídico-positivo, que ajudarão a iluminar o conceito do devido processo legal no direito brasileiro e servirão de base para a construção de um modelo teórico adequado a nossa realidade constitucional.

2. O núcleo conceitual do devido processo legal: proibição da arbitrariedade

No direito espanhol, considera-se que a “interdição da arbitrariedade dos

poderes públicos" do art. 9.3 da Constituição cumpre o papel de reunir, sob a mesma categorização, todos os limites substanciais ao exercício das competências discricionárias que devem ser observados pela Administração Pública[1]. De certo modo, as técnicas de identificação das fronteiras da discrição e, portanto, de controle jurisdicional da atividade administrativa que tenha pressupostos discricionários se traduzem numa barreira erguida ao arbítrio do gestor público, que administra, cura interesses alheios, de tal maneira que não se acha autorizado a dispor dos interesses postos sob sua responsabilidade.

A vedação do arbítrio significa que a Administração deve sempre dar boas razões – jurídicas e, quando for o caso, extrajurídicas – para seus atos e omissões. As razões jurídicas para a ação (ou omissão, se juridicamente possível) da Administração são normas jurídico-positivas[2] e fatos jurídicos. Por isso, num sentido mais profundo, repetimos agora o que foi dito anteriormente: o ordenamento jurídico, por ser a única fonte da discricionariedade, constitui também seu único limite. As fronteiras da discricionariedade separam o que nela há de legítimo, que conta com boas razões jurídicas, do que pode haver de ilegítimo, que não conta com boas razões jurídicas. Assim se procede esquematicamente à segregação entre discricionariedade legítima e arbitrariedade vedada[3].

Desse modo, as técnicas que asseguram a vinculação da Administração ao direito podem ser agrupadas sob uma denominação ainda genérica de "proibição da arbitrariedade". Ainda falta, porém, um fundamento constitucional específico no

1 Ver, sobre o assunto, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. **Curso de Derecho Administrativo**, p. 404.
2 Para as normas como razões para agir, ver Joseph RAZ. **Practical reason and norms**, pp. 15-49.
3 Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. **De la arbitrariedad de la Administración**, pp. 81-99.

sistema brasileiro[4]. Apesar de haver propostas recentes e interessantes de elaboração de um conceito-síntese que denote o conjunto de técnicas de identificação e controle da discricionariedade administrativa, convém repetir dois argumentos já utilizados em favor do devido processo legal. Primeiro, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina do direito constitucional parecem localizar a proibição do arbítrio, a interdição do capricho, a proscrição da vontade pessoal ditada por considerações subjetivas e desarrazoadas das autoridades públicas na cláusula do devido processo legal (CF 5º, LIV)[5].

Em segundo lugar, a Constituição de 1988, de maneira inédita em nossa história constitucional, submeteu qualquer restrição a direitos ("liberdade" e "bens") à observância de um devido processo legal que não se esgota no aspecto

4 Ainda que algumas técnicas estejam consagradas na legislação ou decorram da Constituição (como os princípios constitucionais da Administração Pública ou os direitos fundamentais), o conceito-síntese permite localizar *em qualquer caso* a sede constitucional da violação ao ordenamento jurídico, o que potencia o controle de legalidade em controle amplo de juridicidade (legalidade *e* constitucionalidade), mesmo quando se trate de aplicação de técnica que tem previsão expressa apenas em textos legais (como o desvio de finalidade). Isso proporcionaria, dentre outras coisas, o manejo do recurso extraordinário e da argüição de descumprimento de preceito fundamental, bem como a edição de súmula vinculante, tudo a respeito de matérias que, de outro modo, poderiam não se beneficiar dos mecanismos, ainda um pouco tímidos, de *stare decisis*, ou nem mesmo chegar ao Supremo Tribunal Federal. Deve-se lembrar que é possível vislumbrar, *a contrario sensu*, na jurisprudência do STF uma tendência a considerar que toda violação do princípio do devido processo legal em sentido substantivo constituiria ofensa direta à Constituição para fins de admissibilidade do recurso extraordinário pelo CF 102, III, *a*, enquanto o devido processo legal em sentido processual estaria abrangido pelo CF 5º, LV, e se resolveria em ofensa direta a normas processuais, não à Constituição. Ver: AI-AgR 513.044-SP, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 08/04/2005; AI-AgR 387.318-RS, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 06/09/2002; RE-AgR 282.258-SC, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 26/03/2004. Nesses casos, o ministro Carlos Velloso, pela maioria da 2ª Turma do Supremo, afirmou que "*o inciso LIV do art. 5º, C.F., mencionado diz respeito ao devido processo legal em termos substantivos e não processuais [...] quis a recorrente referir-se ao devido processo legal em termos processuais, CF, art. 5º, LV.*" Elaborou-se uma distinção, portanto, entre os dois incisos do CF 5º que tratam de devido processo – o LIV e o LV – de tal modo que o devido processo legal expressamente mencionado no primeiro seria *apenas* o material.

5 Destaque-se a recente e interessante construção de Juarez Freitas sobre o "direito fundamental à boa administração pública", inserido no art. 41 da "Carta de Nice", da União Européia, que define os direitos fundamentais dos cidadãos da União. Ver Juarez FREITAS. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**, *passim*. Apesar de ser possível derivar um tal direito do CF 5º, § 2º, parece claro que, se houver um único fundamento para *todas* as técnicas de identificação dos limites da discricionariedade que prescinda de raciocínios fundados na cláusula de extensão dos direitos fundamentais e esteja expressamente positivado no catálogo da Constituição brasileira, o rendimento teórico e prático (sobretudo na definição da norma constitucional violada, quando não houver expressa previsão) será muito maior. Esse é precisamente o caso do "devido processo legal", como defendemos neste trabalho.

procedimental. Assim, sempre que estiver em jogo um direito, fundamental ou não, a Constituição prescreve, mais do que um processo em sentido formal, uma exigência de razões substantivas para as decisões que venham a afetá-lo direta ou indiretamente[6].

Essa exigência de razões substantivas traduz-se, em termos práticos, no processo (legislativo, judicial e administrativo) em sentido amplo, que pode ser concebido como um processo de idéias, decisão e argumentação – inserido, formalmente, na estrutura de um procedimento – do qual a manifestação estatal constitui o resultado. A correção desse processo implicará, como veremos, a correção do resultado da atividade legislativa, administrativa e judicial (mas não o contrário). Em outras palavras, para não ir além do que interessa agora, uma decisão administrativa estará de acordo com o devido processo legal substantivo quando for sustentada por boas razões. A adequação lógica e normativa do processo de justificação das decisões é o cerne do devido processo; ou, ainda, o processo devido é o que provê boas razões para uma decisão administrativa.

Nesse sentido, a cláusula *due process of law* pode ter por conteúdo, no direito brasileiro, a proibição da arbitrariedade. Vejamos agora como essa concepção do devido processo legal se mostra compatível com a história do instituto no direito anglo-americano, com a doutrina brasileira anterior – e posterior – à Constituição de

6 A ampliação arbitrária – e, portanto, antijurídica – da esfera jurídica dos particulares mediante atos administrativos pode resultar em violação, por via indireta, do princípio da igualdade, que tem *status* de princípio constitucional da Administração Pública (CF 37, *caput*) e de direito fundamental (CF 5º, *caput*) e privar, de modo definitivo, a sociedade e o Estado de "bens" coletivos ou distributivos (que excluem, em sua fruição, todos os outros sujeitos interessados). Assim, não apenas os atos *restritivos* podem afetar a esfera jurídica dos administrados; aliás, o espaço para o arbítrio, nos atos ampliativos, é muito grande num país como o Brasil, ainda pouco acostumado à impessoalidade no trato da coisa pública. Dir-se-ia que a possibilidade de abusos nos atos ampliativos de direito é inversamente proporcional à atenção que lhe dedica a doutrina do direito administrativo. Veremos abaixo um caso de ampliação arbitrária – destituída de causa – e um modelo de argumentação para defini-lo como violação do devido processo legal.

1988, e com a jurisprudência dos tribunais federais.

3. O argumento histórico e comparativo: devido processo legal na história constitucional anglo-americana e sua recepção na doutrina brasileira.

3.1. O "substantive due process" no direito americano

O devido processo legal é uma das instituições mais tradicionais do direito anglo-saxão. As origens da cláusula remontam à *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215, que os barões impuseram ao rei João Sem Terra nos campos de Runnymede, à beira do Tâmisa, perto de Londres. Na *Magna Charta* se previa (art. 39), em tradução livre, que:

> "*nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou posses, ou banido, ou exilado, ou destituído de sua posição, por qualquer outro modo, nem procederemos ou mandaremos proceder contra ele com força, exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra*".

Essa disposição foi redigida originalmente, assim como toda a carta, em latim, o que revelava se tratar de um pacto entre os nobres, não extensivo, na intenção de seus autores, a toda a população sob o domínio do rei. Na língua original se lê a cláusula final "*nisi per legale judicium parium suorum vel* ***per legem terræ***". Em inglês, a voz do texto é "*except by the lawful judgment of his equals or by* ***the law of the land***". A expressão "law of the land" foi substituída, em 1354, numa lei sobre as

liberdades de Londres que “interpretava” a Magna Carta, por “due process of law” e, desde então, foram ambas tomadas como sinônimas, inclusive na *Petition of Rights*, de 1628, e nas cartas americanas do século XVIII[7].

No curso da história constitucional inglesa e americana, verifica-se portanto uma equivalência entre as duas expressões[8]. A explicação moderna para a assimilação foi a de que o Parlamento, ao legislar, e os juízes, ao aplicarem a *common law*, definem o modo pelo qual o soberano poderia atuar sobre os direitos dos súditos. Então, se o soberano operasse de acordo com o *due process of law* ele nada mais faria do que cumprir *the law of the land* (as leis do Parlamento e a *common law*) e vice-versa[9]. É claro que um argumento desse tipo faz sentido hoje, passada em revista a evolução histórica do instituto, mas não pode ser atribuído retrospectivamente aos sujeitos dos episódios em que se consolidou o entendimento acerca dessas cláusulas, sob pena de anacronismo. Ao contrário, tudo indica que o devido processo legal era entendido na Inglaterra, nas colônias americanas e, depois da independência, nos Estados Unidos num sentido exclusivamente processual[10].

Foi então com essa carga de garantia processual que a cláusula *due process*

---

7 Carlos Roberto Siqueira CASTRO. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**, pp. 7-9. Ver também Orlando BITAR. **Obras completas de Orlando Bitar**, p. 445-666. Sobre o *due process*, ver os parágrafos 162-173. Há um breve histórico do *due process* também em Luís Roberto BARROSO. **Interpretação e aplicação da Constituição**, pp. 213-220.

8 Edward COKE. **The second part of the institutes of the laws of England**, p. 50. Em diversas outras passagens, Sir Edward Coke assimila *lex terræ* e “processe of law”, na ortografia da época. Ver também Thomas M. COOLEY. **A treatise on the constitutional limitations**, pp. 430-437. Para uma visão crítica da leitura que equiparou “due process of law” a “law of the land”, ver Keith JURROW. “Untimely thoughts: A reconsideration of the origins of due process of law”. in: *The American Journal of Legal History*, Vol. 19, No. 4 (Oct., 1975), pp. 265-279

9 Orlando BITAR. **Lei e Constituição**, parágrafo 162.

10 John Hart ELY. **Democracy and distrust. A theory of judicial review**. Ver também John V. ORTH. **Due process of law: A brief history**, *passim*.

of law atravessou o Atlântico e, tendo sido adotada por várias Constituições e documentos dos Estados recém-liberados da dominação colonial britânica[11], ingressou na Constituição americana em 15 de dezembro de 1791 por meio da 5ª Emenda, que compõe o *Bill of Rights* (o conjunto das dez primeiras emendas). Depois da Guerra de Secessão, aprovou-se, em 21 de julho de 1868, a 14ª Emenda para ampliar a proteção do devido processo legal aos Estados, com a intenção clara de assegurar a igualdade de tratamento entre negros e brancos, que havia sido negada pela Suprema Corte – inclusive com fundamento num ensaio de aplicação do "devido processo legal" – no caso *Dred Scott*, de 1857[12].

A referência em *Dred Scott* ao devido processo legal como cláusula de proteção de direitos substantivos (no caso, a propriedade de escravos) constou de modo incidental na opinião da maioria da corte e não se tornou, desde logo, precedente, até porque a decisão logo foi repudiada pelos políticos e pelos juristas e hoje tem valor histórico e retórico apenas, como exemplo de decisão aberrante[13]. Em

11 As fórmulas das Constituições das ex-colônias britânicas – e, depois, dos Estados americanos – variam muito. Aparecia a expressão "law of the land" em algumas, "due process of law" ou "due course of law" em outras, ou ambas as expressões. Ver Thomas M. COOLEY. **A treatise on the constitutional limitations**, p. 430.

12 Scott *v.* Sandford, 60 U.S. (16 Howard) 393 (1857). Devemos mencionar aqui o fato de que, além das obras de Siqueira Castro e Orlando Bitar, há um excelente histórico do *due process of law* em língua portuguesa, que nunca foi muito difundido entre os estudiosos. Encontra-se no livro de Lêda Boechat RODRIGUES. **A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano**, *passim*. Lêda Boechat Rodrigues foi também a grande pioneira na historiografia de nosso Supremo Tribunal Federal, com ênfase nas primeiras e turbulentas décadas da Primeira República. Dedicou-se Lêda de maneira incansável a aproximar os sistemas jurídicos brasileiro e americano, onde, corretamente, seguindo a trilha de Campos Sales, Ruy Barbosa, Amaro Cavalcanti, Castro Nunes e outros, viu uma grande semelhança (mas também profundas diferenças) em temas fundamentais: presidencialismo, regime federativo, separação de poderes, liberdades civis, organização e competências do Poder Judiciário e – bem antes de o tema se tornar moeda corrente nos manuais de direito constitucional brasileiro – a extensão dos poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito.

13 A maioria – pelo voto do juiz Taney – assim se expressou numa passagem do acórdão: *(...) an act of Congress which deprives a citizen of the United States of his liberty or property merely because he came himself or brought his property into a particular Territory of the United States, and who had committed no offence against the laws, could hardly be dignified with the name of due process of law.* De acordo com alguns historiadores e juristas, Taney não teve muita importância depois de *Dred Scott* na evolução da jurisprudência da Corte sobre o "due process of law", o que revela ter sido a alusão à cláusula meio deslocada no contexto. Ver James W. ELY Jr. "The oxymoron revisited: Myth and reality in the origins of substantive due process". in: *Constitutional Commentary*

caso posterior sobre a constitucionalidade de uma lei estadual da Louisiana que regulava a localização e o funcionamento de abatedouros em Nova Orleans, a corte rejeitou o argumento dos postulantes de que ocorrera violação ao devido processo legal da 14ª Emenda. Na decisão, assentou-se que o devido processo da emenda não significava a proteção, pelas cortes federais ou pelo Congresso, das liberdades civis substantivas[14].

A transformação do devido processo de garantia processual em princípio limitador do conteúdo das decisões estatais foi lenta. Até 1895, a Suprema Corte praticamente não havia empregado seriamente a cláusula no sentido substantivo, que viria a influenciar profundamente boa parte da jurisprudência do século passado. Em 1877, baseado no precedente dos abatedouros de Nova Orleans, a corte não acolheu a alegação de que a fixação, pelo Estado de Illinois, de preços de transporte e armazenagem de trigo constituía infração ao devido processo legal. Numa passagem que se tornou célebre, o redator do acórdão, juiz White (que presidia a corte: *Chief Justice*), disse que os abusos do Poder Legislativo deveriam ser corrigidos nas urnas e não nos tribunais[15].

Bem ao modo americano herdado da *common law*, a interpretação do *due*

16 (1999). Em sentido contrário, considerando *Dred Scott* o primeiro caso de aplicação do "substantive due process" na história constitucional americana, ver Robert H. BORK. **The tempting of America: The political seduction of law**, pp. 31 e ss. Nesse texto, Bork, um jurista da ala conservadora que foi indicado para a Suprema Corte por Ronald Reagan mas não chegou a assumir o cargo porque o Senado o rejeitou, bate firme no devido processo substantivo: "*[t]hough his transformation of the due process clause from a procedural to a substantive requirement was an obvious sham, it was a momentous sham, for this was the first appearance in American constitutional law of the concept of 'substantive due process', and that concept has been used countless times since by judges who want to write their personal beliefs into a document that, most inconveniently, does not contain those beliefs*". Apesar de Bork mirar em Dred Scott – um caso que nunca foi levado a sério como precedente – seu verdadeiro alvo era Roe *v.* Wade, a decisão de 1973 sobre o aborto, que conscientemente se fundamentou no "substantive due process" para proibir aos Estados a criminalização da interrupção voluntária da gravidez nos três primeiros meses de gestação.

14 Slauhgterhouse Cases, 83 U.S. (16 Wallace) 36 (1873).

15 Munn *v.* Illinois, 94 U.S. 113 (1877).

process of law da 5ª e da 14ª Emendas dirigiu-se, pouco a pouco, no sentido de se tornar "princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a sociedade e os indivíduos de outro"[16]. De maneira gradual e casuística, a Suprema Corte reconheceu que estava dentro do alcance de seus poderes, outorgados pela Constituição, exercer a censura do exercício "arbitrário" do poder legislativo do Congresso e dos Estados. Em Hurtado *v.* California, 110 U.S. 516 (1884), por exemplo, o tribunal afirmou que o exercício do poder arbitrário não era *law of the land* nem, portanto, *due process of law*[17].

Abriu-se caminho ao que seria a grande transformação do *due process of law* no direito americano. Essa fase profícua da história do princípio, do final do século XIX à década de 1930, caracterizou-se por uma proteção judicial extremamente rigorosa das liberdades econômicas, em especial da liberdade de contrato, mediante a compressão do que se denomina nos Estados Unidos *police power* (poder de regular a liberdade e a propriedade individuais, em abstrato, para a satisfação de interesses coletivos).

O primeiro caso em que a corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei estadual com base na cláusula do devido processo legal foi Allegeyer *v.* Louisiana,

16 Carlos Roberto SIQUEIRA CASTRO. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**, p. 35.

17 Nesse acórdão, define-se a finalidade do *due process of law* de maneira muito precisa: *As to **the words from Magna Charta**, incorporated into the Constitution of Maryland, after volumes spoken and written with a view to their exposition, the good sense of mankind has at last settled down to this: that they **were intended to secure the individual from the arbitrary exercise of the powers of government**, unrestrained by the established principles of private right and distributive justice* (grifamos). O autor do voto da maioria disse, ainda, que *due process of law must mean something more than the actual existing law of the land, for otherwise it would be no restraint upon legislative power*. Essas são as bases doutrinárias, por assim dizer, da conversão do devido processo legal em garantia substancial contra o abuso dos poderes estatais. Mais de um século depois, serviram ainda como fundamento do voto divergente do juiz Stevens no caso Albright *v.* Oliver, 510 U.S. 266 (1994).

165 U.S. 578 (1897). Nessa decisão, os juízes consideraram que a legislação da Louisiana que proibia a contratação fora do Estado de seguro marítimo para mercadorias despachadas dos portos locais havia privado o comerciante de sua liberdade de contrato sem o “devido processo legal”.

A Corte reconheceu uma dimensão substantiva ao devido processo e interpretou a palavra “liberdade” num sentido muito mais amplo do que o de mera ausência de constrição física, que era o conceito tradicional. A redefinição de “liberdade”, para fins de aplicação do *due process of law*, provaria ser duradoura e muito frutífera – e a perspectiva substancial da garantia nunca mais sairia do repertório da Suprema Corte, embora tivesse altos e baixos.

A Suprema Corte desenvolveu no período posterior a Allegeyer *v.* Louisiana um teste exigente de razoabilidade (*reasonableness*) da legislação econômica e social. Em diversas decisões o tribunal impôs aos legisladores e órgãos reguladores uma drástica *rule of reason* (regra da razão), segundo a qual caberia ao Congresso, aos Estados ou à Administração Pública demonstrar a necessidade das medidas restritivas (que incluía uma análise da medida em relação com os fins sob o ponto de vista da intensidade da restrição, assim como da legitimidade dos próprios fins), sob pena de serem declaradas inconstitucionais – quase uma presunção de inconstitucionalidade de boa parte da legislação reguladora das atividades econômicas e das relações entre capital e trabalho.

A primeira decisão importante desse período foi Lochner *v.* New York, 198 U.S. 45 (1905), sobre a fixação, por lei estadual, de jornada de trabalho máxima para os padeiros. A corte decidiu que a legislação de Nova Iorque sobre horário de

trabalho interferia na liberdade de contrato sem o devido processo legal, por não haver razão de interesse público que justificasse a restrição. Esse caso deu origem à chamada "doutrina Lochner", que vigorou praticamente até a década de 1930, quando a Suprema Corte, depois de muitas derrotas das medidas intervencionistas do amplo programa governamental conhecido como *New Deal* no Judiciário, se renovou por conta das nomeações do presidente Franklin D. Roosevelt, e pôs fim ao período de rigorosa aplicação da cláusula *due process of law* em matéria de liberdade econômica ou de contrato[18].

Paralelamente, no entanto, uma nova frente de atuação do devido processo legal começava a ganhar espaço na Suprema Corte: a proteção das liberdades não

18 Por exemplo, a constitucionalidade de um salário mínimo passou a ser aceita em West Coast Hotel Co. *v.* Parrish, 300 U.S. 379 (1937). A fixação de preços foi legitimada em Nebbia *v.* New York, 291 U.S. 502 (1934), onde se fixou um *standard* bem menos rigoroso de avaliação da legislação econômica ou "regulation" em relação à anterior exigência de demonstração concreta da necessidade da restrição à liberdade econômica: a proibição de decisões "unreasonable, arbitrary or capricious" e a simples exigência de uma correlação (qualquer que seja) entre meios e fins. Abrindo parênteses para o direito administrativo americano, as expressões "arbitrary" e "capricious" ingressaram doze anos depois no Administrative Procedure Act (APA) como parâmetro de controle das decisões administrativas e produziram, como era de se esperar, uma jurisprudência muito deferente com a Administração, que se satisfaz ainda hoje com o atendimento a requisitos bem amplos, pelos quais o Judiciário deve, sim, verificar cuidadosamente se a agência considerou, de modo adequado, os elementos relevantes para a decisão, mas não está autorizado a substituir pelo seu o juízo da Administração. Analisando os casos em que essas regras gerais têm sido aplicadas, vê-se que a exigência de "adequate consideration" ou de "hard look" não vai muito longe; não se admite, por exemplo, que o tribunal reveja o peso atribuído pela Administração a cada um dos elementos fáticos e normativos relevantes, salvo se essa atribuição **não tiver nenhuma base racional** (*no rational basis*) e, portanto, decorrer de um "claro erro de julgamento" (*clear error of judgment*), o que é muito difícil, talvez quase impossível, de ocorrer na Administração contemporânea. De volta ao *due process*, acórdãos da Suprema Corte posteriores a Nebbia *v.* New York foram ainda mais enfáticos em sepultar para sempre a doutrina *Lochner*, como Day-Brite Lightning Inc. *v.* Missouri, 342 U.S. 421 (1952), em que o juiz Willian Douglas disse, em nome da maioria, que: "*we do not sit as a superlegislature to weigh the wisdom of legislation nor to decide whether the policy which it expresses offends the public welfare*". Essa expressão "superlegislature" reaparece no caso Griswold *v.* Connecticut, 381 U.S. 479 (1965), sobre a proibição criminal da prescrição médica de anticoncepcionais, cuja opinião foi redigida também pelo juiz Douglas, para estabelecer uma distinção clara entre a legislação social e econômica – em relação à qual a corte não deve portar-se como um "super-legislativo" – e leis que interferem com âmbitos da vida privada dos indivíduos. Assim decidiu a corte: "*we do not sit as a super-legislature to determine the wisdom, need, and propriety of laws that touch economic problems, business affairs, or social conditions. This law, however, operates directly on an intimate relation of husband and wife and their physician's role in one aspect of that relation*". A distinção entre liberdades econômicas e de outros tipos foi feita na nota de rodapé nº 4 do voto da maioria, redigido pelo juiz Stone em United States *v.* Carolene Products, 304 U.S. 144 (1938), e resguardou a aplicação futura do devido processo legal da obra de demolição da doutrina *Lochner* que a Suprema Corte realizou a partir do final da década de 1930.

econômicas – como a liberdade de palavra, imprensa e religião – contra restrições arbitrárias. Esse seria o tom de muitas das decisões da Corte sobre assuntos extremamente polêmicos e divisivos da sociedade americana, inclusive o aborto, na segunda metade do século passado. Despida de sua origem puramente econômica, a cláusula *due process of law* serviu como um "parâmetro de justiça" que determinou, de um lado, a extensão gradual, para os Estados, da tutela jurídica do *Bill of Rights* (a doutrina da "*incorporation*"); e serviu, de outro lado, como guia para a identificação no texto constitucional de direitos nele não expressamente previstos.

A primeira liberdade do *Bill of Rights* que aderiu à 14ª Emenda pela via do devido processo legal e, portanto, estendeu-se aos Estados foi a liberdade de palavra da Primeira Emenda. No caso Gitlow *v.* New York, 268 U.S. 652 (1925), a corte afirmou que as liberdades de imprensa e de palavra estavam protegidas, pela Constituição dos Estados Unidos, de diminuição pelos Estados em razão da cláusula *due process of law*, mas decidiu que, concretamente, a condenação de Gitlow por haver publicado em 1919 um panfleto denominado "Manifesto da Ala Esquerdista" não infringia a garantia constitucional[19]. Apenas em 1931, no caso Near *v.* Minnesota, 283 U.S. 697 (1931), a corte finalmente declarou, com base na 14ª Emenda, a inconstitucionalidade de uma lei estadual que restringia a liberdade de imprensa. De quebra, o tribunal estabeleceu o princípio da inadmissibilidade de censura prévia.

Desde então, ao passo que declinou sensivelmente a extremada tutela da

19 Essa posição da corte pela extensão aos Estados da liberdade de imprensa e palavra da Primeira Emenda remete a um voto vencido do juiz Louis Brandeis em Gilbert *v.* Minnesota, 254, U.S. 325 (1920), que discutia a possibilidade de a Suprema Corte rever condenação de tribunal estadual baseada em lei também estadual que restringia a liberdade de palavra. A posição de Brandeis viria a ser acolhida em Gitlow *v.* New York e, depois, seria empregada para anular a lei estadual de Minnesota que instituiu a censura prévia de determinados escritos.

liberdade de contrato diante da legislação social e econômica da “Era Lochner”, outras liberdades foram objeto de reconhecimento e extensão para os Estados pela cláusula *due process*. A garantia do devido proceso da 5ª Emenda aplicava-se inicialmente apenas ao Congresso, assim como as dez primeiras emendas, embora as Constituições de vários Estados previssem normas semelhantes. Após a Guerra Civil, a 14ª Emenda obrigou os Estados a respeitar o devido processo legal, a promover a *equal protection of laws*, e a não executar qualquer lei que restringisse privilégios e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos. Nenhuma outra norma da Constituição, contudo, determinava expressamente a extensão do *Bill of Rights* aos Estados[20].

A questão de saber se determinada lei violava a liberdade de imprensa (Primeira Emenda), por exemplo, poderia ser considerada exclusivamente de direito local, se não houvesse, no texto da Constituição, uma disposição que servisse de fundamento a uma norma de “extensão” às legislaturas estaduais dos direitos fundamentais já protegidos da atuação erosiva do Congresso. Foi o devido processo legal que cumpriu – e ainda cumpre, de maneira bem mais restrita – esse papel, mediante a dimensão substantiva que a ele se incorporou na história do direito americano.

Assim, o devido processo legal foi usado, do final da década de 1920 ao início da década de 1970, como uma estratégia da Suprema Corte para afirmar sua

20 A cláusula de “privileges and immunities”, também da 14ª Emenda, poderia ter fundamentado a extensão dos direitos fundamentais. Essa é a posição defendida por John Hart ELY. **Democracy and distrust**, p. 22. Entretanto, a Suprema Corte limitou seu alcance desde o início, nos *Slauhgterhouse Cases* de 1873, e ela não voltou praticamente a desempenhar papel relevante na evolução do direito americano, a despeito de um discreto renascimento no final da década de 1990. A “equal protection of law” foi restringida às questões de discriminação racial e, mais recentemente, contra as mulheres e outras minorias políticas, étnicas ou culturais (inclusive os homossexuais). Restou apenas no texto da 14ª Emenda, para o fim de permitir um controle substantivo da legislação estadual, o *due process of law*.

competência – e, conseqüentemente, dizer o direito – nos casos em que estivessem em jogo, em sua opinião, valores fundamentais de todo o povo americano (ou, como diz às vezes a Corte, "profundamente enraizados na história e na tradição desta nação"), que não poderiam ficar exclusivamente na dependência das maiorias políticas nos Estados e sujeitos apenas a controle pelos tribunais estaduais à luz somente das Constituições estaduais[21]. Ao mesmo tempo, porém, continuou a servir – em menor intensidade e quase nunca a respeito da legislação social ou econômica – de fundamento para o repúdio judicial de normas restritivas de liberdades que fossem "desarrazoadas", "arbitrárias" ou "caprichosas"[22].

21 Ao longo do tempo, a cláusula *due process* da 14ª Emenda foi usada como parâmetro de incorporação não apenas dos direitos substantivos do *Bill of Rights*, mas também dos direitos processuais dos acusados previstos na Constituição. Em caso que se tornou célebre na matéria, a Corte definiu que o privilégio contra a auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*) da 5ª Emenda não se aplicava aos Estados, por não ser "inerente" ao direito, que assiste aos acusados sob a Constituição, de um julgamento justo. Adamson *v.* California, 332 U.S. 46 (1947). Nesse caso, os votos dos juízes Frankfurter e Black debateram com vigor, em campos opostos, a "incorporation doctrine", ou seja, a aplicação da 14ª Emenda para ampliar as restrições constitucionais federais à legislação estadual. Para Frankfurter, a incorporação não era automática, dependia de uma determinação, caso a caso, de uma ofensa aos "cânones de decência e imparcialidade que expressam as noções de justiça dos povos de língua inglesa". Black foi enfático em afirmar que "o propósito da 14ª Emenda foi estender a todo o povo da nação a proteção completa do *Bill of Rights*" e em rebater Frankfurter com o argumento de que a determinação casuística, pela Corte, de "se e quais disposições devem ser cumpridas e em que medida" seria como "frustrar o propósito maior de uma Constituição escrita". Hoje, mais de um século depois de Hurtado *v.* California, 110 U.S. 516 (1884), que discutiu (e negou) a extensão, fundada na 14ª Emenda, do direito, previsto na 5ª Emenda, de somente ser processado por crime imfamante (*infamous*) ou sujeito à pena de morte com base em decisão de pronúncia (*indictment*) de um *Grand Jury*, a lista de direitos processuais extensivos aos Estados cresceu de modo avassalador. Quase nada em matéria de processo penal escapou da aplicação da "incorporation doctrine" da 14ª Emenda. Há um bom histórico dessa progressiva incorporação quase total do *Bill of Rights*, em matéria processual, na opinião da maioria – redigida pelo então *Chief Justice* Rehnquist – no caso Albright *v.* Oliver, 510 U.S. 266 (1994).

22 Em Roe *v.* Wade, 410 U.S. 113 (1973), um dos mais polêmicos casos da Suprema Corte, que assegurou o direito ao aborto até o terceiro mês de gestação, o juiz Blackmun, nas conclusões do voto da maioria, disse que: "*a state criminal abortion statute of the current Texas type, that excepts from criminality only a lifesaving procedure on behalf of the mother, without regard to pregnancy stage and without recognition of the other interests involved, is violative of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment*". Esse entendimento foi mantido, com idêntica motivação, em Planned Parenthood of Southern Pennsylvania *v.* Casey, 505 U.S. 833 (1992), com o histórico detalhado, na parte II, de direitos baseados em "due process" substantivo, quase todos relacionados à vida familiar e ao "right of privacy", não expressamente previsto na Constituição. Mas a Suprema Corte tem restringido cada vez mais o alcance da cláusula, de modo que hoje praticamente só se aplica a esse universo, bastante limitado, de escolhas personalíssimas no âmbito familiar e individual interditado à intervenção do Estado. Nas palavras do juiz Stevens, em voto proferido no caso Collins *v.* Harker Heights, 503 U.S. 115 (1992), "*as a general matter, the Court has always been reluctant to expand the concept of substantive due process of law, because guideposts for responsible decisionmaking in this unchartered area are scarce and open-ended*". No caso Albright *v.* Oliver, 510 U.S. 266 (1994), a corte – em voto do então *Chief Justice* Willian Rehnquist – entendeu que "*where a particular amendement provides an explicit textual source of*

Evidentemente, não é simples definir o devido processo legal em sentido substantivo. Trata-se mais de uma técnica um tanto indefinida a serviço de uma finalidade também vaga (proibição do arbítrio) do que de um conjunto perfeitamente identificável de critérios materiais para a aferição da compatibilidade de uma medida estatal restritiva – legislativa, judicial ou administrativa – com a Constituição. As múltiplas funções desempenhadas pela cláusula das 5ª e 14ª Emendas no processo histórico de formação do direito constitucional de diversas áreas tornam ainda mais difícil a identificação de seu conteúdo. Há mesmo quem negue o sentido de falar de um devido processo que não seja estritamente processual: na intimidade de um dos mais conhecidos textos da Constituição americana, interpretado por mais de um século de jurisprudência, haveria algo como "vermelhidão verde em tom pastel"[23].

constitutional protection against a particular sort of government behavior, that Amendment, not the more generalized notion of 'substantive due process', must be the guide for analyzing these claims"; ou seja, depois de realizada a incorporação de uma garantia na 14ª Emenda, é a emenda incorporada, e não a cláusula *due process*, que serve de parâmetro para a análise do ato estatal. Resta, então, ao *due process of law* apenas a função de sustentar as "novas" liberdades, decorrentes das mudanças sociais e culturais, não as "velhas", o que limita sua aplicação prática no dia-a-dia dos tribunais americanos, mas abre um largo espaço para seu desenvolvimento futuro.

23 John Hart ELY. **Democracy and distrust. A theory of judicial review**, p. 18. Em sua crítica duríssima ao uso da cláusula pela Suprema Corte, Ely afirma que "*there is simply no avoiding the fact that the word that follows 'due' is 'process'. No evidence exists that 'process' meant something different a century ago from what it does now (...) 'substantive due process' is a contradiction in terms – sort of like 'green pastel redness'*". Ao mencionar o caso Bolling *v.* Sharpe, 347 U.S. 497 (1954), que declarou inconstiucional, com base na cláusula "due process", a lei da segregação racial das escolas no Distrito de Colúmbia – ao qual não se aplica a 14ª Emenda e o princípio da "equal protection" que fundamentaram decisão idêntica para os Estados, tomada no mesmo dia, em Brown *v.* Board of Education, 347 U.S. 483 (1954) –, Ely qualifica a incorporação da "equal protection" da 14ª Emenda pelo "due process" da 5ª Emenda como "gibberish both syntactically and historically", ou seja, em tradução livre, um "sem-sentido tanto sintático quanto histórico" (p. 32). Essa mesma decisão, no entanto, foi considerada perfeitamente adequada por Ronald Dworkin nos seguintes termos: "*since liberty and equality overlap in large part, each of the two major abstract clauses of the Bill of Rights – the due process and the equal protection clauses – is itself comprehensive (...) Particular constitutional rights that follow from the best interpretation of the equal protection clause, for example, will very likely also follow from the best interpretation of the due process clause.*" Ronald DWORKIN. **Life's dominion**, p. 128. Isso reforça a idéia de que a interpretação do devido processo substantivo, no direito americano, apesar de sua persistência histórica, nunca foi muito tranqüila para alguns juristas incomodados com a falta de limites claros do significado das cláusulas abertas da Constituição. No entanto, a crítica de Ely pode ser respondida facilmente mediante a consideração de que às vezes a reunião de palavras de sentido oposto tem o efeito de revelar algo mais profundo sobre a realidade. Os oxímoros, como "escura claridade", "ruidoso silêncio" e, na opinião de Ely, "processo substantivo", são figuras de linguagem que respondem a um arquétipo da "comunhão dos opostos" (*coniunctio oppositorum*). Daí a extraordinária força – inclusive, mas não só, psicológica – desses conceitos: o "processo

Podemos de qualquer modo nos aproximar de uma descrição razoavelmente acurada da estrutura e função do *due process of law* no direito americano mediante a análise do voto vencido do juiz Harlan em Poe *v.* Ullman, 367 U.S. 497 (1961), cuja autoridade, não obstante o fato de não ter comandado a maioria no caso em foi proferido, a Corte veio a reconhecer três décadas depois em Planned Parenthood of Southern Pennsylvania *v.* Casey, 505 U.S. 833 (1992)[24]. Esse voto contém uma reflexão profunda sobre o significado e o valor do devido processo legal no sistema jurídico dos Estados Unidos, que vale a pena considerar, respeitadas as profundas diferenças entre os respectivos ordenamentos, em qualquer tentativa de definir o instituto no direito brasileiro.

Disse o juiz Harlan nesse voto que:

> *"[O d]evido processo legal não foi reduzido a nenhuma fórmula; seu conteúdo não pode ser identificado por referência a nenhum código. O melhor que se pode dizer é que, ao longo das decisões desta Corte, ele representou o equilíbrio que nossa nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade individual, encontrou entre essa liberdade e as exigências da sociedade organizada."*[25]

Mas essa, obviamente, é uma afirmação muito genérica, que não seria de

substantivo" nos lembra, por exemplo, de que toda decisão jurídica *necessariamente* é antecedida por um processo interior e exterior de idéias e argumentação; de que há uma conexão entre o *processo*, em sentido amplo, e o *resultado*, no sentido de que maus processos levam provavelmente a maus resultados e maus resultados são, em todo caso, produto de maus processos. Evidentemente, os oxímoros não explicam essas conexões; quando muito, apontam para sua existência. Cabe aos intérpretes estabelecê-las de modo mais preciso.

24 Uma das características mais singulares do direito americano é a importância atribuída ao estudo dos votos vencidos. Com relativa freqüência, eles se tornam, décadas (ou mesmo alguns poucos anos) mais tarde, parte da jurisprudência da Suprema Corte, numa evolução lenta, e inteiramente fundamentada nos anteriores precedentes, que tem raízes na velha metodologia da *common law*.

25 367 U.S. 497, 542.

fácil aplicação nos casos concretos em que o Poder Judiciário estivesse diante de uma alegação de ofensa ao "devido processo legal substantivo". É preciso, então, dizer o modo como se pode encontrar esse "equilíbrio" na função jurisdicional de controle da constitucionalidade das leis. Por isso, continua o juiz Harlan, "[o] equilíbrio de que eu falo é o equilíbrio encontrado por este país, considerando o que a história ensina serem as tradições com base nas quais se desenvolveu, assim como as tradições com as quais rompeu. Essa tradição é algo vivo." A identificação da tradição não garante uma "resposta mecânica", mas não pode prescindir de considerações "fundidas na natureza integral de nosso processo judicial (...) considerações profundamente enraizadas na razão e nas tradições vinculantes da profissão jurídica".

Assim, a proposta de atribuir entre nós uma dimensão substantiva ao devido processo legal no que se refere aos limites da discricionaridade administrativa não violenta a história do instituto em suas origens anglo-americanas. Ao contrário, a noção de que os atos arbitrários e caprichosos do Poder Público são nulos, por violarem o "due process", está mesmo no cerne da tradição do direito americano. Como diz Carlos Roberto Siqueira Castro, "essa garantia acabou por transformar-se num amálgama entre o princípio da 'legalidade' (*rule of law*) e o da 'razoabilidade' (*rule of reasonableness*) para o controle da validade dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais"[26].

3.2. A doutrina brasileira sobre o devido processo substantivo anterior à Constituição de 1988

26 Carlos Roberto Siqueira CASTRO. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**, p. 65.

A doutrina brasileira reconheceu a possibilidade de encontrar em nosso sistema jurídico elementos normativos homólogos ao devido processo legal muito antes de a Constituição de 1988 adotar explicitamente a cláusula. Analisaremos, com algum detalhe, as opiniões de dois juristas ainda muito conhecidos que, em sua época, tiveram grande importância na vida nacional. Ambos são uma espécie de referência para a "incorporação" do devido processo legal, mesmo sem texto normativo expresso, no direito brasileiro.

De um lado, Francisco Campos (apelidado de "Chico Ciência", por sua vastíssima erudição), autor da Constituição autoritária de 1937, que nunca entrou plenamente em vigor, Ministro da Justiça da ditadura Vargas (com quem rompeu em 1941), parlamentar e parecerista. De outro, San Tiago Dantas, professor de direito civil, Ministro da Fazenda e do governo João Goulart, cujo nome foi até mencionado na justificativa da emenda do deputado Vivaldo Barbosa, apresentada à Assembléia Nacional Constituinte, de que resultou a explícita inclusão da garantia do devido processo legal no texto constitucional de 1988 (CF 5º, LIV)[27]. Ambos, ainda na

27 O texto da emenda aditiva menciona também o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Castro Nunes, que, no entanto, não se demorou no estudo do devido processo legal substantivo em sua extraordinária – e ainda muito útil – obra sobre o Poder Judiciário. Castro NUNES. **Teoria e prática do Poder Judiciário**, p. 617. Entretanto, o pouco que aí diz parece-nos interessante: "*Os limites do poder de polícia se encontram com as extremas do poder discricionário. Conceituar êste, traçar-lhe as divisas, é balizar aquele. No direito americano, o poder de polícia é limitado pela cláusula* 'due process of *law'. É esta, praticamente, a medida do seu exercício."* Ele afirma haver identidade entre limites ao poder discricionário, limites do poder de polícia e devido processo legal. Depois, em nota de rodapé, que cita texto de seu livro sobre o mandado de segurança, prossegue: "*[a] cláusula americana* 'without due process of law' *não tem correspondente em nosso texto constitucional. A esse propósito, escrevi: '[n]ão temos em nossa Lei Magna uma cláusula especial, como a americana, condicionando o exercício do poder de polícia, nas suas diversas modalidades. Mas as garantias enumeradas no art. 72, compreendendo particularizadamente os direitos concernentes à vida (abolição da pena de morte, § 21), à liberdade (§§ 13 a 16) e à propriedade (§ 17), bem como a ampliabilidade de outras garantias não expressas, mas subentendidas na finalidade do regime (art. 78),* ***equivalem, por construção jurisprudencial, à cláusula americana*** **'due process of law'***". Cumpre, todavia, não perder de vista, hoje, o preceito da parte 2ª do art, 123 da Constituição [...]*" (sem grifos no original). Não é de nosso conhecimento jurista brasileiro que tenha chegado tão longe na equiparação total entre devido processo legal, limites da discricionariedade (incluídos aqui, exatamente como no conceito de *police power* dos americanos, a função legislativa e o que modernamente se chama "espaço de conformação do legislador") e catálogo de direitos fundamentais. Apesar de Castro Nunes não ter desenvolvido mais um pouco essa idéia, merece o registro de que foi um precursor da dimensão

vigência da Constituição de 1946, se valeram da experiência americana para defender um controle substancial – de fundo – do exercício da função legislativa[28].

A opinião de Francisco Campos foi emitida em parecer sobre a inconstitucionalidade do Decreto-lei 6.425, de 14 de abril de 1944, que exigia o uso de uma porcentagem de sementes de guaraná nos produtos cuja propaganda comercial se baseasse na planta, ou que usassem em rótulos, bulas e publicidade a palavra "guaraná"[29]. Para os refrescos, gaseificados ou não, o Decreto-lei fixou a proporção mínima de 0,5 grama de guaraná em sementes, pães ou pó, para cada 100 centímetros cúbicos de bebida; caso contrário, não poderiam ser vendidos sob a denominação genérica de "guaraná".

A linha de argumentação de Campos se inicia com uma descrição das circunstâncias de fato em que a norma foi veiculada, em especial do lançamento, no comércio brasileiro, da Coca-Cola na mesma época da edição do Decreto-lei.

substantiva do devido processo legal no Brasil, graças a sua intimidade com o direito americano. A primeira menção ao *due process of law* como limite ao poder de polícia vem de 1924, em obra de excepcional valor histórico, que foi premiada pelo Instiuto dos Advogados Brasileiros. Ver Castro NUNES. **A jornada revisionista**, *passim*. A maioridade de sua construção viria na monografia que dedicou ao mandado de segurança, de 1937, cujo texto da 7ª edição (póstuma), de 1967, assim se expressa de maneira surpreendente: "*[o] sentido dessa regra constitucional [devido processo legal] tem sido dado pela jurisprudência; em última análise, é a* ***justificação do ato administrativo****. [...] A justificação do ato exclui o poder discricionário. Por isso é que o* due process of law*, com o desenvolvimento que lhe têm dado as côrtes judiciárias, se afigura o paládio de todos os direitos individuais [...]*". Castro NUNES. **Do mandado de segurança**, p. 155. Essa idéia está muito próxima da nossa a respeito do papel do devido processo legal substantivo no direito administrativo.

28 Como se pode ver, o devido processo legal substantivo surgiu no contexto do controle de constitucionalidade das leis – especialmente das leis estaduais – nos Estados Unidos e nessa condição de parâmetro de aferição da compatibilidade das leis com a Constituição ingressou na doutrina brasileira. Isso não compromete, de modo algum, o argumento de que a categoria *geral* do devido processo legal se presta a fundamentar, normativamente, a análise da juridicidade dos atos administrativos. Apesar de os regimes jurídicos da lei, do regulamento e dos atos administrativos concretos (unilaterais ou bilaterais) serem diferentes, a proibição do arbítrio, que identificamos como o núcleo conceitual do devido processo legal substantivo, aplica-se a todas as manifestações do Poder Público indistintamente, como *proibição geral* que assume formas particulares diante de cada função estatal específica.

29 Francisco CAMPOS. **Direito Constitucional**, v. 2, pp. 7-56. Nessa publicação, contudo, a consulta foi "editada" em prejuízo da integral compreensão: as questões formuladas pelo consulente não foram transcritas, apenas a parte argumentativa e as respostas.

Segundo ele, tratava-se de uma “estranha coincidência, que não pode ser acidental”. Acusava Campos o governo de haver legislado para “facilitar a difusão do consumo do novo refrigerante”, mediante o estabelecimento de um “regime de exceção” aplicável ao guaraná, principal concorrente da Coca-Cola.

A excepcionalidade se caracterizava porque uma possível finalidade da regra – assegurar correspondência entre o conteúdo da propaganda comercial e a composição das bebidas oferecidas ao comércio – impunha, na opinião de Campos, o estabelecimento de um regime geral que se aplicasse também à Coca-Cola. Afinal, essa bebida era igualmente artificial e não continha “os elementos que sua denominação indica”. Era preciso que o governo estabelecesse uma regra uniforme, que obrigasse a Coca-Cola a inserir coca e cola em sua fórmula ou a abdicar do uso do nome que a distinguia, do mesmo modo que fez para o guaraná.

Ora, na medida em que “em relação à bebida que se propunha desbancar o 'guaraná' na preferência pública se permitia, expressamente, que ele pudesse apresentar-se com um nome que não correspondia à sua composição”, as normas do Decreto-lei não foram produzidas “no interesse público, na conveniência do consumidor, ou com o pensamento de resguardar, acautelar ou promover legítimos interesses de ordem geral”.

Está claro que Campos elaborou, primeiramente, um argumento típico de “desvio de finalidade legislativo”. A única finalidade do Decreto-lei, em sua opinião, era o de favorecer a Coca-Cola e isso se verificava pela inconsistência dos pretensos fins com os meios eleitos: a proteção da confiança do consumidor, mediante a “veracidade” da propaganda comercial, exigiria um tratamento uniforme

de todas as bebidas que estivessem na mesma situação, a saber, refrescos artificiais que usassem, no comércio, nomes de produtos naturais. Mas o governo resolveu individualizar as bebidas que se valiam do nome “guaraná” e, desse modo, teria criado para elas um regime de exceção.

O regime excepcional poderia se justificar por outro interesse público relevante, qual seja, o de “beneficiar a cultura do guaranazeiro”. Isso, no entanto, segundo Campos, era apenas um pretexto, pois a atividade de cultivo do guaraná “no momento não podia fazer face às necessidades da indústria de refrigerante do mesmo nome”. Ademais, “à sombra do decreto, e para tornar suas medidas ainda mais draconianas, ou para criar óbices invencíveis ao seu cumprimento por parte dos produtores de guaraná (...) organizou-se no Estado do Amazonas, *habitat* natural do guaranazeiro, o monopólio da cultura e do comércio dessa planta.”

Trata-se agora de um argumento típico de proporcionalidade – embora Campos nem sequer mencionasse a expressão e não fizesse a menor referência a uma estrutura de aplicação de princípios –, porquanto se pode figurar a colisão de dois princípios e a afirmação de que o grau de realização de um (que ordena beneficiar a cultura do guaraná) não justifica, no caso concreto, o grau de afetação do outro (que manda proteger a liberdade econômica). De acordo com Campos, as medidas determinadas pelo governo (exigência de percentual de sementes de guaraná na bebida e monopólio da produção e comércio da planta no Amazonas) tornariam inviável, na prática, a atividade dos fabricantes de refrescos de guaraná.

Esses dois argumentos estariam justificados por três razões jurídicas: o princípio da igualdade (art. 141, § 1º, da Constituição de 1946); a regra de

intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 141, § 3º, da Constituição de 1946); o direito de propriedade das marcas de indústria e comércio e de exclusividade do uso do nome comercial (art. 141, §§ 16 e 18, da Constituição de 1946). Apenas o princípio da igualdade interessa agora. Convém ressaltar que em favor do segundo argumento – inviabilidade de prosseguimento da atividade comercial dos fabricantes de bebidas denominadas "guaraná" – Campos exime-se de fornecer qualquer dado ou de referir qualquer fonte, de maneira que ele nem mesmo elabora raciocínios normativos tendentes a justificá-lo de modo específico. Ficou, infelizmente, apenas como *topos* retórico perdido na parte expositiva do parecer.

Ao descrever o princípio da igualdade perante a lei, Campos se vale da doutrina alemã sob a Constituição de Weimar para dar a ele uma interpretação mais ampla, estendendo-se a "toda e qualquer situação, a que, embora casualmente ou episodicamente, sem caráter sistemático, ou de modo puramente singular, se deixe de aplicar o critério ou a medida geral prevista para os casos ou situações da mesma espécie, e se lhes aplique critério ou medida de exceção". Afirma que a igualdade *perante* a lei deve ser compreendida também como igualdade *na* lei – sob pena de se consagrar a tirania do legislador – e extrai do sistema brasileiro um específico "conceito de lei".

No curso da argumentação, Campos se volta para o direito americano, no qual encontra subsídios para afirmar que "não há dúvida [...] de que nos Estados Unidos a Constituição consagra, mediante o *due process of law*, a igualdade perante a lei", que Campos identifica com a proteção contra a legislação arbitrária, vale dizer, leis que discriminem "negócios, coisas ou pessoas" sem que "haja entre elas

diferenças razoáveis ou que exijam, por sua natureza, medidas singulares ou diferenciais". Anota a identidade de sentido – que a Suprema Corte reconheceria no caso Bolling *v.* Sharpe, 347 U.S. 497 (1954), contemporâneo ao parecer, mas não citado – entre o *due process of law* da 5ª Emenda (que se aplica somente à União) e a *equal protection* da 14ª Emenda (que se aplica somente aos Estados).

Assim, para chegar à conclusão de que discriminações arbitrárias operadas pelo legislador se achavam proibidas na Constituição de 1946, Francisco Campos apoiou-se também na cláusula *due process* da Constituição americana, à qual atribuiu, sem mencionar expressamente, uma dimensão ou perspectiva substantiva, de proteção dos direitos fundamentais não apenas processuais. Isso revela que a construção de Campos para a "igualdade perante a lei", como justificativa do argumento de que o Decreto-lei 6.425, de 14 de abril de 1944, estabelecia um "regime de exceção" para as bebidas que usavam o nome "guaraná", tinha um correspondente homólogo na doutrina do "due process".

Em outras palavras, pode-se dizer que o princípio da igualdade da Constituição brasileira de 1946 cumpria a mesma função do devido processo legal nos Estados Unidos e, portanto, não haveria incompatibilidade entre nosso sistema jurídico e o controle "substantivo" de constitucionalidade dos atos normativos proporcionado pela cláusula *due process of law*. Não contava o direito brasileiro – ao contrário do que ocorre hoje – com o respectivo texto, de maneira que era preciso fiar-se na "igualdade perante a lei", reconstruída no sentido de igualdade *na* lei e, por conseguinte, de proteção contra qualquer discriminação arbitrária, para justificar a penetração no conteúdo substancial das diferenciações realizadas pelo legislador.

Uma construção baseada na igualdade perante a lei também foi usada por San Tiago Dantas, em artigo sobre a limitação constitucional do Poder Legislativo, com a finalidade de encontrar o fundamento, na Constituição de 1946, para recusar aplicação à "lei arbitrária[30]. Nesse trabalho, San Tiago Dantas define a lei arbitrária como aquela que, embora reunindo formalmente todos os elementos da lei, "fere a consciência jurídica pelo tratamento arbitrário e caprichoso que impõe a certos casos, determinados em gênero ou espécie". Isso ocorre quando o "Poder Legislativo resolve criar para um gênero de casos, ou mesmo para casos concretos determinados, uma norma especial, diferente da que rege os casos gerais". Se à lei é impossível não diferenciar, a diferenciação "muitas vezes se justifica e satisfaz a consciência jurídica". Há casos, no entanto, em que "sentimos que [a discriminação] é arbitrária, e que os princípios do direito se insurgem contra o seu reconhecimento e aplicação".

A referência constante de San Tiago Dantas nesse artigo a uma "consciência jurídica" e a uma esfera do "sentir" sugerem, desde o início da argumentação, que não será desenvolvida nenhuma estrutura racional para a aplicação do princípio da igualdade perante a lei. Em todo caso, ele propõe-se a responder duas indagações: (1) qual o critério jurídico para distinguir a lei arbitrária da lei especial justificada?; (2) pode um tal critério, se houver, autorizar a recusa da aplicação da lei arbitrária pelo Poder Judiciário?

Primeiro, observa San Tiago Dantas que o limite do Poder Legislativo é a "esfera irredutível dos direitos individuais, que a todos assegura igual tratamento

30 Francisco Clementino de San Tiago DANTAS. "Igualdade perante a lei e *due process of law*: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo". As citações que fazemos são todas da primeira edição, de 1953. Por isso optamos por manter a ortografia original.

perante a lei". Esse "sistema de direitos individuais", baseado no princípio da igualdade, pode, contudo, entrar em conflito com a faculdade de fazer "leis de exceção adequadas a espécies e situações particulares". Haveria, portanto, uma necessidade de "cingir a norma legislativa ao caso concreto" que se acentua com a "intervenção do Estado nas atividades econômicas".

Seria preciso encontrar um "processo técnico de sujeição material da lei aos princípios superiores do *direito*" que ajustasse os direitos individuais e as exigências de discriminação entre pessoas, situações e bens, ditadas sobretudo pela "política econômica do Estado moderno". Esse meio técnico destinado a repelir "as criações legislativas contrárias aos princípios fundamentais ou ao método de elaboração substancial do sistema positivo", na opinião de San Tiago Dantas, é precisamente o *due process of law*.

O *due process of law*, portanto, constitui o instrumento para assegurar a submissão do Poder Legislativo ao "direito". Mas que "direito"? Aqui San Tiago Dantas apela a uma linguagem obscura. Ele se refere ao direito natural, um candidato óbvio, mas também aos "princípios gerais do Direito", que seriam uma "síntese das normas dentro de certos limites históricos" cuja violação produziria "a sensação íntima do arbitrário". Esses "princípios gerais do Direito", contudo, não estariam necessariamente na Constituição. Aliás, o "positivismo jurídico" sofre implacável crítica de San Tiago Dantas, por "haver predisposto a ciência do Direito a negar que uma lei possa ser contrária ao Direito." A negação se deve, prossegue o argumento, à proposição teórica dos positivistas segundo a qual "o [...] comando [da lei] só não será jurídico se incompatível com outra lei hierarquicamente superior (inconstitucionalidade)".

É muito difícil entender esse conceito de “direito”, que deve ser visto não como “um direito fixado em regras e comandos precisos”, mas “como síntese, como corpo de princípios, como método de criação normativa, e ainda, como tradição” e que não estaria disposto numa “lei hierarquicamente superior”, ou seja, não repousaria no texto constitucional. De todo modo, o *due process of law*, associado ao controle de constitucionalidade, fornece na opinião do jurista os instrumentos necessários para afastar a aplicação da lei arbitrária: “a lei que não pode ser considerada *law of the land* é a lei contrária ao direito”.

Uma vez identificado o “critério técnico-jurídico” para distinguir a lei arbitrária – o *due process of law* –, cumpre responder à segunda pergunta. Ele a reformula nos seguintes termos: “é [...] lícito ao tribunal brasileiro levar o exame das leis elaboradas pelo Parlamento até os limites a que chegam as côrtes americanas?” De modo mais preciso – e mais interessante –, San Tiago Dantas indaga se “[...] no sistema constitucional brasileiro [haveria] algo que possa facultar à jurisprudência a criação de um mecanismo semelhante ao *due process of law*?”

A resposta é afirmativa. De um lado, havia no sistema brasileiro norma sobre o controle judicial de constitucionalidade das leis. De outro, o art. 141, § 1º, da Constituição de 1946, dispunha que “todos são iguais perante a lei”. Assim como Francisco Campos, San Tiago Dantas afasta o caráter programático do princípio da igualdade. Depois, afirma que “a lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos”, o que reclama “uma construção teórica” em cujo eixo, por derivação de um conceito mais restrito de Estado de Direito, se encontraria o “conceito de

igualdade"[31].

A construção de San Tiago Dantas pode ser resumida em duas proposições: (1) a lei "individual", que tem a "forma de lei e o conteúdo de um ato administrativo", somente pode ser reputada válida se forem "conformes a leis gerais preexistentes", sob pena três fases do desenvolvimento histórico do princípio, intenta conceituar a "igualdade objetiva, a que fica sujeito o próprio legislador"; (2) em sendo geral a lei, ou seja, aplicando-se seu preceito "a qualquer indivíduo que se venha a encontrar na situação típica nela considerada", e fazendo ela diferenciações entre classes de pessoas, de bens e de relações jurídicas, deve-se recorrer à "consciência geral" ou a "nosso sentimento jurídico" para verificar "sobre a base de um exame subjetivo do valor igualitário da lei", se a diferenciação operada pela lei "corresponde, no nosso sentir, a um *reajustamento proporcional de situações desiguais*".

Trata-se de uma construção muito insatisfatória, que atribui a uma função de "sentimento", puramente subjetiva, o juízo sobre o "reajuste de situações desiguais" da discriminação operada na lei. Na prática, pode-se dizer que esse entendimento faz um convite aberto aos juízes para decidir graves questões de inconstitucionalidade dos atos do Poder Legislativo de acordo com suas convicções ideológicas mais pessoais.

Dado que as preferências ou inclinações subjetivas dos magistrados e demais participantes do processo de aplicação judicial da ordem jurídica, inclusive os

31 Esse conceito de Estado de Direito foi assim enunciado por San Tiago Dantas: *"[no Estado de Direito] o edifício do Estado é concebido como um sistema fechado, em que tôdas as peças movem e são movidas conforme normas jurídicas, e nenhum órgão de poder ou fonte de autoridade escapa ao limite, ou foge ao compasso de uma regra*". Por isso ele diz, com certo exagero, que "*um Estado onde o Poder Legislativo escapasse ao contrôle de outro Poder, como a Grã-Bretanha, poderia ser um Estado democrático, mas não um Estado de Direito*".

juristas responsáveis pela produção de opiniões doutrinárias (e pela formação, em última análise, das opiniões dos juízes), não estão sujeitas à aprovação popular, o argumento de San Tiago Dantas, no que se refere às leis arbitrárias que contêm prescrições gerais e abstratas, revela-se aparentemente incompatível com o princípio democrático[32] e, por que não dizer, com a finalidade do Estado de Direito na precisa definição que lhe deu o próprio San Tiago Dantas:

> *"O Judiciário está sujeito à lei, que aplica, e que não pode suprir com criações suas; o Executivo está também sob a censura das*

32 Para ser justo com San Tiago Dantas, precisamos refinar um pouco o argumento. Parece claro que a Constituição de 1946 – ou a de 1988 – poderia ter atribuído aos tribunais competência para declarar a inconstitucionalidade das leis segundo um critério subjetivo de "justiça" dos magistrados. Afinal, o poder constituinte tudo pode, menos deixar de poder (Ver, para uma comparação interessante, Carlos Ayres BRITTO. **Teoria da Constituição**, pp. 5-28). Ocorre que não há texto constitucional expresso nesse sentido, o que implica a necessidade de fundamentar eventual norma atributiva de competência em pelo menos uma disposição constitucional, à maneira das normas "implícitas", função que, teoricamente, poderia ser cumprida pela cláusula do "devido processo legal". Tudo, no entanto, leva a crer que nem a Constituição de 1946 nem a atual conferiram implicitamente, pela cláusula da "igualdade perante a lei" ou do "devido processo legal", esse poder aos juízes. Ambas as Constituições situam a fonte do poder no povo, em fórmulas que são conhecidas dos brasileiros por sua eloqüência quase vazia se não por sua evidente força normativa: "todo o poder emana do povo" (CF 1º, parágrafo único; art. 1º da Constituição de 1946). Ambas desenham um sistema de freios e contrapesos – altamente imperfeito, é verdade – que aloca a maior parcela de responsabilidade pelas decisões relevantes para a vida dos cidadãos em órgãos eleitos (princípio da legalidade e lei como ato complexo do Congresso e do Presidente da República) e nas comunidades menores (federalismo e autonomia municipal), segundo um modelo de democracia representativa que submete à aprovação popular periódica a composição dos órgãos a que se comete o encargo de decidir. De outro lado, os juízes brasileiros não são eleitos (a maioria é nomeada por critérios exclusivamente técnicos e profissionais: só nas últimas instâncias é que o critério político se faz sentir) e não perdem seus cargos senão por decisão judicial, exceto os ministros do Supremo (que respondem, no Senado Federal, por crime de responsabilidade). Além disso, nenhum concurso ou processo seletivo de professores nas faculdades de direito – onde se formam os juízes, membros do Ministério Público, advogados e outros participantes do processo judicial, e de onde se espera a produção do conhecimento que sirva de base à formação da "consciência jurídica" – conta com a participação de estranhos à academia ou submete-se ao crivo das urnas. Logo, o critério "subjetivo" dos juízes – que é também, em parte, o dos juristas – não pode sobrepor-se ao critério "subjetivo" dos legisladores quanto à "justiça" ou "compatibilidade com o Direito" de uma medida legislativa qualquer. É preciso ir além do subjetivismo pregado por San Tiago Dantas e que tanto se censurou também na história do *due process* nos Estados Unidos. O remédio contra a possível tirania – ou, o que dá no mesmo, a omissão – do Legislativo e do Executivo não pode ser o quase certo governo pelo Judiciário. A tarefa de dotar as cláusulas abertas da Constituição, como "devido processo legal", de um conteúdo objetivo, ou pelo menos intersubjetivamente aceito, seguramente não é simples, mas é uma importante garantia – talvez a única – contra a destruição da democracia a pretexto de salvaguardar determinados interesses considerados "vitais" para a própria democracia. A atribuição de poderes virtualmente ilimitados a juízes politicamente irresponsáveis – mesmo com a melhor das intenções – sabe-se perfeitamente como começa, mas não se sabe se, nem onde, termina.

> *leis, que dispõem abstratamente sôbre as matérias em que lhe cabe concretizar; e suas transgressões são sujeitas ao contrôle dos tribunais; o próprio Legislativo, por sua vez, legisla sob a censura de normas, não só relativas ao processo de legislar, como à própria substância das normas editadas; e o Judiciário exerce afinal o seu contrôle sôbre o órgão criador da lei, a que está submetido.* ***O moto-contínuo jurídico, eis o alvo a que tende o Estado de Direito*** *[grifamos]"*

San Tiago Dantas, ao final, identifica "igualdade perante a lei" e "due process of law" em termos que não deixam a menor dúvida: "a lei arbitrária, que a Côrte Suprema não considera *due process of law*, também não é aplicável pelo Supremo Tribunal, por ferir o princípio da igualdade perante a lei". Encontra o jurista, desse modo, uma correspondência funcional entre o princípio da igualdade e o devido processo substantivo no controle das "leis arbitrárias", o que comprova, mais uma vez, a recepção pela doutrina brasileira do conceito geral de *substantive due process of law* muito antes mesmo de nosso texto constitucional vir a prever expressamente essa cláusula. A própria crítica que fizemos à concepção de "igualdade perante a lei" de San Tiago Dantas no parágrafo anterior tem muito da crítica historicamente dirigida nos Estados Unidos à doutrina do devido processo substantivo[33].

Agora vamos examinar o estado da questão no direito brasileiro atual à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais federais.

---

33 Edward S. CORWIN. **A Constituição norte-americana e seu significado atual**, p. 306. Nessa passagem, Corwin – que sempre foi um crítico duríssimo do devido processo substantivo – afirma resignado que: "*em conseqüência da doutrina moderna do* due process of law *como "lei razoável",* o contrôle judicial deixou de ter limites definidos e definíveis*; e embora varie consideravelmente, em cada caso, o reexame a que a Côrte Suprema submeterá a justificativa de fato de uma lei, sob as cláusulas de due process da Constituição, essa matéria depende, em última análise, apenas do arbítrio da própria Côrte e de nada mais*" [grifo no original].

4. O argumento jurídico-positivo: a positivação tardia do devido processo legal e a jurisprudência

A positivação do devido processo legal na Constituição de 1988 se deu em dispositivo separado das garantias processuais específicas (CF 5º, LIV). Ao lado dos enunciados que versam sobre a proteção dos sujeitos jurídicos em relação processual com o Poder Público, na posição de acusados ou simplesmente interessados no resultado da atividade estatal, o texto constitucional destacou, de modo autônomo, a cláusula *due process*, sem restringir seu âmbito de incidência à matéria processual.

Na década de 1980, antes de ser expressamente prevista na Constituição, a proteção do devido processo – que se considerava implícita no sistema constitucional e decorrente das garantias processuais explícitas – era largamente empregada pelos tribunais superiores (especialmente pelo extinto Tribunal Federal de Recursos) no sentido de exigência de um processo, com determinadas características, para a validade dos atos administrativos e das decisões judiciais. Não se aplicava o *due process of law*, no entanto, na dimensão substantiva que permitiria ao Poder Judiciário examinar o conteúdo intrínseco da atividade legislativa e administrativa. Algumas das funções que esse princípio exerceu na história constitucional americana foram atribuídas pela doutrina brasileira, como vimos, ao princípio da igualdade (San Tiago Dantas e Francisco Campos) ou ao conjunto dos direitos e garantias fundamentais (Castro Nunes).

Na década de 1990, sob o influxo da nova ordem constitucional, o devido

processo substantivo fez sua estréia no Supremo Tribunal Federal e serviu de fundamento concreto para a censura de leis "opressiva[s] ou destituída[s] do necessário coeficiente de razoabilidade", nas palavras do ministro Celso de Mello (ADIn 1.063-8/DF, Tribunal Pleno, julgada em 18/05/1994, DJU de 27/04/2001). Apesar de ser extremamente difícil sistematizar e analisar a jurisprudência do STF, que oscila ao sabor das idiossincrasias e da formação pessoal dos ministros, sem uma continuidade histórica visível na terminologia e no manejo de estruturas de argumentação, pode-se tentar reconstruir as decisões que mencionaram, de algum modo, o devido processo legal em sentido material, para desvendar o sentido e o alcance que o tribunal atribui a essa cláusula[34].

34 Uma observação sobre a jurisprudência do STF: a história, o regimento interno e o funcionamento concreto do Supremo parecem revelar uma forte tendência à personalização das decisões, que sobrevaloriza a formação pessoal e o sistema de referências dos ministros tomados individualmente. Explica-se. Na maioria dos casos, os ministros acordam sobre o resultado do julgamento em sessões abertas e às vezes caóticas, adotando a opinião do relator ou do voto que iniciou a divergência (cujo autor, salvo nos processos que têm revisão, é designado para relatar o acórdão). Esses votos "condutores" da maioria são normalmente escritos com antecedência e sem diálogo prévio com os demais ministros. A discussão ocorre no plenário, depois de todos os ministros, ou pelo menos alguns deles, já terem formado sua opinião. Pode-se pedir vista dos autos, formular um voto *depois* de conhecida a opinião do relator e, assim, tentar estabelecer um diálogo com os fundamentos adotados pelos votos já proferidos, mas esse voto-vista deve ser apresentado em sessão, na qual o debate fixa-se obsessivamente no resultado. Também se pode mudar de voto até a proclamação do resultado pelo presidente, mas essa mudança não precisa ser extensamente motivada. De modo geral, não há uma "negociação" em detalhes, entre os que chegaram ao mesmo resultado, sobre os fundamentos das decisões, ou seja, uma discussão sobre a correção da linha argumentativa, sobre as normas aplicáveis, a descrição do caso etc. O texto da motivação, por assim dizer, que é o que fica registrado no inteiro teor das decisões (cuja ordem normal no STF, de acordo com o regimento interno, é a seguinte: ementa, acórdão com o resultado do julgamento, notas taquigráficas – e os votos por escrito que tenham sido proferidos pelos ministros – e extrato de ata), não sofre um controle rigoroso pelos demais ministros. Às vezes um ministro relator redige a ementa (resumo da fundamentação do acórdão) sem muita fidelidade ao que foi realmente debatido, expressando sua visão pessoal sobre a questão, declarada no voto que proferiu. Em casos muito importantes, o procedimento dos ministros se altera um pouco, mas não o caráter fortemente personalista das decisões: eles formulam votos pessoais e aderem, total ou parcialmente, ao resultado proposto pelo relator (ou pelo voto divergente), com argumentos que podem ser muito diferentes entre si, na forma e na substância. De qualquer modo, é difícil saber qual foi o raciocínio da maioria da corte, pois a argumentação, para chegar ao resultado proclamado como decisão do tribunal, ou não é uniforme (quando há na maioria votos escritos individuais) ou não resulta de um verdadeiro diálogo entre os ministros da maioria (quando a maioria adere, em sessão, ao resultado vencedor), e simplesmente não há como separar objetivamente o que é a opinião do ministro A, B ou C do que é a opinião da corte no processo argumentativo que levou à decisão. Em outras palavras, por razões históricas, normativas e operacionais, o processo decisório do Supremo – que resume, em geral, o de todos os tribunais brasileiros – parece valorizar muito mais o *resultado* do que o *caminho* percorrido para chegar a ele. Esse é o motivo por que as decisões sobre o devido processo legal realmente interessantes, como veremos, são de "autoria" de dois ministros: Celso de Mello e Moreira Alves, dos quais apenas o primeiro ainda está no tribunal. O ministro Carlos Velloso, que se aposentou

Há também decisões de tribunais inferiores que aplicam o devido processo legal substantivo na solução de casos concretos. Elas podem ser analisadas em sua estrutura de argumentação (quando isso, claro, for possível – o que nem sempre ocorre) para comprovar a asserção de que o conceito do devido processo legal como sinônimo de interdição da arbitrariedade não é estranho ao direito brasileiro. Mais ainda: o exame dos acórdãos dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) revela que a violação do devido processo legal é um conceito usado intencionalmente por alguns juízes para renunir os mais variados tipos de vícios da atividade administrativa que resultam em “arbitrariedade”.

Não se faz aqui – é bom esclarecer – um estudo empírico a respeito do estado da questão no sistema jurídico brasileiro. A amostra de decisões do STF e dos TRFs recolhida, com base nos bancos de dados eletrônicos dos tribunais, não é representativa do universo pesquisado, até porque as estruturas de argumentação que receberam o nome de “devido processo legal” num caso (e por um juiz) podem estar abrangidas por outra denominação em outros casos (decididos por outros juízes).

Para que se tivesse uma pesquisa empírica rigorosa – que ainda está por realizar-se e infelizmente não é da tradição do direito público brasileiro –, melhor seria dividir o universo de possível aplicação do devido processo legal substantivo (o

em 2005, também contribuiu para a aplicação do *substantive due process*, mas não conseguiu fazer de sua argumentação – que distingue o devido processo substantivo do inciso LIV das garantias processuais específicas, para fins de admissibilidade do recurso extraordinário – a base da inadmissibilidade de recursos extraordinários que alegam violação do devido processo legal previsto na Constituição (CF 5º, LIV) por inobservância de normas processuais infraconstitucionais. Importante dizer: o Supremo continua a não conhecer de recursos extraordinários assim interpostos, mas não se vale da linha de argumentação de Velloso.

controle jurisdicional da função legislativa, da discricionariedade administrativa e dos "conceitos jurídicos indeterminados") em unidades temáticas (materiais) de fácil identificação e analisar um número bem maior de decisões, sem usar como critério de seleção dos elementos da amostra o emprego, nas decisões, da expressão "devido processo legal", nem sempre usada pelos tribunais para designar o que aqui se denomina com ela.

A uma pesquisa empírica interessariam pouco as questões semânticas. Entretanto, o objetivo de nossa análise da jurisprudência é precisamente demonstrar que o significado proposto para a expressão "devido processo legal" (interdição da arbitrariedade) pode ser encontrado na corrente de arestos dos tribunais brasileiros. Pretende-se comprovar uma tese fraca: algumas decisões de tribunais federais adotam uma concepção do devido processo legal como interdição da arbitrariedade, que se refere (em potência) à totalidade do ordenamento jurídico erigido como limite à liberdade dos agentes públicos (liberdade de conformação legislativa; liberdade interpretativa, ou cognitiva, e liberdade volitiva, ou discricionariedade, da Administração).

Para essa modesta finalidade, pensamos que nossa metodologia é adequada[35]. Realizamos pesquisa – entre os meses de novembro de 2007 e

35 Adotou-se, com variações, a metodologia proposta por Humberto Ávila para a análise do que ele chama de "postulados normativos aplicativos", ou normas que regulam a aplicação de normas jurídicas, porque entendemos que a função do devido processo legal substantivo, no sistema aberto de regras e princípios da Constituição brasileira (extremamente detalhista), é regular a aplicação da totalidade do ordenamento jurídico em cada caso concreto e não servir, ele próprio, desconectado de outras normas, como parâmetro de aferição de legitimidade da atividade estatal. Ora, se ordenamento jurídico compõe-se de normas jurídicas positivas, então o devido processo substantivo funciona como "postulado normativo aplicativo" ou, numa linguagem mais antiga, "norma de sobredireito", porque é norma atinente "à aplicabilidade e incidência de outras normas" (Vicente RÁO. **O direito e a vida dos direitos**, v. 1, pp. 363-365). Ávila propõe quatro passos: (1) levantamento, na jurisprudência, de decisões que tenham mencionado a utilização dos postulados normativos e obtenção da íntegra dos acórdãos; (2) análise da fundamentação das decisões para verificação dos elementos ordenados e da forma como foram relacionados entre si; (3)

fevereiro de 2008 – nos sistemas informatizados de jurispruência unificada do Conselho da Justiça Federal (www.justicafederal.gov.br), que reúne decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais[36], dos cinco TRFs, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal, em busca de acórdãos que mencionassem, na ementa, a expressão "devido processo legal" e pelo menos uma das seguintes expressões: "material", "substantivo" ou "substantiva". Fizemos a pesquisa também com a expressão em inglês – "due process of law" – e suas possíveis qualificações: "substantive", "substantivo", "substantiva" ou "material"[37].

Excluímos do universo de pesquisa as decisões monocráticas de todos os tribunais e todas as decisões das Turmas Recursais de Uniformização dos Juizados

investigação das normas que foram objeto de aplicação e dos fundamentos utilizados para a escolha de determinada aplicação; (4) realização do percurso inverso, ou seja, descoberta a estrutura exigida na aplicação do postulado e verificação da existência de outros casos que deveriam (ou poderiam) ter sido decididos com base nele. Deixou-se de seguir o passo (4), pois nosso objetivo – repita-se – é bem mais modesto do que "descrever" a aplicação do devido processo legal substantivo; queremos apenas provar que nossa proposta não é incompatível com o uso que alguns juízes fazem do princípio. Ver Humberto ÁVILA. **Teoria dos princípios**, pp. 127-129.

36 As Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais são órgãos jurisdicionais de segundo grau criados por ato dos Tribunais Regionais Federais, que define a composição e competência territorial, podendo abranger mais de uma seção judiciária (art. 21 da Lei 10.259/2001). Elas compõem-se de juízes federais de primeira instância, seguindo o modelo da Lei 9.099/95 (juizados especiais cíveis e criminais no âmbito estadual). A competência dos Juizados Especiais se acha prevista nos arts. 2º e 3º da Lei 10.259/2001. Em 30/09/2007, de acordo com o Conselho da Justiça Federal, havia pelo menma seção judiciária), com exceção de Roraima e Amapá, vinculadas respectivamente às Turmos uma Turma Recursal por seção judiciária (cada Estado e o Distrito Federal constituem uas Recursais do Amazonas e do Pará. As seções judiciárias de São Paulo (7), Rio de Janeiro (2), Minas Gerais (2), Paraná (2), Rio Grande do Sul (2) e Santa Catarina (2) têm mais de uma Turma Recursal. A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, prevista no art. 14 da Lei 10.259/2001 e competente para apreciar pedidos de uniformização de interpretação de lei federal, compõe-se de 10 juízes de Turmas Recursais, com mandatos de dois anos, sem recondução, e do Coordenador-Geral da Justiça Federal (o ministro do STJ mais antigo, excetuados o presidente e o vice-presidente do tribunal, que tem assento no Conselho da Justiça Federal). Está vinculada administrativamente ao Conselho da Justiça Federal, que reúne o presidente e o vice-presidente do STJ, três ministros do STJ eleitos por seus pares para um mandato de dois anos e os presidentes dos cinco Tribunais Regionais Federais. Logo se vê que as Turmas Recursais e a Turma Nacional de Uniformização formam um sistema à parte na Justiça Federal e podem ser tranqüilamente desconsideradas para os fins deste trabalho.

37 Não pesquisamos a jurisprudência do Superior Tribunal Militar, dos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nem dos tribunais eleitiorais e do trabalho, pois isso, além de elevar muito a complexidade da tarefa, reforçaria muito pouco nossa tese "fraca". Portanto, em que pese a importância dos precedentes dessas cortes, que são fonte permanente e altamente qualificada de elaboração jurisprudencial, não foi possível divisar benefícios, para a tese aqui defendida, no esforço adicional que se teria de empreender.

Especiais Federais, por entender que as decisões colegiadas dos TRFs, do STJ e do Supremo seriam mais representativas. Na medida do possível deu-se preferência às decisões de mérito que tratassem de anulação de atos administrativos ou da declaração de inconstitucionalidade de leis. Desse conjunto foram escolhidas preferentemente decisões que vinculavam eventual ofensa ao devido processo legal substantivo (CF 5º LIV) à violação de outros princípios ou regras constitucionais – e, portanto, ficaram de fora os casos que simplesmente mencionavam o devido processo substantivo, sem exteriorizar minimamente uma estrutura de aplicação da cláusula.

As decisões selecionadas foram analisadas em seu inteiro teor. Procedemos em seguida, com base no texto dos debates e votos dos juízes[38] e ministros, a uma reconstrução de seus argumentos, para tentar compreender o sentido atribuído ao devido processo legal substantivo em cada caso concreto. Em relação às decisões do Supremo, que são as mais importantes, consideramos também algumas que, embora não contivessem na ementa as palavras-chave, foram citadas por outras decisões que aplicaram o devido processo legal substantivo. Ordenamos as decisões do Supremo por assunto e as demais por órgão julgador, dado o reduzido número de decisões nos TRFs que satisfizeram a todos os critérios da pesquisa.

38 Os juízes dos Tribunais Regionais Federais passaram a usar o título de "desembargadores federais" por força de atos normativos dos respectivos tribunais. Essa tendência começou no final da década de 1990 e, aos poucos, as cinco regiões aderiram ao modismo (a 4ª Região, com sede em Porto Alegre e jurisdição sobre os três Estados do Sul, foi a última, em 2001, a emendar seu regimento interno). Embora seja de bom tom tratar as pessoas pelo nome que elas se atribuem (o que, segundo pensamos, deve ser a conduta normal na atividade forense; por exemplo, nas petições dirigidas aos TRFs), a Constituição Federal ainda se refere, mesmo depois da Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional 45/2004), aos membros dos TRFs como "juízes" (CF 103-B, VI; CF 104, I; CF 107). Desse modo, entendemos que uma descrição correta do direito positivo brasileiro – que é o que se pretende fazer neste trabalho – não deve prescindir do uso da denominação constitucional.

4.1. Processo eleitoral e partidos políticos

A legislação eleitoral e partidária foi, de certo modo, o laboratório do devido processo legal substantivo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A tradicional prática de produzir leis específicas para regular o processo eleitoral em determinados pleitos – que foi abandonada apenas em 1997, com a edição de uma lei geral sobre eleições (Lei 9.504/97) – levava o Supremo a resolver, a cada dois anos (periodicidade normal das eleições no sistema brasileiro), diversas questões de direito eleitoral. Essas leis tinham, obviamente, uma dose elevada de casuísmo, o que abria largo espaço à alegação de que eram arbitrárias.

Na lei das eleições de 1994 (Lei 8.713/93), o STF encontrou uma violação à Constituição nos dispositivos que consideravam, para fins de admissão de partidos políticos à disputa dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Senador, Governador e Vice-Governador (de Estado e do Distrito Federal), fatos do conhecimento do legislador ao tempo da edição da lei[39]. De modo concreto, a lei adotou como critério de exclusão o desempenho eleitoral dos partidos nas eleições de 1990 e a representação parlamentar na Câmara dos Deputados (ou no Legislativo estadual ou distrital) na data da publicação da lei (art. 5º, §§ 1º e 2º, da Lei 8.713/93)

A questão foi posta pelo relator, ministro Marco Aurélio Mello, como uma ofensa à autonomia partidária, que não admitiria exceção, a não ser se estivesse prevista, de modo expresso, no texto constitucional. Para isso, realizou uma comparação com o texto da Constituição anterior, que restringia a participação

39 ADIn 966-4/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 11/05/1994, DJU de 25/08/1995.

eleitoral de partidos de acordo com a “representatividade”, e concluiu que toda limitação à possibilidade de um partido lançar candidatos deveria “estar compreendida e disciplinada na própria Carta”. Esse argumento, por certo, significa dizer que haveria uma “reserva de Constituição” para a imposição de limites ao funcionamento partidário, não sendo a lei ordinária um veículo normativo adequado.

O ministro Ilmar Galvão acompanhou, nessa específica fundamentação, o relator, dizendo que “a Constituição de 1988, casuística que é, estabeleceu expressamente as hipóteses de restrição aos partidos políticos, como fez no art. 103, inc. VIII [que atribui legitimidade ao partido político, com representação no Congresso Nacional, para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade]”. No mesmo sentido votou o ministro Néri da Silveira.

Já o ministro Francisco Rezek admitiu a possibilidade de a lei estabelecer restrições não previstas no texto constitucional, como conseqüência da “liberdade ampla de participação dos partidos”. Disse ele: “quando o legislador maior estabelece regras de extraordinária plasticidade e conforto para que se fundem partidos políticos, o mínimo que se pode esperar é que o legislador ordinário estabeleça limites à participação dessas agremiações no processo eleitoral”.

Depois, ao verificar eventual ofensa ao princípio da isonomia, Rezek considerou que se tratava de saber “se determinada discriminação ultrapassa os limites de razoabilidade” e concluiu, mediante um apelo à “percepção premonitiva das conseqüências, em nossa prática eleitoral, da admissão indiscriminada de todos os partidos políticos em qualquer espécie de competição eleitoral”, que a norma impugnada era razoável.

Com essa premissa concordaram os ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, invocando, ademais, o direito estrangeiro (sobretudo o alemão, em que se teria inspirado esse tipo de limitação). No voto de Pertence lê-se: “uma coisa é a liberdade de criação de partidos políticos, outra coisa é a maior ou menor extensão das prerrogativas que a cada partido se outorgue no processo eleitoral, desde que razoavelmente dimensionadas por seu desempenho eleitoral ou por sua representação parlamentar”.

Coube ao ministro Sydney Sanches observar, com argúcia, que a lei em apreço “está partindo de fatos, já ocorridos, para regular o futuro. Assim, no dia 30 de setembro de 1993, quando entrou em vigor a lei, já se sabia quais os partidos que não poderiam concorrer, quais os que ficariam por ela automaticamente excluídos”. Apesar de Sanches revelar-se “simpático à causa da limitação da atuação dos partidos políticos, para que não se chegue aos notórios abusos da prática partidária e eleitoral, no Brasil [...]”, ressalvou que “[a] lei não é razoável, quando leva em conta o passado dizendo quais os partidos que não podem concorrer”.

Esse argumento foi decisivo para que o ministro Moreira Alves afirmasse de modo categórico em dois parágrafos, que convém destacar:

> *“[...] o problema capital que se apresenta, em face desta lei, é que ela fere, com relação aos dispositivos que estão sendo impugnados, o princípio constitucional do devido processo legal, que, evidentemente, não é apenas o processo previsto em lei, mas abarca as hipóteses em que falta razoabilidade à lei.*

> *Ora, os dispositivos em causa partem de fatos passados, e portanto já conhecidos do legislador quando da elaboração dessa lei, para criar impedimentos futuros em relação a eles, constituindo-se, assim, em verdadeiros preceitos* ad hoc*, por terem como destinatários não a generalidade dos partidos, mas apenas aqueles relacionados com esses fatos passados, e, por isso, lhes cerceiam a liberdade por esse procedimento legal que é de todo desarrazoado."*

Em que sentido a lei impugnada "fere [...] o princípio constitucional do devido processo legal", por conter preceitos cujos "destinatários [são] não a generalidade dos partidos, mas apenas aqueles relacionados com esses fatos passados"? Pode-se responder que o *due process of law* foi empregado, aqui, como proibição de "leis com endereço certo", ou seja, de leis que, sob a aparência de generalidade, colhem pessoas, situações e bens perfeitamente individualizadas e cuja individualidade provavelmente foi representada pelo legislador quando da produção normativa. Poderia ter-se construído a inconstitucionalidade, se fosse o caso, como violação de um "direito geral de igualdade", implícito na cláusula do CF 5º, *caput*, ao lado do CF 5º, LIV, pois a discriminação arbitrária resulta na privação de um bem a algum sujeito jurídico (e, quase sempre, na atribuição desse mesmo bem a outrem)[40].

Ao tomar como critério fatos sabidos pelo legislador, a lei na verdade dirigia-se, na opinião dos ministros citados, aos partidos políticos A, B e C, cujo desempenho eleitoral (ou representação parlamentar) era de conhecimento geral, e não a todo e qualquer partido que pudesse vir a estar na situação descrita no antecedente da norma. Na verdade, a definição dos sujeitos a que se aplicaria a proibição estatuída no conseqüente se deu de tal modo que não era possível – na opinião do Supremo – predicar generalidade à lei.

---

40 Sobre o princípio da igualdade no direito brasileiro, ver o pequeno e valiosíssimo ensaio: Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, *passim*.

Mas o o ministro Moreira Alves caracterizou a ofensa como violação da "liberdade", no sentido do CF 5º, LIV, porque a ausência de legislação infraconstitucional restritiva implicava o exercício pleno do direito fundamental de participação dos partidos políticos (correlato à autonomia partidária), desde que regularmente constituídos, no processo eleitoral dos cargos majoritários. Em outras palavras, a limitação operada pela lei privou determinados partidos "por procedimento legal [...] de todo desarrazoado" (Moreira Alves), consistente em "leva[r] em conta o passado, dizendo quais os partidos que não podem concorrer" (Syndey Sanches), de seu direito fundamental de participação política, expresso na liberdade de registrar candidatos aos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Senador, Governador e Vice-Governador.

Nesse caso, então, o Supremo entendeu que o devido processo legal substantivo – invocado por Moreira Alves como fundamento da "razoabilidade" – regulou a aplicação de duas normas jurídicas: de um lado, o princípio da autonomia partidária (CF 17), de que derivaria o direito a participar, em igualdade de condições, no processo eleitoral; de outro, a norma que determina a realização do interesse coletivo[41] de assegurar representatividade aos partidos políticos que disputam eleições majoritárias (decorrente do princípio democrático), limitando a "admissão indiscriminada de todos os partidos políticos" (Francisco Rezek) ou os "notórios abusos da prática partidária e eleitoral, no Brasil" (Sydney Sanches).

A regulação se construiu no sentido de que a realização do interesse coletivo

41 Usamos "interesse coletivo" no sentido de "bem coletivo", como definido por Robert Alexy. Ver Robert ALEXY. "Derechos individuales y bienes colectivos". in: **El concepto y la validez del derecho**, pp. 179-208.

somente poderia ser buscada se o legislador “o fizesse razoavelmente” (Sydney Sanches) ou se as restrições decorrentes fossem “razoavelmente dimensionadas [pelo] desempenho eleitoral ou [pela] representação parlamentar [dos partidos]” (Sepúlveda Pertence). Não era “razoável” na opinião do tribunal a consideração de fatos passados, do conhecimento do legislador, que eliminassem a generalidade da lei e a tornassem um ato individual, concreto, porém disfarçado, ainda que a finalidade – como ressaltaram diversos ministros (Rezek, Pertence, Velloso, Sanches) – fosse compatível com a Constituição.

Em outro caso sobre a mesma lei, o Supremo reconheceu a validade, perante a Constituição, do art. 9º, que fixou prazo de atendimento de duas condições de eligibilidade: a filiação deferida pelo respectivo partido até cem dias após a publicação da lei (inciso I); e o domicílio eleitoral na circunscrição na qual pretende concorrer pelo menos desde 31 de dezembro de 1993 (inciso II)[42]. Deve-se observar que, curiosamente, o autor da ação (Partido Social Cristão) não chegou a invocar a “irrazoabilidade de seu conteúdo normativo”, mas o ministro Celso de Mello, relator, analisou a compatibilidade da norma com a Constituição também sob esse aspecto[43].

Ele entendeu que esse dispositivo legal “fixou uma disciplina normativa de caráter nitidamente prospectivo” e, assim, “não criou obstáculos materiais que impedissem a livre opção dos candidatos quanto à sua própria vinculação a determinados partidos ou à fixação de seu domicílio”. Ele acrescentou que “a norma

42 ADIn 1063-8, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/1994, DJU de 27/04/2001. Publicada em RTJ 178/22.

43 Cumpre ressaltar que, controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo entende que não está vinculado à causa de pedir. Logo, o tribunal pode declarar a inconstitucionalidade – ou a constitucionalidade – de uma norma por qualquer fundamento, ainda que não alegado na petição inicial.

legal em questão não criou condições que, refletindo situações definitivamente consolidadas no passado, tornassem inviável, ante a irreversibilidade do decurso do tempo, o implemento desses requisitos". Desse modo, conclui:

> *"Vê-se, do simples cotejo entre a data de vigência da Lei n. 8.713 (1º/10/93) e os prazos assinalados na norma ora impugnada (31/12/93, em caso de domicílio eleitoral, e 9/1/94, na hipótese de filiação partidária), que o legislador não ofendeu o princípio do devido processo legal, analisado na perspectiva de sua projeção material (**substantive due process of law**)."*

Então o ministro faz uma longa e interessante digressão sobre o que, a seu ver, seria o conteúdo normativo do devido processo substantivo no direito brasileiro. A cláusula *due process* em sua dimensão substantiva "atua como devisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário". Em seguida, enuncia o fundamento do devido processo em sentido material como a "necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade".

O ministro Celso de Mello relaciona essa cláusula ao "abuso de poder legislativo", que significa, "dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder" à função legislativa, que o Poder Legislativo "não dispõe de competência para legislar [...] de forma imoderada e irresponsável, gerando [...] absoluta distorção e [...] subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal". Lembra Caio Tácito, pioneiro no estudo do desvio de poder aplicado à função legiferante, para afirmar que "mesmo nas hipóteses de seu discricionário exercício, a atividade

legislativa deve desenvolver-se em estreita relação de harmonia com o interesse público".

Isso ocorreria "especialmente naquelas situações em que a lei se reduz à condição de deliberação estatal totalmente inexeqüível", o que poderia comprometer "a própria função jurídico-constitucional dessa espécie normativa". Como a norma impugnada não criava situação inexeqüível, revelou-se "quanto ao seu intrínseco conteúdo, obsequiosa para com a cláusula do **substantive due process of law**".

Refazendo o itinerário da decisão, o Supremo – pela voz de Celso de Mello – entendeu que o art. 9º da Lei 8.713/93 operou uma definição de marcos temporais "razoáveis" para a fixação de domicílio eleitoral e filiação partidária, que são condições de eligibilidade previstas na Constituição (art. 14, § 1º, IV e V). A razoabilidade – ou, o que dá no mesmo, a não arbitrariedade – do esquema de regulação, no ponto, estava em que as pessoas interessadas em se candidatar dispunham do tempo necessário – entre a vigência da lei e os prazos fatais nela previstos – para satisfazer as condições (constitucionais) de eligibilidade. Por isso, a "deliberação estatal" consubstanciada no texto legal era "exeqüível", para usar a linguagem do relator.

Pode-se descrever assim a solução do problema sob o aspecto do devido processo substantivo: atendeu-se à cláusula porque a lei, ao fixar prazos de atendimento de duas condições de eligibilidade, retrocedeu – talvez caprichosamente – o momento em que seriam, na ausência da lei, exigidas as condições de eligibilidade (esse momento talvez fosse a escolha dos candidatos pelos órgãos partidários competentes), mas não chegou a limitar sensivelmente o

exercício da cidadania passiva. Bastaria ao interessado, que tinha conhecimento prévio dos prazos legais, ajustar-se a eles, o que era possível nas circunstâncias.

Nesse caso, portanto, a regulação do marco temporal para o implemento das condições de eligibilidade foi considerada mínima restrição (ou mesmo indiferente) ao exercício do direito de ser votado, e o Supremo deteve-se aí: não investigou se a medida atendia a alguma finalidade estimável (de interesse público). O simples fato de a lei não restringir de modo excessivo a cidadania passiva tornou, por si só, a medida "razoável" ou "obsequiosa para com a cláusula do **substantive due process of law**".

Apesar de o relator equiparar o "substantive due process" ao "excesso de poder" e afirmar que, por isso, "mesmo nas hipóteses de seu discricionário exercício, a atividade legislativa deve desenvolver-se em estreita relação de harmonia com o interesse público", não se examinou qual o interesse público, se é que havia, na fixação – aparentemente aleatória – de um prazo para o atendimento das condições de eligibilidade. Essa circunstância, aliás, foi percebida pelo ministro Marco Aurélio, no único voto dissidente sobre a questão.

Marco Aurélio observou que a medida operou "no âmbito da discrição, para não falar no âmbito do arbítrio" porque teria privado "determinados cidadãos, embora no pleno exercício dos direitos políticos, com o alistamento eleitoral em dia, com domicílio eleitoral na circunscrição ou participando [da vida do partido] à época própria para a escolha dos candidatos [...] e, portanto, filiados, se não atendido o requisito novo criado, estranho à Carta, são inelegíveis!"

Depois, o ministro comparou os prazos da lei para o preenchimento das condições de eligibilidade com o que “na própria Lei estabeleceu-se, para a escolha dos candidatos”, resultando daí que este último era “um prazo muito maior”. Então formula a pergunta retórica: “[q]ual a razão de ser de exigir-se a condição em determinada época, muito aquém do prazo máximo marcado para a escolha dos candidatos pelos partidos e deliberação sobre as coligações?”[44]

Pode-se dizer que a cláusula do devido processo legal substantivo foi invocada nesse precedente como limite contra a legislação “opressiva ou arbitrária” num sentido bastante restrito e deferente com o legislador. Proíbe-se apenas, mediante o recurso ao *due process*, a lei de fazer exigências que afetem excessivamente o exercício de um direito fundamental, indepentendemente da finalidade que se tenha em mira com a restrição.

Nas eleições municipais de 1996, a Lei 9.100/95 proibiu, no art. 6º, *caput*, as coligações partidárias exclusivamente para as eleições proporcionais (Câmara de Vereadores). De acordo com a norma, os partidos poderiam conjugar esforços nas eleições majoritárias ou nas majoritárias *e* proporcionais, mas não apenas nas proporcionais. O Partido Comunista do Brasil (PC do B) pediu ao STF a declaração de inconstitucionalidade parcial do dispositivo, mantendo-se apenas a parte que dispunha sobre a possibilidade genérica de coligações. Alegou ofensa à autonomia partidária, na redação original do CF 17, § 1º, pois “a lei não pode fixar qualquer restrição ao funcionamento partidário.”

44 O voto de Marco Aurélio é muito confuso e retórico. Nossa intepretação, portanto, apesar da cautela de basear-se exclusivamente no que ele disse, corre o sério risco de não corresponder exatamente ao pensamento do ministro naquele caso.

A decisão do Supremo foi inequívoca no resultado e ambígua na motivação: a proibição de coligações *apenas* para as eleições proporcionais era conforme à Constituição[45]. Por quê? De um lado, o ministro Celso de Mello, relator, deixou bem claro que a autonomia partidária:

> *"**não se qualifica** como elemento de restrição ao Congresso Nacional, quando este, no exercício das atribuições que lhe confere o art. 22, I, da Constituição, discipline o processo eleitoral e disponha, como no caso, para efeito da disputa do poder político, sobre as regras gerais que os atores do processo eleitoral deverão observar, **em suas relações externas**, na celebração das coligações partidárias [...]"*

De outro, pretendeu-se aplicar o devido processo legal substantivo, para reconhecer que não haveria ofensa também ao "princípio da proporcionalidade, que se qualifica – enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais – como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público". Na opinião do tribunal, expressa no voto do relator, esse princípio seria "essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais". Seu conteúdo de dever ser – de novo segundo o relator – pode-se resumir em que "proíbe o excesso e veda o arbítrio do poder", destinando-se, assim, a "inibir e neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes".

O princípio da proporcionalidade, então, atua como "verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais", sobretudo nos casos de "imposições restritivas incidentes sobre determinados valores básicos".

45 ADIn 1.407-2/DF, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/96, DJU 24/11/2000. Publicada em RTJ 176/578.

Essas restrições dependeriam – e aqui o relator cita Gilmar Ferreira Mendes, que ainda não era ministro do Supremo – da “legitimidade dos meios e fins perseguidos pela ação do legislador”, da “adequação dos meios” para a realização dos objetivos e da “necessidade de sua utilização”.

Desnecessário dizer que esses termos não foram definidos claramente, nem relacionados numa estrutura de argumentação que se assemelhasse, mesmo de longe, ao teste de proporcionalidade do Tribunal Constitucional Alemão. Ademais, o emprego – retórico – do princípio da proporcionalidade encerra uma possível contradição: se a autonomia partidária, na opinião da corte, “não se qualifica como elemento de restrição” da capacidade legislativa da União no que se refere às coligações partidárias, de que restrição “sobre valores básicos” trataria o princípio da proporcionalidade no caso concreto?

Após discorrer sobre a proporcionalidade, o relator vincula o princípio expressamente à cláusula do devido processo legal (“um dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade”), que “deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável”. Prossegue com a mesma argumentação da ADIn 1.063-8, sobre prazos para o implemento de condições de eligibilidade, mas acrescenta a seguinte informação:

“A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem

> *por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos nocivos e inúteis aos direitos das pessoas"*

Dá como exemplo a ADIn 1.158-AM, por ele relatada, que examinaremos adiante. Interessa verificar que, nesse argumento, uma prescrição que se revela destituída de "causa legítima", ou que exteriorize "abusos inaceitáveis", bem como institucionalize "agravos nocivos e inúteis aos direitos das pessoas" seria ofensiva aos "padrões de razoabilidade". De novo, o problema da fundamentação concreta se põe. Não se fez um exame da legitimidade da "causa" (conceito sabidamente plurissignificativo que nem sequer chega a ser definido) da proibição de coligar-se nas eleições proporcionais, que pesava sobre os partidos. Mais uma vez, se a autonomia partidária não se presta a limitar a função legislativa no particular das coligações partidárias, como dizer que houve "abuso inaceitável", ou um "agravo nocivo e inútil" à esfera jurídica de alguém?

A chave para os enigmas que o relator deixa inconclusos parece estar no voto do ministro Sepúlveda Pertence, que, depois de afastar – como fez o relator – o princípio da autonomia partidária, considerou ser necessário "encontrar, na Constituição, um princípio do qual derivasse a plena liberdade de coligar-se". Mas disse Pertence em seguida: "não consigo ver como princípio constitucional o da liberdade de coligação". Ao contrário, prossegue o ministro, "até se poderia pôr em dúvida [...] a compatibilidade das coligações em eleições proporcionais", pois a reunião de partidos, a fim de conjugar esforços em busca do quociente eleitoral[46],

46 A distribuição de cadeiras na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras municipais e distrital se dá em três etapas: na primeira, o partido tem de atingir o quociente eleitoral (obtido pela divisão dos votos válidos pelas cadeiras a preencher); na segunda,

“desnatura inteiramente o sentido da eleição proporcional, que é procurar reproduzir, na composição das Casas legislativas, o desempenho de cada partido”.

Nas coligações proporcionais, o conjunto de partidos funciona como se uma agremiação só fosse para fins de transformação de votos em cadeiras nos órgãos legislativos. Na medida em que “a representação proporcional tem como critério o peso relativo da votação dos diversos partidos”, Pertence conclui que, no mínimo, “a admissão da coligação para eleições proporcionais reclama texto expresso”. Em outras palavras, Pertence divisa uma certa incompatibilidade entre o sistema proporcional e a possibilidade de coligações partidárias, que se resolveria não com a inconstitucionalidade de qualquer reunião de partidos, mas por uma reserva de lei: não sendo possível derivar da Constituição, por via direta, um “princípio” que assegure a “liberdade de coligação”, que a seu ver seria até mesmo “de difícil convivência com o sistema constitucional de representação proporcional”, no silêncio da lei prevaleceria uma proibição das coligações em pleitos realizados pelo sistema proporcional.

Esclarece-se, desse modo, o sentido do uso do devido processo legal substantivo, bem como a diferença fundamental entre as opiniões de Pertence e Celso de Mello. A cláusula *due process* serviria, no argumento de Celso de Mello, como princípio regulador da aplicação da norma constitucional que assegura um direito geral de liberdade, segundo o qual estaria permitido, *prima facie*, ou seja, na

---

apura-se o quociente partidário (resultado da divisão dos votos do partido, nomes e legenda, pelo quociente eleitoral) e atribuem-se as cadeiras aos partidos de acordo com esse cálculo; na terceira, as cadeiras não atribuídas a nenhum partido pelo quociente partidário (sobras) são distribuídas entre todos segundo o critério das “maiores médias”. Ao se coligarem numa eleição proporcional, os partidos tornam mais fácil a obtenção do quociente eleitoral (sem o qual não se participa da distribuição das cadeiras), pois são computados, para esse fim, os votos de todas as agremiações partidárias da respectiva coligação.

ausência de restrições, fazer ou omitir o que se queira; a outra face dessa liberdade é que os sujeitos jurídicos teriam direito, à míngua de normas restritivas, a que o Estado não impeça as ações ou omissões permitidas[47]. Pode-se dizer mesmo que o significado de "liberdade", no texto do CF 5º, LIV, compreenderia a liberdade geral do CF 5º, II.

Essa liberdade geral de ação dos partidos políticos enquanto sujeitos jurídicos – que não decorreria, portanto, da autonomia partidária – se traduz, no caso em apreço, pela permissão, à míngua de norma restritiva, de os partidos coligarem-se para as eleições proporcionais. Mas havia norma legal restritiva e precisamente sua constitucionalidade material é que foi desafiada perante o Supremo. Para o ministro Celso de Mello, então, a restrição veiculada na lei era materialmente constitucional porque não ofendia o devido processo substantivo (CF 5º, LIV). A lei restritiva não constituía "abuso inaceitável" ou "agravo nocivo ou inútil" a esse direito geral de liberdade, que, apesar de não mencionado por Celso de Mello, tem de ser pressuposto para tornar seu argumento inteligível (e, claro, deve-se presumir *alguma* racionalidade nos votos dos ministros do Supremo). Já o ministro Sepúlveda Pertence considerou que, por constituírem uma exceção à pureza do sistema proporcional, as coligações partidárias estariam *prima facie* proibidas, embora admitisse, um tanto hesitante, que o legislador poderia autorizá-las sob condições[48].

É interessante sublinhar que dois argumentos absolutamente distintos – a

47 Robert ALEXY. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 333.

48 A Emenda Constitucional 52/2006 incluiu "os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais" no conteúdo específico da autonomia partidária. A propósito, decidiu o tribunal que "a inovação trazida pela EC 52/06 conferiu *status* constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal." (ADIn 3.685/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 10/08/2006).

permissão de coligar-se como norma constitucional, cujas restrições por via de lei se sujeitam à “proporcionalidade” ou ao “substantive due process of law”, no voto de Celso de Mello, e a proibição de coligar-se como norma constitucional, havendo necessidade de “texto expresso” de lei para abrir exceções, na opinião de Pertence – chegaram ao mesmo resultado (a constitucionalidade da proibição de coligações nas eleições proporcionais), o que vem reforçar nossa proposição anterior de que a práxis jurisdicional do STF dá muito pouco valor à motivação.

4.2. Direito administrativo I: poder de polícia e regulação econômica

Na história do devido processo legal substantivo no sistema americano, como vimos, as questões relacionadas ao poder de polícia e regulação econômica tiveram uma importância decisiva. Apesar de as “liberdades econômicas” e restrições à propriedade (estas últimas agora compreendidas, de modo geral, na denominada “takings clause”) não serem mais o foco da Suprema Corte americana, parece inegável que, sem esse desenvolvimento jurisprudencial, talvez a dimensão material do *due process of law* não tivesse sobrevivido aos primeiros – e um tanto desastrados – ensaios de aplicação no século XIX.

Esse conjunto de questões foi enfrentado também pelo Supremo Tribunal Federal – embora em menor escala – sob o ângulo do devido processo substantivo. No julgamento de liminar em ação direta de inconstitucionalidade, promovida pelo Partido Social Liberal (PSL) contra o art. 6º e incisos da medida provisória 2.045-4, de 26 de setembro de 2000, que dispunham sobre o registro de arma de fogo, o tribunal, por unanimidade, considerou inconstitucionais os dispositivos e

fundamentou sua decisão expressamente no devido processo legal em sentido material (CF 5º, LIV)[49].

As normas atacadas suspendiam, até 31 de dezembro de 2000, o registro de arma de fogo de que tratava o art. 3º da Lei 9.437/97 (antiga lei sobre armas de fogo), exceto para as Forças Armadas, órgãos de segurança pública e de inteligência e empresas de segurança privada regularmente constituídas, nos termos da legislação específica. A petição inicial alegou ofensa a vários dispositivos constitucionais, inclusive o devido processo legal substantivo, neste caso por ser a norma impugnada, na opinião do autor, "desarrazoada".

As informações prestadas pelo Presidente da República, nesse ponto, aplicaram à medida legislativa o teste de proporcionalidade – adequação, necessidade (ou exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito – e concluíram que a restrição ao "direito de propriedade ou [a]o direito de liberdade de iniciativa" era adequada à finalidade de "ampliar a segurança pública, afastando-se o principal meio lesivo e fator de risco ao direito à vida e à segurança", revelando-se também "insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz" e, por fim, estabelecendo "uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto".

No voto que se tornou a opinião do tribunal, o ministro Moreira Alves considerou primeiro a exposição de motivos do ato normativo, na qual o Ministro da Justiça afirmava que, como "a efetivação da compra só ocorre após expedição do

49 ADIn 2.290-3/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Moreira Alves, julgada em 18/10/2000, DJU de 23/02/2001. Publicado em RTJ 178/ 200.

registro", a suspensão deste "impedirá que a violência se alastre, enquanto o Congresso Nacional conclui as discussões a respeito da proibição da venda de arma de fogo em todo o território nacional".

A partir desse texto, o relator entendeu que o dispositivo impugnado visava a impedir "provisoriamente, [...] de modo indireto, por meio de suspensão do registro que torna ilícita a posse de arma de fogo, a compra e venda de arma dessa natureza em todo o território nacional a qualquer pessoa física ou jurídica que não os entes, órgãos e empresas excetuadas nos três incisos dele". Daí a norma ter operado uma restrição à comercialização de arma de fogo "tão drástica que praticamente a inviabiliza, [...] especialmente no tocante ao comércio varejista, apesar de continuar ela lícita nesse período da suspensão de registro".

A medida estatal era "desarrazoada", porquanto "sem proibir a comercialização de armas de fogo, que continua, portanto, lícita, praticamente a inviabiliza de modo indireto e provisório". Essa provisoriedade, segundo Moreira Alves, tampouco seria adequada "a produzir o resultado almejado (as permanentes segurança individual e coletiva e proteção do direito à vida)", nem atenderia "à proporcionalidade em sentido estrito".

Tem-se uma argumentação que remete à proporcionalidade como *topos* retórico, por não aplicar rigorosamente a regra com a estrutura e conteúdo a ela adscritos, mas que pode ser assim reconstruída (com base, repita-se, exclusivamente nas palavras do voto): a medida afetou a liberdade de exercício de atividade econômica (CF 170, *caput* e I, c/c CF 1º, IV), a título de restringir a comercialização de armas de fogo, "de modo tão drástico" que a inviabilizou " de

modo indireto e provisório", não obstante "continuar ela lícita nesse período de suspensão do registro". Na opinião do relator a medida foi, portanto, excessiva. Talvez por isso ele tenha afirmado que a suposta restrição não "atende à proporcionalidade em sentido estrito", já que é comum na doutrina e na jurisprudência identificar-se essa regra parcial da proporcionalidade com a "proibição do excesso".

Antes, porém, o ministro referiu que, em razão de sua provisoriedade, a suspensão do registro de arma de fogo "não é sequer [meio] adequado a produzir o resultado almejado (as permanentes segurança individual e coletiva e proteção ao direito à vida)", o que sugere um teste de adequação, não fosse a errônea representação do fim da norma pelo ministro. Ao contrário do que entendeu Moreira Alves, a exposição de motivos transcrita em seu voto deixa bem claro que a finalidade da norma não era a "permanente" proteção da "segurança individual e coletiva e [...] ao direito à vida", mas somente, nas exatas palavras do Ministro da Justiça, impedir "que a violência se alastre, *enquanto o Congresso conclui as discussões a respeito da proibição da venda de arma de fogo em todo o território nacional*" (sem grifos no original). No mesmo sentido foram a petição inicial e as informações. Ora, se o fim era delimitado no tempo, natural que um meio de igual natureza seja adequado, ao menos em tese, a realizá-lo, embora não o fosse, por óbvio, em relação a um fim "permanente".

De qualquer modo, o devido processo legal prestou-se no caso a regular a aplicação da norma jusfundamental que protege a livre iniciativa, na dimensão de liberdade de exercício de atividade econômica, em confronto com o bem coletivo "segurança pública", também previsto na Constituição (CF 144) e diretamente

relacionado a vários direitos fundamentais (vida, propriedade, liberdade e, por óbvio, a "segurança", todos mencionados no *caput* do CF 5º). A cláusula *due process* fundamenta um juízo de inconstitucionalidade de norma que: (a) privou comerciantes de armas de fogo da liberdade econômica: (b) o fez de modo excessivo, desarrazoado, ou de maneira "drástica", por haver inviabilizado, sem proibir (a proibição era uma opção normativa em tese disponível ao governo), seu exercício.

Noutra ocasião, o Supremo afastou a alegação de que a lei dos planos de saúde (Lei 9.656/98, modificada por várias medidas provisórias) ofendia o devido processo legal em sentido substantivo[50]. A ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pela Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS) contra praticamente todo o modelo regulatório do setor definido na lei. Tratava-se de um ataque integral ao próprio esquema de regulação setorial desenhado pelo legislador, considerado "desmedido, desajustado, excessivo e desproporcional".

Dentre outros argumentos, alguns dos quais acolhidos pelo Supremo (por exemplo, a violação da garantia do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, em relação a normas que incidiam sobre contratos anteriores à lei), a CNS serviu-se especificamente do devido processo legal substantivo (CF 5º, LIV) para impugnar os dispositivos relacionados à instituição de: (a) um "plano ou seguro-referência", com coberturas e exigências mínimas de atendimento; (b) uma obrigação de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS) dos serviços, previstos em contrato, que tenham sido prestados aos consumidores (ou dependentes) dos

50 ADIn-MC (Medida Cautelar) 1.931-8/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, julgada em 21/08/2003, DJU de 28/05/2004. Publicada em RTJ 190/ 41.

operadores de plano e seguro saúde em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do SUS.

No primeiro caso, a violação do devido processo legal consistiria – de acordo com os argumentos da petição inicial – em impedir que as operadoras de planos ou seguros de saúde ofertassem outras modalidades contratuais, com coberturas reduzidas ou exigências mais brandas, fazendo com que o modelo legal de "plano de referência", como padrão mínimo a ser oferecido no mercado, se tornasse "irracional", por cobrir "muito mais do que o consumidor quer, ou necessita". De outro lado, haveria na opinião da autora um acréscimo de custos significativo para as empresas e ameaça de ruptura do equilíbrio atuarial, com prejuízos à "sobrevivência das operadoras e, por conseqüência, a (sic) prestação do serviço de assistência à saúde da população".

A conseqüência dessa "absurda, desproporcional e desarrazoada intervenção do Poder Público em área reservada à livre iniciativa" seria, para a CNS, "decerto [...] a inviabilização do sistema". A petição inicial dá vários exemplos de como o modelo regulatório da Lei 9.656/98, na medida em que exige padrões mínimos de cobertura dos planos ofertados no mercado, atingiria tanto a liberdade do consumidor de optar por planos mais baratos e de cobertura reduzida quanto a livre iniciativa, neste caso "impondo a oferta padronizada de serviço" e obrigando os operadores "[a]o oferecimento do plano padrão imposto pelo Estado ditador". A alegação de ofensa ao devido processo legal na petição inicial *sempre* aparece ligada a dois outros dispositivos constitucionais: o CF 196, que trata do dever estatal de assistência à saúde, e o CF 199, segundo o qual a saúde é livre para a iniciativa privada.

No que concerne à obrigação de ressarcimento, prevista no art. 32 da Lei 9.656/98, a autora entende que “revela, a não mais poder, a intenção do Estado de transferir, para a iniciativa privada, o ônus de assegurar saúde para todos, na forma do art. 196 da Constituição”, de modo que a exigência legal “interfere, indevidamente, na iniciativa privada, maltratando o artigo 199 da Constituição Federal”. De acordo com o argumento exposto na petição inicial, o caráter ofensivo ao *due process* dessa obrigação seria uma espécie corolário do “plano padrão” definido na lei: bastaria um indivíduo ter a cobertura contratual mínima – que abrange, na opinião da autora, “toda e qualquer doença, [...] todo e qualquer tratamento, em todo e qualquer hospital, [e] pagar por todo e qualquer exame” – para que o Estado cobrasse das operadoras as despesas em que tivesse de incorrer na prestação de ações e serviços de saúde a essa pessoa.

Em síntese, a petição inicial sustenta a ocorrência de uma transferência completa – ou quase, dado que a lei exclui algumas coberturas – do dever do Estado para a iniciativa privada em relação aos consumidores dos planos de saúde. Os elementos centrais dessa transferência são, para a autora, a ampla cobertura mínima e, em caso de serviços cobertos pelo contrato mas prestados aos consumidores pelo SUS, a obrigação de ressarcimento imposta aos operadores de planos e seguros-saúde, o que implicaria, ao mesmo tempo, em o Estado demitir-se de seu dever constitucional e interferir “indevidamente” na liberdade econômica das empresas do setor de saúde. Mas o ressarcimento ainda violaria, segundo a inicial, o princípio da solidariedade ínsito ao financiamento da seguridade social (CF 195), por “impor, exclusivamente aos setores [...] regulados, tal obrigação”, bem como seria uma “fonte destinada a garantir a manutenção ou expansão da seguridade

social", que estaria a exigir, segundo o CF 195, § 4º, c/c CF 154, I, lei complementar.

O voto do ministro relator, Maurício Corrêa, fiou-se, de modo extenso e quase exclusivo, na opinião de um técnico do Ministério da Saúde, que então ocupava o cargo de Diretor do Departamento de Saúde Suplementar. Essa peça técnica veio aos autos em "informações complementares", solicitadas ao Presidente da República porque o relator deu-se conta – ao terminar de redigir o relatório – de que as informações prestadas pelo Poder Executivo e pelo Congresso Nacional "não enfrentaram de *per se* as teses suscitadas na inicial"[51].

Em primeiro lugar, o ministro reconhece ao Poder Público a capacidade genérica de disciplinar como a iniciativa privada deve realizar as ações e serviços de saúde, com base no texto do CF 197, que dispõe (sem grifos no original):

> **Art. 197**. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua **regulamentação, fiscalização e controle**, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa jurídica de direito privado.

Para o relator "[e]ssa disposição, ao estabelecer que a execução desses serviços pode ser feita também por terceiros, por pessoa jurídica de direito privado, não deixa qualquer dúvida de que o Estado pode disciplinar sua realização". Ou seja, a liberdade assegurada na Constituição para que sujeitos privados atuem no

51 Ao ler-se o voto, tem-se a clara impressão de que o relator precisava de esclarecimentos adicionais quanto à matéria de fato subjacente – especialmente sobre a situação do mercado de planos e seguros de saúde *antes* de implantado o esquema de regulação – para decidir. Não sabendo como obter essa informação na estreiteza de um processo objetivo, como o da ação direta de inconsticionalidade, saiu-se com um pedido de "informações complementares".

campo material das ações e serviços de saúde (prevista no CF 199) pode ser restringida, nos termos da lei, pela ação estatal, com fundamento no CF 197. A questão cifra-se, nas palavras do relator, em saber se "houve desproporcionalidade e irrazoabilidade, a ponto de inviabilizar [a] atividade [privada], o que ensejaria violação ao princípio do devido processo legal".

Argumentou o ministro Maurício Corrêa com o histórico do mercado de planos de saúde. Sem entrar em maiores detalhes da história do setor, o ministro considerou que, até a Lei 9.656/98, os operadores atuavam no mercado "sem o menor disciplinamento específico", ou seja, ao abrigo somente da autonomia privada na definição das coberturas contratuais e outras cláusulas relevantes. Então, prossegue o ministro:

> *"[a]nte as reações dos usuários, que, segundo as informações prestadas, iam atrás de tratamento para determinadas doenças não abrangidas pelos contratos e coberturas não atendidas, e à vista do dever constitucional do Estado relativamente à proteção da saúde, pretendeu-se, por meio dessa regulamentação* [da Lei 9.656/98]*, implementar condições para a eficaz atuação das operadoras de medicina de grupo."*

Ele analisa o esquema de regulação definido na Lei 9.656/98 em traços impressionistas. Sua conclusão é a de que "as operadoras têm de disponibilizar um modelo geral de serviços médicos e hospitalares, sendo-lhes facultado oferecer ao cliente, além daquele, outras formas opcionais que possam ser de seu interesse". Esse modelo regulatório que "a lei impôs para esse delicado setor social" teria "enquadrado" uma "atividade que operava sem definição precisa" e, por isso, não poderia ser considerado inconstitucional. De acordo com o relator, numa passagem

interessante, “que direito têm essas empresas de reclamar o devido processo legal, quando, atuando sem lei, só celebravam os contratos que eram de seu interesse?”

A pergunta retórica antecede dois parágrafos constrangedores, por revelarem uma deferência exagerada – e imotivada – para com o maior interessado na manutenção das normas impugnadas, qual seja, o *próprio regulador*, na pessoa do então Diretor de Saúde Suplementar do Ministério da Saúde (designado informalmente “perito” em sua própria causa):

> “*[o]s pontos destacados da inicial, aos quais acima me referi, apontam como desarrazoadas certas disposições contidas nos dois textos reclamados, de modo que não se harmonizam com o devido processo legal.*
>
> *Da leitura oportuna das informações prestadas, verifiquei que, uma a uma, estão respondidas as formulações feitas, com* ***explicações técnicas, que, pelo menos neste exame preliminar, em que pese acrimoniosa adjetivação, satisfazem-me.***”

Examinando a questão financeira e atuarial da regulação, apontada na inicial, o relator diz que “fica difícil saber quem tem razão”. Acerca do prognóstico de que os custos (e os preços) aumentariam com o novo esquema regulatório, desviando para o SUS parte dos consumidores de planos e seguros de saúde e inviabilizando a atividade privada, considerou o ministro que “a resposta a essa preocupação só poderá ser mensurada com o tempo”.

Depois analisa o ressarcimento ao SUS dos atendimentos a consumidores dos planos de saúde e não vê “atentado ao devido processo legal” porque “não há nada nos autos relativamente aos preços que serão fixados, se atendem ou não as

expectativas da requerente", ou seja, não estariam disponíveis provas de que esse ressarcimento implicaria em diminuição patrimonial indevida. Por fim, entendeu – sem maior aprofundamento – que a prestação caracterizada como ressarcimento não seria tributo.

O cerne do argumento de Maurício Corrêa na parte do voto que tratou de possível violação do devido processo legal substantivo pode ser resumido no último parágrafo dedicado ao assunto (sem grifos no original):

> *"[t]ratando-se de segmento da maior sensibilidade social, pois envolve a saúde e a vida das pessoas, tenho que as normas impugnadas nesta parte da ação, em face da* ***anômala condição em que os agentes da requerente operavam nesse mercado****, não violam o devido processo legal, [...] recomendando-se, [...] em virtude de boa dose de conveniência, que os textos atacados sejam mantidos até o julgamento final da ação".*

Esse voto foi proferido em 18 de outubro de 1999, mas o julgamento da medida cautelar se completaria apenas em 21 de agosto de 2003, quase quatro anos depois, em razão de pedido de vista (ou, melhor, "perdido de vista") do ministro Nelson Jobim. Em pouco menos de quatro anos, o máximo que o ministro Jobim produziu – além de impedir a emissão de um provimento jurisdicional e, dessa maneira, manter intacta a operação do modelo regulatório da Lei 9.656/98 – foi um voto que, no capítulo das alegadas ofensas ao *due process*, transcreveu as opiniões do relator e manifestou sua concordância. Nenhum sinal de reflexão aprofundada sobre as teses jurídicas.

Apesar da manobra do ministro Jobim, seu voto chama a atenção para a *ratio*

decidendi do Supremo ao rejeitar os argumentos da Confederação Nacional da Saúde quanto à inconstitucionalidade de todo o esquema de regulação do setor de planos e seguros de saúde. Após examinar sumariamente o conteúdo normativo dos dispositivos impugnados, disse Jobim que “as normas legais são fortemente intervencionistas no mercado de assistência privada à saúde.”

Não obstante, em sua opinião “as regras são absolutamente razoáveis” porque “[s]ão conseqüência, como referiu MAURÍCIO, da forma como essas empresas operaram quando do regime de liberdade absoluta de mercado”. Lembrou-se da intervenção no mercado de planos de previdência privada, em 1977, quando, segundo Jobim, “havia uma desordem [...], com oferta de planos mirabolantes”, o que justificou “forte intervenção naquele mercado para proteger os participantes dos planos de benefícios.” A comparação veio em seguida: “[o] mesmo se passa, agora, com os planos de saúde.”

Está claro, portanto, que a opinião do Supremo assentou-se numa comparação do tipo “antes e depois” entre duas situações: antes da regulação, a “liberdade absoluta de mercado”, que seria a “anômala condição em que os agentes da requerente operavam”; depois, a “forte intervenção” na iniciativa privada, necessária para “enquadrar” uma “atividade que operava sem definição precisa” em um “segmento da maior sensibilidade social, por envolver a vida e a saúde das pessoas”. Como o argumento da Confederação Nacional da Saúde se baseou em prognósticos sobre o impacto da regulação nos custos e no cálculo atuarial de que dependem os planos de saúde para manter seu equilíbrio financeiro, e essas previsões eram incompatíveis com os estudos do Ministério da Saúde, o tribunal julgou haver “uma boa dose de conveniência” em manter os “textos atacados [...] até

o final julgamento da ação". Até porque "a resposta a essa preocupação só poderá ser mensurada com o tempo"[52].

No argumento do tribunal – bastante retórico e de rarefeita substância – a situação de "desordem" anterior à regulação justificava medidas intervencionistas mais intensas a fim de preservar "a saúde e a vida das pessoas" que contratam assistência privada à saúde. Eventuais excessos somente seriam mensurados "com o tempo", a partir da análise dos dados fáticos sobre o mercado e o resultado da regulação. Isso equivale a dizer que o devido processo legal substantivo – que teria sido respeitado no caso – exigiria apenas uma relação entre a finalidade da regulação do mercado (coibir os efeitos deletérios do regime de ausência de regulação setorial específica) e o conteúdo dessa regulação (exigência de coberturas mínimas num produto padronizado e de oferta obrigatória, somada à obrigação de ressarcimento ao SUS dos valores pagos em ações e serviços prestados a consumidores dos planos).

Havendo essa relação de pertinência – por assim dizer – entre os meios e os fins, e sendo lícita a finalidade da atividade estatal, não se divisaria "excesso" nas restrições à livre iniciativa no campo da saúde (CF 199), nem transferência do dever estatal (CF 196) ao setor privado, mas apenas o regular exercício dos poderes de "regulamentação, fiscalização e controle", nos termos da lei, conferidos pelo texto constitucional (CF 197). Trata-se de uma análise que, segundo a estrutura da proporcionalidade descrita no capítulo anterior, limitou-se a formular um juízo de adequação, sem adentrar na necessidade (meio menos oneroso), nem na

52 Até o início de 2008, nove anos e meio depois de a Lei 9.656/98 entrar em vigor e quatro anos e meio após a decisão na medida cautelar, o Supremo ainda não havia julgado o mérito da ADIn. Hoje o relator é o ministro Marco Aurélio, em razão de do ministro Maurício Corrêa ter assumido, em 2002, a presidência da corte e, depois, em 2004, se aposentado.

proporcionalidade em sentido estrito (estabelecimento, de acordo com a "lei de ponderação", de relações de precedência condicionada entre princípios).

Em resumo, o STF contentou-se, ao menos no julgamento da medida cautelar, com reconhecer que a regulação do setor de assistência privada à saúde na Lei 9.656/98, dado o estado anterior de desordem e "plena liberdade" em que as empresas "só celebravam os contratos que eram de seu interesse", promovia o fim pretendido pelo legislador (e pelo governo, que alterou a lei por medidas provisórias). Estava satisfeito o *due process of law* substantivo com esse "teste" de extrema deferência ao legislador, dada a quase impossibilidade (ao menos relativa) de ser objeto da atividade normativa do Estado alguma medida absolutamente incapaz de promover uma finalidade pública relevante [53].

4.3. Direito administrativo II: servidores públicos, processo administrativo e controle jurisdicional da Administração

A aplicação do devido processo substantivo a questões de regime jurídico de

53 Talvez fosse possível reconstruir o argumento do Supremo de outra maneira: as medidas "fortemente intervencionistas" (ministro Nelson Jobim) do esquema regulatório eram adequadas **somente** para pôr ordem numa "anômala condição" que expunha a perigo "segmento da maior sensibilidade social" (ministro Maurício Corrêa). Pode-se ver aí – reconheça-se – um exame conjugado de adequação, necessidade (medidas *mais brandas* não dariam conta de organizar o mercado de assistência privada à saúde, dado o grau da desordem provocada pela ausência de regulação setorial) e proporcionalidade em sentido estrito (a vida e a saúde das pessoas, dadas as condições do mercado antes da regulação, precederiam a livre iniciativa). Mas, a nosso ver, o texto dos votos dos ministros Maurício Corrêa e Nelson Jobim, que se debruçaram sobre a questão do devido processo substantivo, não apóiam essa leitura. Isso porque eles definitivamente não contêm: (a) a comparação de esquemas alternativos de regulação (pressuposto do exame de necessidade); nem (b) a enunciação precisa das condições, presentes no caso concreto, em que "a vida e a saúde das pessoas" precederia a liberdade de atuação dos particulares no domínio da saúde. A análise textual dos votos infelizmente não permite, segundo pensamos, ir muito além do reconhecimento de que o Supremo limitou-se a um exame – bem pouco rigoroso – de adequação.

servidores públicos pode ser exemplificada com o caso da legislação do Estado do Amazonas que concedia vantagem pecuniária no valor correspondente a um terço da remuneração dos servidores públicos, a título de férias, também aos inativos. Entendeu o Supremo que a norma era inconstitucional por ofender “o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do 'substantive due process of law', como insuperável limitação ao poder normativo do Estado”. Isso ocorreria no caso em que a lei “concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa”[54].

O Procurador-Geral da República, na petição inicial da ADIn, alegou que a lei amazonense infringiu o CF 40, § 4º, na redação vigente à época (1994), que assegurava a extensão aos inativos de “quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade”, pois a vantagem consistente no adicional de um terço, a título de férias, seria “insuscetível, por sua própria natureza, de extensão aos inativos”.

Entretanto, o relator considerou que o dispositivo violado não seria o CF 40, § 4º, pois ele “encerra verdadeira cláusula de garantia instituída em favor dos servidores públicos inativos”, com a finalidade de “proteger a situação jurídico-financeira” desses agentes públicos. De acordo com o voto que conduziu a maioria, o CF 40, § 4º, “não parece impedir o legislador de ampliar o rol mínimo de vantagens pecuniárias concedidas a essa categoria de servidores públicos”. Um preceito constitucional assim tem “caráter essencialmente benéfico” e não poderia

54 ADIn 1.158-8/AM, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 19/12/94, DJU de 26/05/95. Publicada em RTJ 160/140.

fundamentar uma censura de inconstitucionalidade. Ao contrário, segundo o ministro Celso de Mello, relator:

> *"A norma legal ora impugnada, ainda que contenha esdrúxula outorga de adicional de férias a servidor aposentado, parece ajustar-se ao espírito que inspirou o legislador constituinte na formulação da norma de parâmetro invocada pelo Autor como supostamente vulnerada pelo legislador do Estado do Amazonas"*

Ademais, prossegue o relator, a "definição da estrutura dos proventos [remuneração da inatividade]" seria "matéria de índole legal", pelo menos no que diz respeito à "especificação das parcelas que os compõem". Essa questão, portanto, se achava inserida na capacidade legislativa genérica do Estado do Amazonas.

Mas haveria, na opinião do relator, inconstitucionalidade "sob fundamento diverso", qual seja, o "abuso da função legislativa", coibido pela cláusula do devido processo legal em sua dimensão material. A lei do Amazonas, no particular, foi considerada "destituída do necessário coeficiente de razoabilidade". Quem melhor justificou a ausência de razoabilidade foi o curtíssimo voto do ministro Sepúlveda Pertence: "[a] lei questionada remunera férias do aposentado, que, evidentemente, não as tem. Em nome do princípio da moralidade, ou em nome do princípio da igualdade, **não se pode conceder remuneração absolutamente despida de causa no serviço público**. A lei agride ao princípio da razoabilidade, a meu ver, patentemente" (sem grifos no original).

Veja-se que o Supremo empregou o devido processo legal substantivo para censurar uma lei que ampliou, em vez de restringir, a esfera jurídica de indivíduos

em relação jurídica com o Estado (servidores públicos inativos). Isso parece sugerir que o âmbito de aplicação da norma constitucional não se limita às medidas restritivas de direitos (como sucede, em geral, com a proporcionalidade). A ofensa ao *due process* identificada pelo tribunal estava em que a concessão aos inativos de vantagem relativa ao gozo de férias – que servidores aposentados e em disponibilidade não têm – era destituída de causa; poderia ser qualificada como mera liberalidade do Estado, que não se desenvolveu "em estrita relação de harmonia com o interesse público" (ministro Celso de Mello), ou que violentou "a própria natureza das coisas" (ministro Sydney Sanches).

A causa, na espécie, pode ser compreendida no sentido que lhe atribui uma parte da doutrina brasileira do direito administrativo, sob inspiração do jurista português André Gonçalves Pereira, que examinamos em outro lugar. Mas para justificar esse passo hermenêutico devemos aprofundar um pouco o exame da remuneração dos servidores públicos.

Os proventos são "a designação técnica dos valores pecuniários devidos aos inativos (aposentados e disponíveis)", na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello[55]. Ora, a finalidade do "adicional de férias" – uma vantagem pecuniária que integra, por força de expresso mandamento constitucional (CF 39, § 3º, c/c CF 7º, XVII), a remuneração dos servidores públicos – consiste em remunerar extraordinariamente o período de ausência do serviço, denominado "férias", cujo pressuposto de fato é o exercício da atividade do servidor durante certo tempo (período aquisitivo). Assim, para fazer jus às férias, o servidor público tem de estar em atividade durante o período aquisitivo, que é de um ano (por serem as férias

55 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Curso de Direito Administrativo**, p. 267.

anuais), vencendo, exceto no primeiro ano de serviço, a cada dia 1º de janeiro.

Se o servidor está aposentado ou em disponibilidade, não tem direito a férias, e o correspondente adicional deixa de cumprir sua finalidade específica de remuneração do descanso anual. Isso quer dizer que não havia na norma relação nenhuma entre o pressuposto de fato (a inatividade), a vantagem pecuniária (adicional de férias), à luz da finalidade (remuneração extraordinária de ausência do serviço). Essa argumentação justifica perfeitamente a afirmação de Pertence de que a concessão aos inativos do adicional de férias era “absolutamente despida de causa”.

O Supremo equiparou ausência de causa na concessão de uma vantagem – no sentido de relação entre pressuposto de fato e conteúdo normativo, à luz de finalidade – a uma ofensa ao devido processo legal. A pergunta que nos ocorre, de pronto, é a seguinte: essa interpretação, no caso concreto, cabe no texto do CF 5º, LIV, segundo o qual “ninguém será **privado** da liberdade ou de seus bens [...]”? Quem foi privado do quê, se a norma declarada inconstitucional trata de uma benesse?

A decisão não dá muitas pistas sobre como se poderia fazer a conexão entre o devido processo legal e a concessão, pelo Poder Público, de uma vantagem indevida. Mas é possível argumentar que uma legislação ampliativa da esfera jurídica de particulares em conexão relacional com o Estado, que se considere inconstitucional, desvia recursos de finalidades legítimas do próprio Estado, ou atribui posições que necessariamente excluem terceiros de sua fruição (outorga de uma concessão de uso de bem público, por exemplo), sem razão juridicamente

válida.

Nesse caso, portanto, o Estado e os demais destinatários (atuais ou potenciais) da atividade estatal, não contemplados na outorga da benesse, se veriam privados de “bens”, que poderiam estar a serviço da realização de inúmeras finalidades públicas e estimáveis, sem o devido processo legal. A transposição pressupõe apenas que tomemos “razão juridicamente válida” por “devido processo legal”, o que não configura nenhuma violência à linguagem jurídica, considerada a vasta extensão semântica do *due process*.

Assim se torna possível relacionar a cláusula do devido processo à exigência de causa nos atos (legislativos, judiciais ou administrativos) ampliativos de direitos: o devido processo legal substantivo compreende um dever constitucional específico, imposto ao Poder Público, de guardar compatibilidade entre a *fattispecies*, o conteúdo e a finalidade de qualquer benefício atribuído a determinadas pessoas.

O Supremo valeu-se também do devido processo legal substantivo como parâmetro da fiscalização abstrata de constitucionalidade de normas que restringiam o controle jurisdicional de atos administrativos e os recursos no processo administrativo. Em duas ações diretas de inconstitucionalidade, promovidas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Confederação Nacional da Indústria, impugnou-se a alteração realizada pelos artigos 32 e 33 da medida provisória 1.699-41, de 27 de outubro de 1998, no Decreto 70.235/72, que disciplina o processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários no âmbito federal[56].

56 ADIn 1.922-9 e 1.976-7/ DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Moreira Alves, julgadas em 06/10/1999, DJU

A principal inovação da medida provisória dizia com a exigência de depósito de 30% do valor do crédito tributário definido na decisão administrativa de primeira instância como requisito de admissibilidade de recurso aos Conselhos de Contribuintes, órgãos colegiados do Ministério da Fazenda de composição paritária entre agentes públicos e representantes dos contribuintes, que profere a decisão final, no âmbito administrativo, sobre o lançamento fiscal e a imposição de multas previstas na legislação tributária federal. Essa norma foi mantida pelo Supremo, com base em sua jurisprudência anterior segundo a qual, além de não haver garantia constitucional de duplo grau de julgamento nos processos administrativos, o depósito não impedia o exercício do direito – de resto, previsto apenas na legislação ordinária – de recorrer das decisões de primeira instância, nem configurava pagamento antecipado de valores que poderiam ser indevidos (*solve et repete*) [57].

A questão que levou o STF, por unanimidade, a invocar o devido processo legal substantivo foi a definição de um prazo de 180 dias, contados da intimação da primeira decisão desfavorável ao sujeito passivo da obrigação tributária, após o qual se extinguiria o direito de "pleitear judicialmente a desconstituição de exigência fiscal fixada [...] no julgamento de litígio em processo administrativo fiscal regulado pelo Decreto 70.235, de 1972".

As entidades que provocaram o Supremo alegaram que a norma ofendia o

---

de 24/11/2000. Publicadas em RTJ 176/138.

57 Posteriormente, o STF declarou a inconstitucionalidade do "depósito recursal" no processo administrativo referente aos créditos previdenciários (art. 126, §§ 1º e 2º, da Lei 8.213/91) com argumentação exatamente oposta. Ver RE 389.383-1, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 29/06/2007. A legislação tributária federal substituiu o depósito em espécie por um "arrolamento de bens e direitos" (art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72, com a redação dada pela Lei 10.522/2002), que se aplica a partir de abril de 2008, igualmente, às contribuições previdenciárias (art. 25, I, da Lei 11.457/2007).

princípio da isonomia, pois o Fisco teria cinco anos para constituir o crédito tributário e, depois, mais cinco anos para promover a cobrança judicial. Ademais, o prazo "exíguo" imposto aos contribuintes e responsáveis afrontaria o princípio do "livre acesso à Justiça e o da recorribilidade das decisões administrativas", pois o sujeito passivo teria de "optar entre recorrer administrativamente ou ajuizar a ação". Isso implicaria em "falta de razoabilidade quanto à restrição imposta à garantia do livre acesso ao Judiciário". Alegou-se também necessidade de lei complementar.

Nas informações, de acordo com o relatório do acórdão, o Presidente da República disse que a garantia de acesso ao Poder Judiciário (CF 5º, XXXV) "não é absoluta" e que se pode considerar "admissível o estabelecimento de condições razoáveis para o exercício dessa garantia desde que não inviabilizem tal acesso". Seria no âmbito das "condições razoáveis" que se situaria "esse prazo especial [de 180 dias] para a contestação judicial da decisão de primeira instância administrativa a par do prazo geral de ação contra os atos do Poder Público". Na opinião do Poder Executivo, o prazo "se sustenta por três razões básicas", que seriam a existência de uma "análise técnica da exigência feita por julgador administrativo", o fato de tratar-se de "discussão sobre recursos necessários para fazer face aos imensos compromissos sociais do Estado" e, por fim, a circunstância de "as razões jurídicas a ser postas em juízo já [terem sido] desenvolvidas quando da impugnação no processo administrativo fiscal".

Para o ministro Moreira Alves, relator, era relevante a alegação de "ofensa ao princípio constitucional do devido processo em sentido material, que é o constante do artigo 5º, LIV, da Constituição". Isso se devia ao fato de que duas conseqüências da fixação do prazo decadencial de 180 dias para deduzir em juízo pretensão de

desconstituição do ato administrativo de lançamento “ferem a razoabilidade e a proporcionalidade em que se traduzem o princípio constitucional acima referido”.

Essas duas conseqüências, na opinião do relator, seriam, de um lado, “a de ser esse prazo exíguo prazo de decadência [...] para o exercício do direito de ação sob o fundamento da violação a direito subjetivo [...] quando todos os prazos para esse exercício, inclusive em favor da Fazenda Pública são de prescrição” e, de outro, “a de [que], sendo prazo de decadência, e, portanto, insusceptível de interrupção [...] pode-se ele exaurir-se antes da decisão do recurso [administrativo], ficando o contribuinte, assim, impossibilitado de valer-se do direito de ação, obstruindo-se, dessa forma, o acesso ao Poder Judiciário”.

Além disso, teria relevância, segundo o ministro Moreira Alves, a “desproporcionalidade da extensão dos prazos em favor do contribuinte (180 dias) e da Fazenda (5 anos) para a propositura da ação daquele para impugnar a cobrança do tributo e esta para obtê-la”. Esses argumentos foram acolhidos, de modo explícito, pelo ministro Celso de Mello, que fez consignar em seu voto, após magistral crítica ao abuso na edição de medidas provisórias, que “também se reveste de inquestionável relevância jurídica a alegação de que a norma [...] ofende a cláusula constitucional do **substantive due process of law**”.

Por fim, o ministro Sepúlveda Pertence, em brevíssimo voto, disse (sem grifos no original):

“Sr. Presidente, uma vez, temperando o entusiasmo de V. Exa.

> *pelo princípio da moralidade, prometi não invocá-lo nesta Casa.* ***Felizmente, existe o princípio do devido processo legal, senão não restaria outro****. Realmente, a combinação do art. 33 do Decreto 7.235/72 (sic), que acabamos de entender válido, com essa imposição da decadência contada da decisão de primeiro grau, é de rara imoralidade"*

A decisão não é fácil de entender. A primeira razão do ministro Moreira Alves para considerar ofensiva ao *due process* e, portanto, à razoabilidade e proporcionalidade a fixação de prazo de 180 dias para o contribuinte ou responsável pedir a desconstituição de uma decisão administrativa parece ter sido a desarmonia entre a natureza dos prazos extintivos: para os sujeitos passivos, prazos decadenciais; para o Fisco, prazos prescricionais. Esse argumento pressupõe que o legislador tenha uma ampla liberdade de atribuir este ou aquele caráter aos prazos extintivos, o que, por sua vez, depende do conceito de prescrição e decadência adotado pelo ministro. Sem uma definição do critério que o relator empregou para distinguir prescrição e decadência, torna-se praticamente impossível compreender o passo seguinte: a afirmação de que essa desequiparação da *natureza* dos prazos privaria os contribuintes "da liberdade ou de seus bens" sem o devido processo legal.

Podemos, por exemplo, considerar, com apoio em sólida construção doutrinária ainda sob a égide do Código Civil de 1916 (no qual havia uma grande confusão entre prescrição e decadência), que o prazo do sujeito passivo, depois de lançado o tributo, será em todo caso um prazo "decadencial" por se referir à extinção de um direito potestativo que se exercita exclusivamente mediante ação constitutiva negativa[58]. Nessa perspectiva, os prazos extintivos fixados por lei para as "ações

58 Ver, por todos, o brilhante artigo de Agnelo AMORIM FILHO. "Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis", in: RT 300/7-37, out. 1960 [RT 744/725-750, out. 1997; RT 836/ 733-763, jun. 2005]

constitutivas" (que são o exercício, em juízo, de direitos potestativos), categoria em que se amolda a "ação anulatória de débito fiscal" e, portanto, a ação para desconstiuir um lançamento confirmado em primeira instância administrativa, sempre serão decadenciais. A distinção, que o STF considerou ofensiva ao devido processo legal substantivo, não passaria então de mera conseqüência da diversa posição jurídica do Fisco e do contribuinte (ou responsável) na relação jurídico-tributária.

Na ausência de maiores esclarecimentos a respeito desse ponto, a decisão se torna ininteligível. Mas o ministro Moreira Alves prossegue: em sendo o prazo decadencial, "insusceptível de interrupção, contando-se ele da decisão administrativa de primeira instância, pode ele exaurir-se antes da decisão do recurso [administrativo]". Desse modo, acrescenta, o sujeito passivo ficaria "impossibilitado de valer-se do direito de ação, obstruindo-se [...] o acesso ao Poder Judiciário".

Essa parte da decisão também nos parece obscura, porém menos que a anterior. Tem-se a impressão de que o ministro quis dizer – embora não tenha dito claramente – que o legislador não poderia fazer com que o exercício do direito de recorrer na esfera administrativa "obstruísse", pela exigüidade do prazo decadencial e pelo termo inicial de sua contagem, o "acesso ao Poder Judiciário". Apesar de não haver, na visão de Moreira Alves, uma "garantia constitucional" do recurso administrativo, seria ofensivo ao devido processo substantivo o fato de a lei prever a via recursal, mas atribuir a ela, por vias transversas, uma conseqüência jurídica extremamente prejudicial ao sujeito passivo – a extinção do direito de pleitear em juízo a anulação do ato administrativo de lançamento[59].

59 No voto do ministro Sepúlveda Pertence proferido no mesmo processo, mas sobre a questão do

Essa leitura do voto de Moreira Alves requer uma clarificação. De modo simplificado, a sistemática da medida provisória impugnada na ADIn e da legislação do processo administrativo fiscal, se a decisão administrativa de primeira instância fosse desfavorável, permitia três comportamentos do sujeito passivo: (a) recorrer, em trinta dias contados da ciência da decisão, a um dos Conselhos de Contribuintes (na época, depositando 30% do valor da exigência fiscal definida na decisão); (b) permanecer inerte, sendo que, trinta dias após o decurso do prazo recursal, o processo seria encaminhado para inscrição na dívida ativa e posterior execução judicial (na qual o contribuinte poderia impugnar a cobrança em embargos, desde que seguro o juízo); (c) pleitear em juízo, no prazo de 180 dias contados a partir da intimação da decisão, a desconstituição da decisão de primeira instância (e, por conseqüência, do lançamento por ela confirmado).

A combinação de (a) e (c) poderia tornar-se impossível – e aí, segundo pensamos, estaria a segunda violação do devido processo legal apontada por Moreira Alves. É que o recurso acaso interposto muito provavelmente não seria julgado antes de expirado o prazo legal de 180 dias para a propositura de ação anulatória. De outro lado, a propositura da ação enquanto não resolvida a questão no âmbito administrativo importaria a desistência do recurso interposto (art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/80). Assim, se o contribuinte recorresse administrativamente, uma de duas: a demora na decisão do recurso poderia levar à decadência da ação anulatória; e a propositura da ação anulatória nesse intervalo

depósito recursal, deu-se precisamente esse conteúdo ao devido processo substantivo: "*o próprio princípio do devido processo substantivo impede que uma lei conceda, ainda que podendo não concedê-la, o recurso administrativo e subtraia, na prática, a sua oponibilidade, estabelecendo ônus desproporcionado*". Ao que parece, o Supremo decidiu a questão do prazo decadencial de 180 dias nessa linha, mas não podemos fundamentar essa conclusão no voto de um ministro sobre questão diversa. Em todo caso, fica o registro.

(para obstar a decadência de 180 dias) resultaria na extinção do processo administrativo.

Se nossa interpretação do voto de Moreira Alves estiver correta, a falta de "razoabilidade" ou a ofensa ao devido processo legal substantivo residiria em que a lei, permitindo o recurso administrativo apesar de não estar obrigada a fazê-lo, vinculou a ele uma conseqüência gravosa, no sentido de que o exercício do direito de recorrer a uma instância administrativa superior (direito de caráter meramente legal, na opinião então prevalecente no Supremo) implicaria o provável impedimento ao exercício do direito fundamental previsto no CF 5º, XXXV, qual seja, o direito à inafastabilidade da jurisdição (ou ao controle jurisdicional dos atos administrativos). Isso seria um gravame excessivo, desproporcionado, por obrigar, na prática, o sujeito passivo a se decidir entre o recurso administrativo e a ação judicial de tal maneira que a escolha de um meio de impugnação do lançamento tributário levasse, necessária ou muito provavelmente, à extinção do outro.

Pode-se ver aí um esboço de ponderação. Não vamos, contudo, aprofundar essa questão porque os elementos textuais da decisão são escassos, de modo que nos parece temerário prosseguir no que seria quase um exercício de adivinhação do que os ministros realmente pensaram nesse caso.

4.4. A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais

Há casos interessantes em que os Tribunais Regionais Federais (TRFs) examinaram questões de direito administrativo sob o aspecto do devido processo

legal substantivo. Aplicando os parâmetros de nossa pesquisa jurisprudencial descritos acima, encontramos em acórdãos estruturas de argumentação que implicam a assimilação do devido processo a uma proibição geral de arbitrariedade dos poderes públicos com variado conteúdo nos casos concretos.

As decisões dos TRFs são interessantes porque, ao contrário do Supremo nas ações de controle abstrato de normas, aplicam o devido processo legal não apenas a determinados esquemas de regulação jurídica, mas também a fatos. Até agora vimos como o Supremo usa o devido processo, em sua perspectiva material, como princípio que modula a relação entre elementos normativos. Na jurisprudência dos tribunais federais de segunda instância revela-se o *substantive due process* em sua função plena de norma sobre a aplicação de outras normas a fatos, ou seja, que dispõe sobre a relação entre elementos normativos e fáticos no processo de aplicação do direito.

O primeiro caso trata da regulação do setor de assistência privada à saúde pela Lei 9.656/98, matéria que foi objeto da ADIn 1931-8, examinada por nós no item anterior. A cooperativa de serviços médicos UNIMED Ponte Nova impetrou mandado de segurança preventivo contra o Chefe da Divisão de Saúde Suplementar da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) no Estado de Minas Gerais para afastar a obrigação de ressarcimento dos serviços de atendimento à saúde, previstos em contrato com operadoras de planos de saúde, mas prestados aos consumidores e seus dependentes por instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS).

Essa obrigação foi prevista no art. 32 da Lei 9.656/98 (Lei dos Planos de

Saúde). A cooperativa alegou tratar-se de espécie tributária – taxa – instituída em desacordo com os princípios e regras constitucionais do sistema tributário. Em primeiro grau de jurisdição, decidiu-se que o ressarcimento era válido, à luz da Constituição, pois visava a coibir o enriquecimento ilícito das operadoras.

No julgamento da apelação interposta pela UNIMED, a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) resolveu suscitar incidente de declaração de inconstitucionalidade (CF 97 c/c CPC 480 e seguintes) do art. 32 da Lei 9.656/98, nos termos do voto da relatora, sob o argumento de que a obrigação de ressarcimento ao SUS dos valores correspondentes a serviços prestados a clientes das operadoras de planos de saúde, desde que incluídos na cobertura contratual, violava a cláusula do devido processo legal em sentido substantivo (CF 5º, LIV), na medida em que a exação não tinha causa legítima e, portanto, constituía privação dos "bens" sem o *due process of law*.

A Corte Especial do tribunal, ao apreciar a questão constitucional, invocou o precedente do STF na medida cautelar em ADIn 1.931-8/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 28.5.2004, examinada acima, no qual se entendeu que o ressarcimento não ofendia a garantia do devido processo substantivo.

Na decisão que suscitou o incidente, após examinar o argumento de que se tratava de uma espécie tributária não prevista na Constituição, a relatora concluiu que "se cuida de imposição pecuniária em favor do Estado, não subsumível a nenhuma das espécies tributárias e cuja causa não é a sanção [...] nem a responsabilização por ato ilícito". Assim, prossegue, "tal obrigação [deve] ter como pressuposto uma causa válida, razoável, compatível com a Constituição, sob pena

de ofender o devido processo legal substantivo"[60].

Na opinião da relatora, o Estado pode instituir prestações pecuniárias compulsórias que não constituam tributo nem indenização, desde que observe o devido processo substantivo, traduzido na exigência de uma "causa razoável". Embora não se defina "causa", alude-se em certa passagem do voto a causa como "fato jurídico", "hipótese de incidência" ou "pressuposto" da obrigação de ressarcir. Em algumas passagens, no entanto, a "causa" seria a finalidade, ou "a idéia que inspira esta obrigação de ressarcimento, seu fundamento teórico".

A "causa" da obrigação de ressarcimento, segundo a relatora, seria a "transferência, para o particular, de encargo que é público", havendo incompatibilidade com o art. 196 da CF, que prevê a universalidade no acesso às ações e serviços públicos de saúde. A ofensa à universalidade reside em que a "idéia que inspira esta obrigação de ressarcimento [...] seria a de que o SUS deveria atender gratuitamente apenas a quem não tem plano ou seguro de saúde, ou cujo plano não cobre algum tipo de doença", do que resulta que "a obrigação do Estado de assegurar a saúde seria suplementar à obrigação contratual dos planos de saúde em relação a seus clientes". Essa "idéia" de suplementariedade ofende a regra do "acesso universal e igualitário" num duplo sentido.

Primeiro, violaria a universalidade por excluir – ao menos teoricamente – o dever estatal de prestação aos que tivessem cobertura contratual. Segundo, restringiria o acesso igualitário, por criar incentivos no sentido de que "os hospitais

60 TRF-1. AMS (Apelação em Mandado de Segurança) 2000.38.00.034572-0/MG, 6ª Turma, rel. Juíza Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJU de 10/05/2004.

particulares conveniados ou contratados pelo SUS [... dêem] preferência no tratamento aos clientes dos planos de saúde".

Os incentivos à discriminação em favor dos usuários de planos de saúde no SUS decorrem, na opinião da relatora, da própria estrutura do programa de ressarcimento. A legislação autoriza o pagamento de um valor superior ao da tabela do SUS (art. 32, § 1º, da Lei 9.656/98). No caso de o atendimento se fazer em instituições privadas, o ressarcimento se calcula de acordo com a Tabela Única de Equivalência de Procedimentos (TUNEP), aprovada pela ANS, cujos valores são maiores do que os pagos no âmbito do SUS. O valor pago pela operadora, nesse caso, se divide do seguinte modo: ao ente estatal cabe o valor da tabela do SUS; a diferença entre esse valor e o que consta da TUNEP fica com a instituição conveniada ou contratada que prestou o serviço.

Haveria, pois, um forte interesse tanto do consumidor de planos de saúde quanto das instituições privadas integrantes do SUS em criar "preferências e vantagens diversas" em relação aos demais usuários do sistema, o que seria muito difícil, na opinião da relatora, de "fiscalizar e impedir, com a presteza e a eficiência necessária". A suposição básica do programa normativo, então, poderia ser de algum modo qualificada como excessivamente otimista (palavras que a relatora não utiliza) no que respeita à capacidade de fiscalização da ANS e à existência de incentivos para que as instituições privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do SUS se motivem de acordo com o princípio do acesso igualitário.

Na medida em que a "causa" se mostra incompatível com a Constituição, afirma a relatora, ofende o devido processo legal substantivo, porquanto teria

privado as operadoras de planos de saúde de seus “bens”, impondo uma obrigação de ressarcimento, sem “causa razoável”. Ademais, conclui a relatora, os “fundamentos de validade” do ressarcimento conduziriam a “conseqüências certamente não almejadas pelo legislador”, violando assim “os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do devido processo legal substantivo”.

A decisão examinada considera que o devido processo legal substantivo, no caso, constitui um limite à instituição de prestações pecuniárias obrigatórias em favor do Estado que não sejam tributos nem sanção de ato ilícito (civil, administrativo ou penal), limite segundo o qual estaria vedada a adoção de “causas” incompatíveis com a Constituição.

Primeiro, então, o tribunal apura a “causa” (não definida com muita clareza) da exação, pelo método do confronto direto entre os textos normativos e as razões invocadas pelo Poder Público, e depois verifica-se a compatibilidade dessa causa com as normas constitucionais pertinentes – dentre as quais, mas não exclusivamente, o devido processo legal. Não funciona, portanto, o devido processo substantivo como *único* parâmetro – extremamente aberto e vago – de controle dos atos estatais, mas como uma espécie de princípio regulador da aplicação da totalidade do ordenamento jurídico, no sentido de *law of the land*, que autorizaria o Poder Judiciário a rever os fatos (para apurar as “causas” da regulação jurídica) e prognoses (análise das “conseqüências” do programa) considerados pelo legislador.

Noutro caso do TRF-1, um candidato aprovado em 7º (sétimo) lugar nas provas de concurso público para o cargo de Especialista em Regulação e Vigilância Sanitária – Especialidade Engenharia Química – da Agência Nacional de Vigilância

Sanitária (ANVISA), propôs ação cautelar para assegurar a matrícula no respectivo curso de formação (segunda etapa do concurso), depois de haver perdido, por motivo de doença, o prazo definido pela comissão organizadora. Alegou estar à época incapacitado, em razão de uma conjuntivite bacteriana devidamente comprovada por atestado médico. Disse ainda que a comunicação, via internet, da convocação para o curso de formação (segunda etapa do concurso) não seria válida, e que o prazo para a realização da matrícula – entre as 10 horas de um domingo e as 20 horas da segunda-feira imediatamente posterior – teria sido exíguo. Indeferida a liminar, o autor recorreu ao TRF-1 e obteve o "efeito ativo" do agravo. No julgamento do mérito do recurso, o tribunal considerou que o prazo de matrícula seria exíguo, violando o devido processo legal substantivo, e não atenderia, no caso concreto, à finalidade de escolha do candidato melhor habilitado ao desempenho do cargo. A ação cautelar foi sentenciada com a principal pelo Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais em favor do demandante. Interposta apelação, ainda não havia sido julgada pelo TRF quando da pesquisa que fizemos em fevereiro de 2008.

A juíza relatora entendeu que o prazo para a matrícula no curso de formação "foi muito exíguo (inferior a dois dias), não sendo razoável eliminar candidato aprovado nas provas de conhecimento do concurso, que no curto período de matrícula estava comprovadamente doente"[61]. Ainda segundo a decisão, "o estabelecimento de prazo tão curto para matrícula em curso de formação não se compadece com o princípio constitucional da razoabilidade e do devido processo legal, não atendendo, também, ao escopo que deve nortear os concursos públicos, a

61 TRF-1. AI (Agravo de Instrumento) 2005.01.00.006130-1/MG, 6ª Turma, rel. Juíza Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJU de 23/05/2005.

saber, a escolha do candidato melhor habilitado ao desempenho do cargo".

A decisão aparentemente considerou que o devido processo legal substantivo – assim como a razoabilidade, a proporcionalidade e a finalidade dos concursos públicos – proibiriam tanto a fixação de prazo exíguo para matrícula em curso de formação (segunda fase do concurso) quanto a exclusão de candidato aprovado nas provas de conhecimento de concurso público, comprovadamente doente, que não pôde matricular-se a tempo durante o prazo editalício.

De novo, o devido processo não comparece sozinho para resolver o caso: além dos princípios que normalmente o acompanham (proporcionalidade e razoabilidade), a relatora empregou na argumentação a "finalidade", expressa no mandamento de que devem ser recrutados para os cargos e empregos públicos, na medida do possível, os candidatos "melhor habilitado[s] ao desempenho do cargo". O devido processo substantivo assume novamente a função de *law of the land* e, portanto, de limite substancial que, de certo modo, faz referência à totalidade do ordenamento jurídico, regulando a aplicação de outras regras e princípios aos fatos estabelecidos no processo.

Ainda do TRF-1 recolhemos um caso em que ex-militar impetrou mandado de segurança contra ato do Comandante da Escola de Sargentos das Armas (ESA), estabelecimento de ensino do Exército Brasileiro situado em Minas Gerais, que o desligou do Curso de Formação de Sargentos do Exército sob o argumento de ausência de "idoneidade moral", baseado no fato de que, em 1995, quando prestava serviço militar obrigatório, o impetrante foi licenciado, a bem da disciplina, das fileiras do Exército.

Denunciado pelo Ministério Público algum tempo depois de tal exclusão, o impetrante aceitou a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). Em 1998, contudo, obteve a reabilitação militar, nos termos do art. 133 do Estatuto dos Militares, vindo depois a ser aprovado em concurso público e matriculado no Curso de Formção de Sargentos do Exército. A segurança foi concedida em primeiro grau de jurisdição. Apelou a União e, no julgamento do recurso, o TRF manteve a sentença *a quo*[62].

A relatora entendeu que a posição adotada pelo comando da ESA violava, em primeiro lugar, o art. 133 do Estatuto dos Militares, por limitar os efeitos jurídicos da reabilitação militar concedida ao impetrante em 1998, depois de seu licenciamento a bem da disciplina. Após examinar a legislação aplicável, inclusive penal e penal militar, a decisão concluiu que "a reabilitação [administrativa do art.

62TRF-1. AMS 2000.38.00.046385-7/MG, 2ª Turma, rel. Juíza Neuza Alves, DJU de 10/04/2006. Interessante transcrever a ementa desse julgado:
CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MILITAR LICENCIADO A BEM DA DISCIPLINA. REABILITAÇÃO. EFEITOS. NOVO INGRESSO NA VIDA CASTRENSE. CONCURSO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA. RESPEITO AO POSTULADO DA RAZOABILIDADE. PRINCÍPIO DO DEVIDO LEGAL SUBSTANTIVO.
1. O impetrante foi licenciado do Exército em 1995, a bem da disciplina, por ocasião da prestação de serviço militar obrigatório, em face da prática do crime previsto no art. 171 do CP por ter preenchido dois cheques subtraídos por terceiros.
2. No ano de 1998 o impetrante obteve sua reabilitação militar, vindo em seguida a ser aprovado e matriculado no Curso de Formação de Sargentos do Exército.
3. Na mesma época, foi deflagrada a ação penal atinente ao ilícito cometido, sobrevindo a suspensão condicional do processo com a aplicação de pena restritiva de direitos, consistente na prestação de três meses de serviço comunitário.
4. Iniciado o curso, a permanência do impetrante foi administrativamente questionada, ultimando-se decisão proferida pelo Comandante e Diretor de Ensino da Escola de Sargentos das Armas que, discordando do parecer exarado à unanimidade pelo Conselho de Ensino, efetuou seu desligamento.
5. A decisão proferida, todavia, encontra-se desgarrada do princípio da legalidade, porque não há previsão legal que impeça o militar reabilitado de participar de certames promovidos com vista ao ingresso na carreira militar. Ao contrário, a interpretação conjunta dos ditames aplicáveis à espécie contidos na Lei nº 6.880/80, no Dec. 90.608/84, no Código Penal Militar e no Dec. 57.654/66 apontam justamente em sentido favorável à tese contida na peça inicial do mandamus.
6. A par disso, a perpetuação da pecha da inidoneidade moral como pretendida pelo impetrado se traduz em punição que, por seu desmedimento, revela-se arbitrária e injusta, e, assim, incompatível com o postulado do respeito ao devido processo legal, em seu aspecto material.
7. Apelação e remessa desprovidas.

133 do Estatuto dos Militares, que não se confunde com a reabilitação penal ou penal militar] confere, sim, ao beneficiário o direito de alteração de seus registros cadastrais, mas não apenas esse direito, porque se assim o fosse essa alteração seria inócua, vazia". Outro direito que adviria da reabilitação militar seria o de poder reingressar nas Forças Armadas mediante aprovação em concurso público e conclusão com aproveitamento do curso de formação.

A não ser assim, segundo a decisão, haveria uma situação "inaceitável" na medida em que a "pecha da inidoneidade moral" seguiria eternamente o impetrante, "maculando a sua própria personalidade", de tal modo que "desborda dos limites da razoabilidade a conduta administrativa que impede o militar reabilitado pela instituição de, aprovado em concurso público, colher os frutos de seu esforço despendido com o intuito de seguir a carreira militar". A ofensa específica à razoabilidade, na opinião da relatora, estaria no fato de que "seria uma contradição considerar-se reabilitado o militar, e, ao mesmo tempo, desprovido de idoneidade moral".

Nesse mesmo sentido, ressalta a decisão que havia no processo administrativo um parecer do Conselho de Ensino da ESA, composto por nove oficiais, pela manutenção do impetrante no Curso de Formação de Sargentos. A argumentação do parecer foi ignorada pelo comandante da ESA, que se fixou na "gravidade" do crime, em tese, praticado pelo impetrante.

Além disso, a relatora afirmou que a decisão da autoridade militar teria violado a proibição de penas de caráter perpétuo do CF 5º, XLVI, *b*, na medida em que "decidiu, em outras palavras, que por ter cometido aos dezoito anos de idade um

delito punido *in concreto* com pena restritiva de direitos, o impetrante jamais possuiria a idoneidade moral necessária para ingressar na carreira militar".

Esses argumentos todos, na opinião da relatora, "revelam que a gravosidade da medida imposta ao impetrante é manifestamente desproporcional em relação ao ilícito que ele cometeu, revelando, assim, sua absoluta incompatibilidade com o postulado superior da razoabilidade das normas legislativas e dos atos administrativos como condição *sine qua non* de validade e eficácia".

De tal modo que seria "[f]orçosa a conclusão de que a recusa do impetrado à permanência do impetrante no curso para o qual fora aprovado é ofensiva ao princípio do *substantive due process of law*, por traduzir punição que, por seu desmedimento, revelou-se arbitrária e injusta".

A questão controvertida resumia-se a um problema de subsunção de fatos ao conceito jurídico indeterminado "idoneidade moral". A idoneidade moral é requisito legal para matrícula em estabelecimento de ensino militar destinado à formação de graduados (praças), de acordo com o art. 11 do Estatuto dos Militares. Para o Comandante da ESA, o impetrante não tinha idoneidade moral e, portanto, deveria ser desligado do Curso de Formação de Sargentos do Exército no qual ingressou mediante concurso público. Esse juízo valorativo da autoridade militar baseou-se, exclusivamente, no fato de o impetrante ter sido licenciado do serviço militar em 1995 a bem da disciplina em razão do preenchimento de cheques subtraídos de terceiros, mesmo tendo sido reabilitado administrativamente nos termos do art. 132, II, do Estatuto dos Militares.

Ressalte-se que, no caso, o impetrante respondeu em juízo pelo suposto crime apenas três anos depois do licenciamento; e não chegou a ser condenado, por sentença transitada em julgado, porque celebrou acordo com o Ministério Público para suspender o processo em troca da aplicação de pena restritiva de direitos (três meses de prestação de serviços à comunidade) e de outras condições. O acordo foi integralmente cumprido, extinguindo-se no juízo criminal a punibilidade do impetrante.

Em síntese, ao dirigir-se ao problema central, a relatora entendeu que a interpretação dada à expressão “idoneidade moral” pela autoridade militar restringia, indevidamente, os efeitos da reabilitação administrativa, porquanto “seria uma contradição considerar-se reabilitado o militar, e, ao mesmo tempo, desprovido de idoneidade moral”. Isso, ademais, traduziria uma “gravosidade manifestamente desproporcional” da medida adotada em conseqüência da interpretação administrativa – por seu caráter perpétuo e inadequado à gravidade objetiva do fato, em tese, criminoso praticado pelo impetrante –, que seria ofensiva ao *substantive due process of law*.

Pode-se ver nessa decisão a aplicação do devido processo substantivo como proibição do *venire contra factum proprium*, que expressa a vinculação da Administração Pública a suas manifestações prévias. Assim, se um militar foi reabilitado e dessa reabilitação resulta, nos termos da lei, “que sejam cancelados, mediante averbação, os antecedentes criminais do militar e os registros constantes de seus assentamentos militares ou alterações, ou substituídos seus documentos comprobatórios de situação militar pelos adequados à nova situação” (art. 133 do Estatuto dos Militares), não poderia outra autoridade militar, no exercício de

competência diversa (aferição dos requisitos de ingresso e, pois, de permanência em estabelecimento de ensino do Exército), desconsiderar ou limitar injustificadamente a eficácia própria de ato administrativo anterior quando da interpretação de conceitos jurídicos indeterminados.

Por isso, na linha de argumentação da relatora, fatos cobertos pela reabilitação administrativa – e que nem mesmo deram causa a uma condenação definitiva na esfera criminal – não podem ser considerados para a formação de um juízo sobre a "inidoneidade moral" de um militar. Se o forem, privam o administrado de um "bem" – o direito de ingressar, por concurso público, nas Forças Armadas – sem o devido processo legal substantivo, ou seja, sem motivo "razoável", no sentido de adequado ao ordenamento jurídico como um todo, incluídas as decisões administrativas anteriores, que são concretizações da "vontade" da lei.

Aqui, mais uma vez, o devido processo substantivo pode ser caracterizado como *law of the land*, ou modo de referência à aplicação da totalidade do ordenamento jurídico, que excluiu determinados fatos do processo de formação do juízo administrativo sobre a "idoneidade moral" de aluno de estabelecimento de ensino do Exército. Observe-se que o devido processo legal não aparece isolado no argumento, sem nenhuma outra referência normativa, mas associado a uma norma legal (prevista no art. 133 do Estatuto dos Militares), cuja eficácia deveria ter sido adequadamente considerada, pela autoridade, no julgamento da "idoneidade moral" do militar.

Agora vejamos um caso do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3) em matéria aduaneira. Um contribuinte impetrou mandado de segurança para anular

o ato administrativo do Delegado da Receita Federal em Araçatuba (SP) que aplicou pena de perdimento a veículo que transportava mercadorias de procedência estrangeira sem prova da regular internação no território nacional. Alegou, de um lado, a inconstitucionalidade do perdimento administrativo e, de outro, a violação do devido processo legal em razão da desproporção dos bens e do veículo. A segurança foi concedida em primeiro grau de jurisdição. Apelou a União e, no julgamento do recurso, o tribunal entendeu pela ofensa ao devido processo substantivo, "diante da desproporção entre os valores das mercadorias apreendidas e o valor do veículo"[63]. Nos autos do processo, as mercadorias foram avaliadas pela Receita Federal em R$ 3.000,00 (três mil reais) e o veículo, em R$ 14.000,00 (quatorze mil reais).

O relator afastou a alegação de inconstitucionalidade da previsão legal, no Decreto-lei 37/66, da sanção administrativa de perdimento, com base nos precedentes do tribunal, na identidade material entre o ilícito administrativo que dá ensejo ao perdimento e os crimes de descaminho e contrabando, e no dispositivo constitucional que expressamente autoriza a imposição de penas de "perda de bens" (CF 5º, XLVI, *b*), aplicável, segundo a decisão, às infrações administrativas.

Depois de considerar atendido o devido processo legal em sentido procedimental, reconheceu haver "evidente desproporção entre o valor das mercadorias apreendidas [...] e o de veículo em si [...]". Entendeu, com apoio em reiterados precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que a pena de perdimento, nesses casos, estava proibida e afirmou que a "afronta à proporcionalidade entre a infração e a sanção aplicada é obstada pela própria

63 TRF-3. AMS 95.03.095944-6, 3ª Turma, rel. Juiz convocado Renato Barth, DJU de 22/02/2006.

garantia do devido processo legal, que impede ao Poder Público a adoção de providências desproporcionais ou desarrazoadas no que se refere aos direitos dos administrados".

Trata-se de uma questão pacífica nos tribunais federais: ante a desproporção entre o valor do veículo e o das mercadorias nele transportadas, aplica-se a pena de perdmento, prevista na legislação aduaneira, somente às mercadorias irregularmente internadas no País, não ao veículo. Esse argumento normalmente é traduzido em termos de "proporcionalidade" entre sanção e ilícito sem nenhuma qualificação, mas aqui foi apresentado também como violação do devido processo legal substantivo, o que não deve causar surpresa – a proporcionalidade tem sido associada freqüentemente pela doutrina e jurisprudência brasileiras ao devido processo substantivo.

Apesar de o relator não ter fundamentado essa associação de modo extenso (até pela simplicidade do caso e segurança dos precedentes), seu voto transcreve acórdãos que sugerem um argumento baseado na finalidade da sanção administrativa de perdimento. Na opinião do tribunal, o perdimento de veículo em valor superior ao das mercadorias transportadas seria contrário a direito porque não responderia à finalidade de promover o "ressarcimento ao erário, considerado o dano causado pelo inadimplemento da obrigação legal" (TRF-3, AMS 1999.03.00.075599-4, 3ª Turma, rel. Juiz Nery Júnior, DJU de 28/04/2004) ou de "restaurar o direito lesado, pelo que somente se justifica na medida em que recompõe o erário público" (TRF-3, AMS 96.03.060094-6, 5ª Turma, rel. Juíza Suzana Camargo, DJU de 20/05/1997).

Não parece correta – do ponto de vista material – a afirmação de que a finalidade da pena de perdimento do veículo transportador das mercadorias (e não apenas das mercadorias transportadas) seria mesmo a recomposição do "direito lesado" (o "direito" do Fisco de perceber os tributos incidentes na importação). Talvez esteja a medida sancionatória justificada muito mais por alguma finalidade de prevenção geral e especial que não cabe expor em detalhes aqui. De todo modo, pode-se reconstruir estruturalmente o argumento no sentido de que a pena se mostra excessiva como reação estatal ao ilícito, ou seja, não foi corretamente dimensionada por referência à infração concreta que pretende sancionar, considerada a finalidade que deve presidir a atividade administrativa sancionatória.

Ora, isso equivale a dizer que o motivo do ato administrativo que impõe a pena de perdimento (ilícito aduaneiro, cuja gravidade se mede pelo "valor das mercadorias apreendidas") não é adequado ao conteúdo (perdimento do veículo transportador, também levado em conta o valor) em vista da finalidade de prevenção geral e especial (ou, para o tribunal, nos precedentes citados, de "ressarcimento"). Essa argumentação nos remete ao conceito de "causa" do ato administrativo, no sentido já discutido em outra passagem.

Se se considerar que atos administrativos "sem causa" ofendem o devido processo substantivo, então este princípio significará que os atos administrativos, quando afetarem a liberdade ou bens dos sujeitos jurídicos, devem observar uma relação de congruência ou adequação entre três elementos fáticos e normativos: *motivo*, *conteúdo* e *finalidade*.

A finalidade sempre se acha prescrita por uma norma, o motivo compreende

todos os elementos (fatos, situações, circunstâncias) que compõem o suporte fático, e o conteúdo do ato administrativo nada mais é do que um juízo de dever ser logicamente conectado a um juízo sobre a incidência de uma norma jurídica sobre o suporte fático. Assim, o devido processo substantivo, mesmo no caso em que se tenha um "vício de causa" de difícil reconstrução estrutural, não virá sozinho. Estará acompanhado necessariamente de outras normas. Não é preciso muito para ver que o devido processo legal em sentido material, quando invocado num caso assim, funciona como regulador da aplicação de outras normas – e da relação entre normas e fatos –, um princípio que se refere à necessidade de considerar a totalidade do ordenamento jurídico (*law of the land*) no processo de aplicação normativa.

Em outro processo, um estudante aprovado no vestibular impetrou mandado de segurança contra ato do reitor da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS) que indeferiu a matrícula no curso de graduação em ciências contábeis do campus de Corumbá, no ano de 2002, sob o argumento de que o impetrante não havia provado a equivalência de estudos realizados na Bolívia. Dentro do prazo regulamentar para matrícula (em 05/03/2002), no entanto, o impetrante havia apresentado o protocolo do requerimento de declaração de equivalência de estudos no Conselho Estadual de Educação do Mato Grosso do Sul (CEE-MS), datado de 22 de fevereiro de 2002, então ainda pendente de solução. A universidade indeferiu a matrícula mesmo assim. Em 22 de março de 2002, depois de negada a matrícula pela UFMS, o Conselho Estadual de Educação veio a reconhecer a equivalência de estudos do impetrante. A segurança foi concedida em primeiro grau e não houve recurso da UFMS. Em remessa oficial, o tribunal manteve a sentença sob o argumento de que a conduta da autoridade teria sido "draconiana", não resistindo "diante dos princípios da razoabilidade e do devido processo legal em sentido

substantivo”[64].

O relator considerou que “o impetrante comprovou, em tempo hábil, ter tomado as providências para atender a todos os requisitos legais para a efetivação da matrícula, estando na dependência de manifestação do Conselho Estadual de Educação”. Desse modo, o dever da autoridade administrativa seria o de “ter aceitado a matrícula e estabelecer prazo razoável para que fosse comprovado o reconhecimento do curso de 2º grau freqüentado pelo impetrante na Bolívia”. Entretanto, prossegue a decisão, a autoridade “preferiu assumir postura draconiana, [...] mesmo diante da boa fé demonstrada por ele”.

Logo adiante, o relator conclui que a conduta da Administração “não observa o princípio do devido processo legal, em seu sentido substantivo, na medida em que o impetrante teve impedido seu acesso à educação, sem motivo razoável”. Ressaltou-se, por fim, que “pouco depois, em 22 de março de 2002, o Conselho Estadual de Educação aprovou a equivalência”. Desse modo, “a conduta da autoridade [...] não pode subsistir, tendo-se em conta o princípio da razoabilidade”.

O sucinto voto do relator declara que deve haver “motivo razoável” para impedir alguém de ter acesso à educação, sob pena de violação do devido processo legal substantivo. O “motivo” pode ser definido como “elemento que atua sobre a vontade do agente para provocar o ato administrativo” (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello), ou “pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato [...] situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato [...] suporte

64 TRF-3. REOMS (Remessa Oficial em Mandado de Segurança) 2002.60.04.000559-4, 3ª Turma, rel. Juiz convocado Rubens Calixto, DJU de 05/09/2007.

real e objetivo para a prática do ato" (Celso Antônio Bandeira de Mello).

Mas os motivos se dão a conhecer necessariamente por meio de provas. Por isso, a reconstrução a nosso ver mais correta do argumento do relator deve ter presente que a controvérsia versava apenas sobre o meio adequado para demonstrar um fato – a conclusão, pelo impetrante, do equivalente ao ensino médio brasileiro em outro país – e não sobre o "fato em si" (embora seja extremamente difícil separar o "fato" da "prova do fato").

Na interpretação da universidade, o impetrante preenchia todos os requisitos para matrícula no curso de ciências contábeis do campus de Corumbá, menos um: a conclusão do ensino médio ou equivalente. Isso porque não se aceitou como prova desse requisito o certificado expedido por autoridades bolivianas somado ao protocolo (com quinze dias de antecedência em relação à matrícula) do requerimento de equivalência na repartição estadual competente. A única prova idônea da conclusão do ensino médio no exterior, de acordo com a universidade, seria o reconhecimento formal pelas autoridades brasileiras da pretendida equivalência, o que veio a ocorrer pouco depois de encerrado o prazo de matrícula nos cursos de graduação da UFMS.

Para o tribunal, no entanto, a exigência da universidade seria "draconiana" porque não deu "qualquer chance ao impetrante", apesar da "boa fé demonstrada por ele". Duas considerações estão implícitas na decisão judicial: (1) o impetrante havia de fato concluído o equivalente ao ensino médio na Bolívia, tanto que o órgão competente (CEE-MS) veio a reconhecer essa equivalência, o que ocorreu, todavia, a destempo em relação ao período de matrículas; (2) no momento assinalado para a

matrícula o impetrante não tinha como produzir a prova exigida pela universidade, que dependia de um ato administrativo (o reconhecimento de equivalência), para cuja realização o impetrante havia esgotado os meios a seu alcance (fizera o requerimento administrativo quinze dias antes da matrícula).

Em outras palavras, o tribunal considerou que a prova do fato requerida pela universidade era impossível nas circunstâncias de tempo, por motivos alheios à vontade do impetrante. O meio exigido dependia das vicissitudes da administração estadual, que tem competência para reconhecer a equivalência de estudos no ensino médio.

Mesmo ciente disso por informação do próprio impetrante, a universidade não lhe deu “qualquer chance” de produzir depois, pelos meios previstos nas regras do concurso vestibular, a prova do fato que materialmente já estava configurado quando da matrícula. Deveria a UFMS, então, nas palavras do tribunal, “ter aceitado a matrícula e estabelecer prazo razoável para que fosse comprovado o reconhecimento do curso de 2º grau freqüentado pelo impetrante na Bolívia”.

Ou seja, a universidade deveria ter atribuído provisoriamente valor probante ao documento boliviano, conjugado com o requerimento protocolado no CEE-MS, pois isso era tudo o que se podia exigir do impetrante em matéria de prova naquele momento. Pedir mais que isso seria impossível nas circunstâncias e, portanto, o não atendimento das exigências probatórias da universidade não constituiria “motivo razoável” para o indeferimento da matrícula.

Isso fica ainda mais claro na seguinte frase do voto do relator: “o impetrante

comprovou, em tempo hábil, ter tomado todas as providências para atender a todos os requisitos legais para a efetivação da matrícula, estando na dependência de manifestação do Conselho Estadual de Educação". Podemos substituir tranqüilamente "ter tomado todas as providências para atender a todos os requisitos legais [...]" por "o que lhe era possível, nas circunstâncias, comprovar", e está fechado o argumento.

O devido processo substantivo aparece na argumentação do tribunal como uma espécie de "modulador" da aplicação das regras sobre a prova no procedimento administrativo em contraposição com o direito (material) à educação. Observe-se que não está a cláusula *due process* sozinha, isolada, como parâmetro único de legitimidade do ato administrativo. Ao contrário, na visão do tribunal o devido processo impõe ao administrador a consideração da natureza do direito sobre o qual se está a decidir – um direito fundamental (CF 6º) que visa ao "pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (CF 205) – quando da aplicação das regras sobre os meios aceitos para a prova dos requisitos de ingresso na universidade.

O devido processo legal opera assim – na decisão que acabamos de examinar – como um termo relacionador de outras normas, que sintetiza a totalidade do ordenamento no que tem de relevante para a solução do caso.

Esse é, precisamente, seu conteúdo jurídico, que será descrito com mais detalhes em seguida.

CAPÍTULO 4 - CONTEÚDO JURÍDICO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

1. Processo administrativo, proibição da arbitrariedade e proteção de direitos dos administrados

No capítulo anterior defendemos a possibilidade de reunir os limites jurídicos da atividade administrativa discricionária sob a cláusula do devido processo legal prevista no art. 5º, LIV, Constituição de 1988. Apresentamos três argumentos (histórico, dogmático e sistemático) que apoiariam nossa proposta. Examinamos dois (histórico e dogmático), nos quais a dimensão material do "due process" se deixa entrever e definir como proibição da arbitrariedade, e deixamos para depois o terceiro argumento (sistemático), a ser desenvolvido na parte final deste capítulo. A norma do devido processo tomada como interdição do arbítrio fundamenta – como se verá – a construção de um sistema dos vícios do exercício da discricionariedade administrativa e, por conseguinte, de sua redução nos casos concretos.

Algumas questões se impõem antes de explorar a relação sistemática entre o devido processo a redução da discricionariedade, que resulta, como vimos, da co-incidência da norma habilitante e de outras normas jurídicas com pretensão de regular o caso[1]. É preciso responder em primeiro lugar a uma pergunta crucial: o que

1 Para ser mais exata, a definição teria de referir-se não apenas à co-incidência de normas, mas à solução de conflito normativo entre normas co-incidentes, desde que não se dê no plano da validade, em desfavor da norma habilitante. Veja-se a discussão sobre a redução da discricionariedade como espécie de conflito normativo no Capítulo 2, item 6.3.3.

prescreve o devido processo legal no direito brasileiro? Para dar início a essa discussão, podemos traduzir o conteúdo normativo da interdição da arbitrariedade – sinônimo de devido processo legal de acordo com a história e o uso da expressão nos tribunais – como a exigência de ordem constitucional, maior ou menor conforme o caso, de justificação de todos os atos do Poder Público[2].

Assim, o "processo" de que trata o CF 5º, LIV, pode ser compreendido no sentido de um processo de justificação, que consiste no oferecimento de razões substantivas juridicamente aceitáveis, num contexto argumentativo, para as decisões estatais. A cláusula do devido processo, em sua perspectiva material, regula assim o modo como se devem relacionar os elementos fáticos e normativos na formulação de juízos de dever ser e na realização de operações materiais tendentes a executar esses juízos.

Os juízos de dever ser podem ser abstratos, na função legislativa e em parte da função administrativa (poder regulamentar), ou concretos, no restante da função administrativa e, com algumas exceções, na função jurisdicional. As operações materiais de execução (que não implicam a produção normativa) restringem-se, por definição, às funções administrativa e jurisdicional, pois serão, em qualquer caso, o desdobramento no plano dos fatos de juízos concretos de dever ser produzidos na intimidade dessas funções e apenas delas. Todas as normas, da mais abstrata à mais concreta, e o último ato de execução que não é, ao mesmo tempo, de produção normativa, devem estar justificados perante o direito

2 Essa é a lição antiga de Castro Nunes: "o sentido [da regra constitucional do *due process of law* no direito americano] tem sido dado pela jurisprudência; em última análise, é a *justificação do ato administrativo*". CASTRO NUNES. **Do mandado de segurança**, p. 155.

Entretanto, também sob o ponto de vista da história e da dogmática, por maioria de razão, o "processo" na cláusula do devido processo legal significa a seqüência iterativa de atos, ordenados em vista da finalidade de produzir um ato final que provê sobre determinada matéria e realiza o interesse a que se predispõe a atividade. Não se pode excluir uma relação entre o processo de justificação e essa iteração de atos, encadeados logica e cronologicamente, tendentes à formação da vontade estatal. Mais que isso, pode-se formular a hipótese de que ambos os "processos" tenham a mesma finalidade e, assim, um núcleo de sentido comum, que consistiria na interdição do arbítrio dos poderes públicos.

Provavelmente não teria sido possível a atribuição de um sentido material ao devido processo legal se, no processo em sentido estrito (seqüência de atos), não houvesse uma componente material de proteção de interesses substantivos (direitos subjetivos e bens coletivos). A extensão semântica que se operou na história do *due process of law* supõe uma base, um ponto de partida e de apoio, sem a qual não se cumpriria a função de ordenação da conduta humana, inerente a qualquer norma jurídica, sobretudo numa cláusula tão aberta quanto a do devido processo. Trata-se de uma limitação pragmática, que diz com a finalidade dos utentes, à liberdade de estipulação de significados na linguagem jurídica. Por isso, o "processo", no "devido processo legal", precisa incorporar por si só uma perspectiva de direito material, ainda que instrumental, para autorizar a verificada ampliação de seu campo semântico[3].

Além disso, na teoria dos direitos fundamentais considera-se a existência de

3 Nesse sentido, mas em outra perspectiva, ver Egon Bockmann MOREIRA. **Processo administrativo**. Também se pode ver Odete MEDAUAR. **A processualidade no direito administrativo**.

"direitos à organização e ao procedimento", relacionados, sobretudo, com a defesa de outros direitos fundamentais. Nesse sentido é que se fala no direito a procedimentos que assegurem tutela adequada – no âmbito judicial e administrativo – às posições jurídicas fundamentais, ou no direito à participação nos processos de tomada de decisão dos órgãos estatais, que demanda a organização de estruturas capazes de promover e proteger essa participação[4].

Todos esses significados aproximam o processo administrativo, como iteração ordenada de atos que precede a decisão final, do processo de justificação da atividade administrativa. É que o processo, em sentido estrito, serve ao propósito de justificar as decisões administrativas numa via de mão dupla. Primeiro, ele canaliza a formação da "vontade" estatal e, assim, opõe claros limites formais e materiais ao processo de justificação. Segundo, torna-se ele próprio um dos elementos da justificação: sem o "devido processo administrativo", em contraditório, com ampla defesa e possibilidade de recorrer a outra autoridade, os atos administrativos – independentemente de seu conteúdo – contrariam, sem necessidade de outros vícios, o ordenamento jurídico.

Cumpre, então, aprofundar as questões suscitadas pelo processo administrativo e reformular o problema do devido processo legal como "proibição da arbitrariedade", para incluir os aspectos procedimentais (ou processuais) da atividade administrativa, que são da maior importância na contenção da Administração Pública nos limites impostos pelo ordenamento jurídico como um todo ao desempenho de suas funções próprias.

---

4 Joaquim José Gomes CANOTILHO. **Escritos sobre direitos fundamentais**, pp. 69-84.

1.1. A dupla necessidade do processo administrativo

A aplicação das normas jurídicas pressupõe um caminho que leve da norma superior, que se aplica, à norma inferior, que constitui o resultado da aplicação. Se, nas palavras de Adolf Merkl, "administrar é um obrar humano, consciente" e "em todo obrar se distingue um *fieri* e um *factum* ou, teleologicamente, um caminho e uma meta", pode-se afirmar que "[n]o fundo, toda administração é um procedimento administrativo, e todos os atos administrativos se nos apresentam como meros produtos do procedimento administrativo"[5]. A produção de atos administrativos, na medida em que constitui a aplicação de uma norma superior, também exige um procedimento, que se denomina procedimento (ou processo) administrativo[6].

5 Adolf MERKL. **Teoría General del Derecho Administrativo**, pp. 278-279.

6 A discussão a respeito do nome adequado – processo ou procedimento – não tem fim na doutrina brasileira e estrangeira. Não vemos razão dogmática alguma para tanta celeuma. A defesa apaixonada de uma ou outra posição tem motivação de política jurídica, e não dogmática. Os partidários do "procedimento" querem sublinhar a diferença do proceder da Administração em relação à Justiça (a cujo modo de exercício reservam o nome "processo"), enquanto os advogados do "processo" tencionam exatamente chamar a atenção para a semelhança entre as duas funções. No primeiro caso, anota-se a parcialidade da Administração, em oposição à imparcialidade do juiz, ou a formação da coisa julgada, .que não ocorre no processo administrativo, ou ainda outras características próprias da jurisdição não encontradas na função administrativa. No segundo caso, a ênfase reacai sobre as garantias dos cidadãos, que são praticamente as mesmas no processo judicial e administrativo, assim como nos direitos especificamente processuais (direito à defesa, direito à prova, direito à informação e reação, *audiatur et altera pars*, direito a um "duplo grau" de exame das questões etc.), distintos do direito material a ser objeto de conhecimento, declaração ou constituição pela Administração ou pelo juiz. Ambos os lados estão com uma parte da razão, ou seja, estão inteiramente corretos em sua parcialidade. Nenhuma razão, aliás, é decisiva e por isso a divergência nos parece insolúvel segundo critérios estritamente dogmáticos. Ademais, tanto uma quanto a outra designação aparecem indistintamente na doutrina nacional e estrangeira, na jurisprudência (que tem uma ligeira preferência por "processo administrativo"), no direito comparado e na legislação nacional e estrangeira. Sinal de que todos os esforços para clarificar mediante rigorosas regras semânticas o uso de "processo" e "procedimento" deram n'água. Além disso, o vigoroso debate produziu – quanto à compreensão do instituto – muito calor e pouca (ou nenhuma) luz. Viu-o com absoluta clareza Lúcia Valle Figueiredo, ao dizer que "a distinção entre processo e procedimento [é], o mais das vezes, estéril". Conferir Lúcia Valle FIGUEIREDO. **Curso de direito administrativo**, p. 419. Preferimos então clarificar de outro modo: valem em nosso discurso as mesmas regras de uso para "processo" e "procedimento", mas daremos alguma prioridade a "procedimento" quando nos referirmos ao aspecto "formal", ou se for necessário distinguir no contexto o processo em sentido estrito (relação jurídica progressiva, estruturada formalmente num procedimento) dos processos de cognição, volição e argumentação que também resultam na produção normativa. Remetemos a outros trabalhos a discussão pormenorizada – e quase bizantina, cumpre averbar – que continua a drenar energias da doutrina. A mais completa exposição da controvérsia que encontramos na doutrina brasileira está, a nosso ver, em Odete MEDAUAR. **A processualidade no direito**

Entre a lei e o ato administrativo medeia um "intervalo" que deve ser "preenchido por um procedimento ou um processo através do qual as exigiencias ou possibilidades supostas na lei em abstrato passam para o plano da concreção"[7]. Daí que o ato administrativo, qualquer que seja, não surge "como um passe de mágica", não aparece no sistema jurídico "do nada". Sendo o ato administrativo a "vontade da lei concretizada", interpõe-se entre os dois termos do processo de aplicação (ou concretização) jurídica, além dos sujeitos, um "trâmite lógico e real"[8].

Assim se articula a primeira característica do processo administrativo: ele é uma necessidade fática da atividade administrativa[9]. Há um espaço aberto na

administrativo. Para uma discussão tópica da posição de autores brasileiros (e de uma ligeira preferência nacional da doutrina por "procedimento"), ver Egon Bockmann MOREIRA. **Processo administrativo**, pp. 45-60. No direito argentino – que é muito semelhante ao brasileiro – a doutrina também se inclina pela expressão "procedimento". Ver: Juan Carlos CASSAGNE. **Derecho administrativo**, v.2, p. 653-658; Agustín GORDILLO. **Tratado de Derecho Administrativo**, t. 2, p. IX 1-2; Héctor Jorge ESCOLA. **Tratado general del procedimiento administrativo**.

7 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Curso de Direito Administrativo**, p. 443

8 Carlos Ari SUNDFELD. "A importância do procedimento administrativo", p.65.

9 Por isso, Agustín Gordillo diz que "*toda actividad de tipo administrativo se manifestará em el procedimiento administrativo y por ello existe uma coincidencia entre el concepto de función administrativa y el de procedimiento administrativo*". Agustín GORDILLO. **Tratado de Derecho Administrativo**. T. 2, p. IX-5. Para Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, administração e processo administrativo serão conceitos sinônimos, exceto nos atos instantâneos ou urgentíssimos (extinção de um incêndio pelos bombeiros, prevenção de um desabamento iminente) ou os não imediatamente conectados a uma volição (mudança de luzes num semáforo, por exemplo), que "independem de prévia processualização". Adilson Abreu DALLARI e Sérgio FERRAZ. **Processo administrativo**, p. 25. Na verdade, os atos instantâneos e urgentíssimos prescindem de *prévia* processualização, sem dúvida, mas não de *alguma* processualização concomitante (lavratura de um auto de infração por policial rodovário; elaboração de um boletim de ocorrência pelos bombeiros, que será depois objeto de um expediente) e posterior (notificação do infrator, impugnação, recursos etc; relatório sobre as providências adotadas pelos bombeiros, laudo pericial, interdição administrativa do prédio incendiado etc.). Agora, nos atos "não imediatamente conectados a uma volição", como o mudar de cores de um semáforo, os autores parecem se equivocar. A nosso ver, haveria uma processualização prévia no mínimo quanto: (a) à localização do semáforo (aspecto *espacial* da norma individual de "pare", "atenção" ou "siga" a ser produzida por mecanismos eletro-eletrônicos); (b) à definição dos intervalos entre os sinais luminosos emitidos (aspecto *temporal* da norma individual). Ambas as decisões são ao menos em parte reguladas juridicamente (ver o art. 90, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro e o "Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito", aprovado por diversas resoluções do Conselho Nacional de Trânsito, cujo volume *V* trata da sinalização semafórica) e, por isso, devem seguir algum tipo de procedimento administrativo. Esse procedimento se inicia – em regra – mediante requerimento de cidadãos, associações ou vereadores, ou por iniciativa do departamento de engenharia de tráfego municipal. Depois, realizam-se estudos, avalia-se a viabilidade técnica e financeira da instalação de acordo com as prioridades da sinalização viária e gestão de tráfego daquela administração,

aplicação do direito, que exige a prática de uma série de atos jurídicos e materiais destinados a realizar concretamente a "vontade da lei"; no mínimo, a autoridade deve verificar se comparecem os pressupostos que a autorizam a agir e, até para isso, terá de seguir um caminho mais ou menos prefixado. Alguns exemplos podem ajudar a compreender o argumento.

A aquisição de bens no mercado para manter o funcionamento de uma repartição (canetas, papéis, grampos, cartuchos de impressora, cola, etiquetas, lápis etc.) se faz mediante ato jurídico bilateral, denominado "contrato administrativo"; no direito brasileiro, o contrato administrativo deve ser precedido de licitação (CF 37, XXI), salvo quando inviável (inexigibilidade: art. 25 da Lei 8.666/93) ou legalmente dispensada (dispensa: hipóteses do art. 24 da Lei 8.666/93 e mais algumas espalhadas no texto legal).

A lei prescreve uma seqüência de atos inseridos no procedimento da licitação, dependendo da modalidade escolhida (que, no exemplo dado, seria o pregão da Lei 10.520/2002, com uma fase interna em que "a autoridade competente justificará a necessidade de contratação", nos termos do art. 3º, I, e deverá fazer juntar uma série de documentos "dos autos do procedimento", conforme o art. 3º, IV, e uma fase externa regulada no art. 4º). Se possível a contratação direta, exige-se motivação concreta da inexigibilidade ou dispensa num procedimento administrativo (art. 50, IV, da Lei 9.784/99), que se inicia com a "adequada caracterização do objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento" (art. 14 da Lei 8.666/93), prossegue com os elementos comprobatórios da situação que exonera a

verifica-se a melhor localização, os intervalos mais adequados etc. Ao final desse processo, a autoridade competente profere uma decisão da qual se pode recorrer, eventualmente, ao Secretário de Transportes ou ao Prefeito, de modo que se deve em todo caso dar notícia de quanto foi decidido.

Administração do dever de licitar, parecer da respectiva consultoria jurídica, até chegar à decisão pela autoridade competente.

Ainda que a lei e a Constituição nada previssem (e os órgãos públicos fossem administrados como empresas privadas), não seria possível comprar sequer um galão de água para consumo dos mais humildes servidores sem procedimento administrativo. Alguém teria de alertar o sujeito encarregado das compras de que a água havia acabado ou de que o estoque estava baixo; alguém do setor responsável teria de entrar em contato com os fornecedores, discutir o preço e fechar o negócio; outro funcionário deveria receber o produto (assinando, muitas vezes, a nota fiscal), lançar no estoque e avisar o financeiro; o financeiro deveria realizar o pagamento e encaminhar a documentação à contabilidade.

Vejamos outro exemplo. A decretação do estado de sítio, de acordo com a Constituição Federal, deve ser feita pelo Congresso Nacional, mediante solicitação do Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional (CF 137). Há nesse texto normativo, pelo simples fato de haver instituído competências para órgãos distintos, todo um procedimento, uma seqüência de atos jurídicos relativamente autônomos: (1) o Presidente da República, vislumbrando a necessidade de decretação do estado de sítio, deve convocar o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional; (2) uma vez reunidos, os Conselhos devem deliberar sobre a específica questão do estado de sítio proposto, e o farão tanto sob o aspecto vinculado (presença dos requisitos constitucionais) quanto sob o aspecto da discricionariedade (conveniência e oportunidade da decretação da medida extrema), podendo requisitar apoio de qualquer órgão ou entidade da Administração; (3) para tanto, os Conselhos hão de seguir algumas

regras de procedimento, dispostas em seus regulamentos ou definidas *ad hoc*; (4) depois de colhida formalmente a opinião dos Conselhos, o Presidente da República deve encaminhar ao Congresso Nacional o pedido de autorização, com um relato dos "motivos determinantes do pedido" (CF 137, parágrafo único) e a documentação toda que comprove a realização das etapas anteriores; (5) no Congresso, a solicitação deverá seguir o caminho prescrito nas normas regimentais.

Parece claro que não há como governar, administrar, nem desenvolver atividade humana qualquer, sem uma seqüência de atos ordenados e dirigidos à realização dos fins genéricos e específicos de nossas ações. A diferença é que na produção normativa (mesmo a aquisição de bens de uso e consumo decorreria da produção de um ato jurídico, ou seja, de norma concreta) ou na mera aplicação sem produção normativa (atos de mera execução, ou operações materiais) realizada no interior de um sistema jurídico, por sujeitos públicos ou privados, a iteração dos atos estará mais ou menos regulada pelo direito[10].

A regulação jurídica do processo (ou procedimento) pode fazer surgir uma obrigatoriedade (necessidade jurídica). Em primeiro lugar, a obrigatoriedade de que

10 No direito privado, o "procedimento" em sentido estrito não interessa muito, mas existe, e está regulado no mínimo quanto aos efeitos dos atos parciais que lhe componham a estrutura (dada pela vontade dos particulares). A aquisição de uma empresa, por exemplo, tem várias etapas desde o início (quase sempre informal) das conversas até o primeiro ato vinculativo. Para cada uma dessas etapas haverá uma eficácia jurídica definida. Por exemplo, o dever de confidencialidade pode ser estabelecido logo no início das conversações formais; sua violação, além de autorizar a parte inocente a se retirar do processo de negociação sem nenhuma compensação, pode implicar em responsabilidade civil da parte culpada. Assim também o Código Civil regula a eficácia da oferta – um ato jurídico relativamente autônomo, porém indispensável à formação do contrato –, dispõe sobre a aceitação da oferta e sobre a retratação (ou exercício do direito de arrependimento da aceitação), disciplinando, pois, a formação, o desenvolvimento e a extinção da relação jurídica obrigacional. Ver, por todos, sobre a questão do processo no direito privado (especialmente no direito obrigacional) Clóvis Veríssimo do Couto e SILVA. **A obrigação como processo**. Há a possibilidade de haver também no direito privado um procedimento em sentido mais estrito do que a mera seqüência de atos (juridicamente regulada ou não), ou seja, um "sistema de regras e princípios para a obtenção de um resultado" que pode ser de especial interesse na teoria dos direitos fundamentais. Voltaremos a esse ponto.

se adote *algum* procedimento organizado (estruturado, logica e cronologicamente, para alcançar os fins), mesmo que não regulado em todos seus aspectos pelo direito. Esse dever muito geral de um procedimento ordenado fundamenta-se na vinculação administrativa à legalidade objetiva, ou seja, na conexão necessária das normas subordinadas às normas subordinantes, numa perspectiva de controle interno da realização dos fins da Administração, indiferente ao tipo de organização estatal que se tenha (democrática, autoritária, despótica), como observa Agustín Gordillo[11]. A realização de quaisquer fins requer, além da prática de vários atos intermediários em sucessão iterativa, um mínimo de ordem lógica e sucessional nesses atos para garantir a eficiência da atividade. Se não existisse tal dever, ademais, o controle da subordinação e supraordenação das diferentes competências normativas poderia até mesmo se tornar inviável na prática.

Em segundo lugar, tem-se o dever mais específico de observar o procedimento adequado à produção de cada classe de atos, de acordo com a finalidade disposta no sistema jurídico. No caso de atos que importam em sanções ou resolvam sobre pretensões contrapostas da Administração e dos administrados, exige-se um procedimento muito semelhante ao dos processos judiciais, com todas as garantias do contraditório e da ampla defesa, ou seja, um procedimento que se estruture conforme o binômio informação e reação, em igualdade de condições.

Outros atos não impõem sanções nem resolvem pretensões contrapostas, mas conferem a um particular, ou a ente público diverso, um “benefício pessoal direto” que, por sua natureza, “não pode ser concedido a todos os interessados

11 Agustín GORDILLO. **Tratado de Derecho Administrativo**. t.2, p. IX-37

aptos”[12]. Essa classe de atos requer um procedimento de tipo “competitivo”, que se caracteriza por propriedades diversas, a saber, a “duplicidade especial” (ou pluralidade de participantes), a ampla concorrência (ou efetiva oportunidade de competição) e o formalismo, no sentido de que as etapas do certame devem ser “rígida e precisamente seriadas”[13]. Exemplos são os concursos públicos para o provimento de cargos e empregos, a licitação em todas as modalidades e os leilões periódicos de títulos da dívida pública realizados pelo Tesouro Nacional.

É possível figurar também atos administrativos que concedem vantagens, ou ampliam a esfera jurídica de sujeitos públicos e privados, mas sem a exclusão dos demais: autorização para aquisição de arma de fogo, licença de construir, autorização de operações externas de natureza financeira dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios (que segue o procedimento estabelecido na Resolução 43/2001 do Senado Federal). Aqui o procedimento não será tão ritualístico e inflexível, pois se destina apenas a verificar a presença de requisitos legais ou constitucionais para a outorga da posição de vantagem[14].

Além disso, temos os atos normativos. Eles são tais que “fica naturalmente excluída a colaboração imediata dos afetados, prevista pelo direito processual no

12 Carlos Ari SUNDFELD. “Procedimentos administrativos de competição”, p. 118.
13 Carlos Ari SUNDFELD. “Procedimentos administrativos de competição”, p. 118.
14 Cabe fazer uma observação a respeito dos procedimentos “ampliativos de direito”. Em todos os procedimentos dessa espécie, concorrenciais ou não, existe a possibilidade de surgimento de pretensões contrapostas e, portanto, de instauração de um processo administrativo mais formal para a solução da controvérsia: pense-se no indeferimento de uma licença de construir que é impugnado tempestivamente pelo administrado; ou na discordância entre o Estado-membro e a Secretaria do Tesouro Nacional (por onde se inicia o trâmite do procedimento) sobre o cumprimento de um requisito formal do pedido de autorização de operação de crédito externo; ou ainda no pedido de anulação de uma questão de concurso público. Então surge um procedimento incidental ou subseqüente, e relativamente autônomo em relação ao principal, para resolver a nova questão. Pode haver também um procedimento “ablativo”, como no caso da inabilitação de um dos participantes em licitação.

caso dos atos jurídicos e administrativos considerados individuais"[15]. A natureza do ato a ser produzido impõe limites de "adequação e conveniência", nas palavras de Merkl, à realização tendencial desse objetivo, para não tornar inviável a atividade normativa da Administração Pública. Não se satisfaz, contudo, o requisito procedimental com a ausência total de participação de quantos possam ser afetados pelas normas administrativas. Em outras palavras, a medida da participação (ou de sua falta) que define a validade (ou invalidade) do procedimento de elaboração de um ato normativo pode não ser a mesma da produção de um ato concreto, que afete a esfera jurídica de um sujeito perfeitamente individualizado, mas não pode ser nenhuma[16].

Por fim, há os atos internos da Administração, que ficam "circunscritos à intimidade" dos órgãos administrativos (Celso Antônio), ou que têm uma "operatividade caseira" (Hely Lopes Meirelles) e não projetam efeitos, senão de modo muito indireto, na esfera jurídica de sujeitos alheios à função administrativa: a tramitação de papéis e expedientes sem caráter decisório, os procedimentos da fase interna da licitação ou de leilões de títulos públicos etc.. Haverá uma seqüência

15 Adolf MERKL. **Teoria general del Derecho Administrativo**, p. 286.

16 A formalização de um procedimento para a elaboração de atos normativos no âmbito da Presidência da República se acha prevista no Decreto 4.176/2002, que regulamentou a Lei Complementar 95/98 (sobre a elaboração e redação das leis) e tratou em "disposições autônomas" (assim designadas pelo decreto) das normas específicas sobre a elaboração de decretos, regulamentos e medidas provisórias. Em síntese, o processo se inicia no órgão proponente, mediante a elaboração da proposta, com a exposição de motivos (elaborada de acordo com o art. 38 do decreto) e, a ela anexadas, as notas explicativas, o projeto do texto do ato normativo e um parecer conclusivo sobre constitucionalidade, legalidade e regularidade formal do ato normativo proposto, elaborado pela Consultoria Jurídica ou órgão de assessoramento jurídico do proponente. Se o ato cuidar de assunto relacionado a dois ou mais órgãos, todos devem assinar a exposição de motivos e o parecer jurídico conclusivo. Uma vez encaminhada, a proposta inicia a tramitação pela Casa Civil da Presidência da República, que emitirá parecer sobre legalidade, constitucionalidade e mérito da proposta, podendo rejeitá-la, ou devolver ao órgão de origem para solução de pendências. Na análise pela Casa Civil, o decreto prevê a possibilidade de dar "ampla divulgação" ao texto básico do projeto de ato normativo que seja de "especial significado político ou social", inclusive por rede mundial de computadores ou audiências públicas, com o objetivo de "receber sugestões de órgãos, entidades ou pessoas". Trata-se de decisão discricionária do Ministro-Chefe da Casa Civil da Presidência da República. Outras normas disciplinam a produção de atos normativos em vários órgãos da Administração Pública, mas não caberia mencioná-las aqui.

ordenada de atos, muitas vezes disciplinada em normas jurídicas, mas com um grau de formalidade e rigidez reduzido quase às necessidades básicas de uma boa administração e do controle interno e externo (documentação dos atos em forma hígida com identificação dos responsáveis e do íter procedimental, motivação breve, sistema de registro e arquivo)[17].

A regulação jurídica dos procedimentos (ou processos) administrativos, no Brasil, veio muito tarde. Em estudo comparativo, o jurista venezuelano Allan Brewer-Carías observa que a legislação brasileira sobre processo administrativo foi uma das últimas da América Latina[18]. Apenas em 1999 adotamos, no plano federal, uma lei geral dos processos administrativos, embora modalidades específicas – por exemplo, o tombamento (Decreto-lei 25/37), o processo administrativo fiscal (Decreto 70.235/72), a discriminação de terras devolutas (Lei 6.383/76), a licitação (Lei 8.666/93) e o processo disciplinar dos servidores públicos (Lei 8.112/90) – estejam há muito tempo regulados em lei, e alguns Estados, como Sergipe e São Paulo, tenham se adiantado ao legislador federal[19].

De todo modo, a necessidade fática do processo nos acompanha desde sempre, por ser ineliminável. O resultado foi (e ainda é, em certa medida) que cada

17 Por exemplo, as decisões do Tesouro Nacional de emitir papéis de uma determinada classe, com prazo certo de vencimento, a determinada taxa de juros, e de oferecê-los numa específica modalidade de leilão, são tomadas mediante um procedimento interno que culmina com a edição de uma portaria pelo Secretário do Tesouro Nacional, ato convocatório e incial da fase externa. Não se exige nenhuma formalidade como pressuposto de validade específico desse procedimento interno. É claro que deverá haver motivação, ainda que breve ou *per relationem* (no caso de haver uma política explícita de administração da dívida pública – o que normalmente é o caso), e que todos os passos devem estar documentados, registrados e arquivados para o controle posterior (interno e externo). Pode-se mencionar a decisão de celebrar um convênio com outro ente federativo como exemplo também de procedimento circunscrito à "vida íntima" da Administração.

18 Allan R. BREWER-CÁRIAS. **Principios del procedimiento administrativo en América Latina**, p. *xl*.

19 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Curso de Direito Administrativo**, p.442 Em relação à lei sergipana, deve-se fazer o registro de que participou de sua elaboração o ministro Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, quando ainda não havia sido guindado à corte.

autoridade define como os assuntos devem tramitar em sua repartição sem critérios objetivos nem preocupação com as finalidades substanciais do processo, que são, de um lado, a garantia dos direitos dos administrados e, de outro, a maior eficiência no desempenho da função administrativa[20]. A Administração Pública brasileira, ademais, nunca se sentiu à vontade com a participação de terceiros em sua intimidade – consultas e audiências públicas, que são de praxe em outros sistemas jurídicos, não têm a mesma tradição e importância no Brasil. Parece que não estamos preparados institucionalmente para uma Administração mais aberta, que valorize o pluralismo de idéias, a diversidade de pontos de vista, como algo essencial para o aperfeiçoamento dos processos decisórios e, por extensão, das

20 Alguns acrescem ao processo administrativo a finalidade de realizar o princípio democrático na Administração. Ver, por todos, Ronaldo Gesta LEAL. **Estado, Administração Pública e Sociedade**. Também se inclina por essa posição Egon Bockmann MOREIRA. **Processo administrativo**, pp. 75-80. O conceito de democracia é equívoco e, no caso, absolutamente desnecessário. Por isso nos abstemos de usá-lo. Apesar de empregado na Constituição para designar um modelo de gestão de interesses públicos (por exemplo, a "gestão democrática" do ensino público do CF 206, VI), tem uma carga valorativa e emocional tão forte – e se presta a legitimar quase todo arranjo de poder, dependendo de como se o defina –, que sua inclusão no vocabulário cotidiano da Administração Pública não parece desejável. As formas de gestão "democrática" (melhor seria dizer "participativa"), exigidas pela Constituição ou pelas leis, podem ser fundamentadas em outros princípios ou explicadas mediante outros conceitos, sem nenhum prejuízo para a dogmática jurídica – e é o que pretendemos fazer. Ficam, por óbvio, bem menos atraentes quando dissociadas da mitologia democrática, mas isso serve de modo excelente ao propósito de revelar seus defeitos e inconvenientes (o que também é função da dogmática). Pense-se na "democracia interna" nos tribunais ou no Ministério Público. Leia-se, a respeito, o preciso voto do ministro do STF Cézar Peluso na ADI-MC 3976, Tribunal Pleno, rel. Min. Enrique Lewandowski (vencido), DJU de 15/02/2008, que alerta para os graves riscos da má compreensão de uma vaga idéia de "democracia" na administração do Poder Judiciário. Discutia-se na ocasião a constitucionalidade de uma norma interna do Tribunal de Justiça de São Paulo que dispunha sobre a eligibilidade de desembargadores para os cargos diretivos (Presidência, Vice-Presidência e Corregedoria-Geral) e permitia, contrariamente ao art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN – Lei Complementar 35/79), que todos os membros do órgão especial (CF 93, IX), independentemente da antigüidade, pudessem se candidatar. Peluso pode ter sido extremamente conservador em suas observações (que nem foram decisivas para a concessão da medida cautelar: os demais ministros se basearam no *stare decisis* e nos precedentes da Corte segundo os quais as condições de eligibilidade são matéria privativa do estatuto da magistratura, excluídas portanto da autonomia dos tribunais), mas não deixa de ter razão quando considera que o conceito de "democracia" não se realiza do mesmo modo no Poder Judiciário (e no Ministério Público, por ele citado no voto) do que nos outros poderes: "*O Poder Judiciário não deixa de ser democrático, porque os juízes não sejam eleitos; o Poder Judiciário não deixa de ser democrático, porque o universo dos elegíveis é restrito ou que, para os eleger, nem todos os juízes possam votar. Isso, absolutamente, em nada desvirtua a natureza democrática do Judiciário,* ***que se funda noutras conexões normativas****"* (sem grifos no original). Nós diríamos que também não se realiza do mesmo modo na Administração Pública. É preciso no mínimo cautela com o uso da palavra "democracia", sobretudo em âmbitos que são, em princípio, estranhos à disputa pelo poder (mas não ao poder mesmo).

próprias decisões.

A baixa qualidade das decisões administrativas e a ineficiência crônica do aparato estatal brasileiro, que não consegue transformar seus abundantes recursos (da ordem de 37% do Produto Interno Bruto) em bons resultados, têm muito a ver com esse estilo – por assim dizer – fechado a influências exteriores de qualquer espécie. A complexidade social não foi reconhecida ainda pela ordem administrativa, presa a modelos institucionais centralizadores e a padrões de legitimidade exclusivamente técnicos (daí a valorização, a nosso ver exagerada, do concurso público na seleção de servidores) ou exclusivamente políticos (que se traduzem no personalismo dos servidores ocupantes de cargos de confiança, sobretudo no alto escalão, e na indiferença ou repúdio aberto à divergência).

A Administração, seja pelos quadros recrutados por concurso, seja pelos dirigentes nomeados segundo critérios políticos, julga-se a única organização capaz de identificar, no emaranhado de sujeitos, normas e interesses que envolvem o Estado, o “verdadeiro” interesse público. A nosso ver, a razão para essa monstruosa soberba administrativa seria a crença ou numa delegação imediata do poder político (que prescindiria, no limite, da mediação da lei e do devido processo), ou numa unção dos vitoriosos na disputa intelectual por um cargo público (que dispensaria qualquer legitimação adicional na “pura” aplicação da lei).

Nesse contexto, parece óbvio que o processo administrativo tende a se desvalorizar. No primeiro caso, a administração se reduz à política e o processo administrativo constitui, na melhor das hipóteses, um instrumento para a realização de fins meramente políticos, que podem ou não ser compatíveis com o direito. No

segundo, a política desaparece da administração, e o processo administrativo seria, na melhor das hipóteses, apenas um meio técnico a serviço da racionalização da atividade estatal. A pior das hipóteses (que, infelizmente, é a mais plausível) seria em ambos os casos ainda mais catastrófica, por limitar o processo administrativo a uma formalidade vazia e desprezível, que se cumpre, quando se cumpre, apenas para impedir que uma impugnação posterior obste a realização das verdadeiras, quase sempre ocultas e muitas vezes antijurídicas finalidades *realmente* perseguidas pelos agentes públicos[21].

Trata-se de um problema que se torna mais agudo conforme a Administração

21 Que finalidades são essas? Como operam, de fato, os agentes públicos na produção de "bens coletivos"? Há várias possibilidades de explicação. A teoria da escolha pública e suas variantes propõem um modelo de análise do comportamento dos agentes no processo político – em sentido amplo, que inclui a Administração – segundo o qual sempre se busca a maximização de alguma utilidade, em resposta aos incentivos existentes. De modo muito geral, essa utilidade consiste: no poder político, para os legisladores e grupos políticos ligados ao Poder Executivo; na segurança, crescimento e reprodução para os servidores públicos (burocracias não eleitas); nos lucros, para os setores regulados (prestadores de serviços públicos, bancos, mineradoras, petroleiras etc.) ou que dependam economicamente da atividade estatal (fornecedores, empreiteiras, complexo industrial-militar); numa "renda" para outros grupos que se relacionam com o governo. Pressuposta a racionalidade dos agentes (ou seja, *grosso modo*, presumindo-se que eles tendem a adotar, em cada situação, de acordo com o conhecimento disponível e atual, os meios mais adequados aos fins), tem-se um modelo explicativo menos ingênuo do que a sabedoria convencional (e, só por isso, melhor, ainda que não seja *o* melhor). No Brasil a "sabedoria convencional" assume foros de verdade absoluta e incontestável: servidores altruístas e tecnicamente capazes, imbuídos de invulgar espírito cívico e benevolência, sob controles estritamente burocráticos (acesso aos cargos mediante concursos; estruturação dos cargos em carreira; ascensão profissional por antigüidade e merecimento estritamente regulados; estabilidade e perda do cargo somente pela prática de infração disciplinar apurada em processo administrativo, ou condenação penal transitada em julgado), executariam as leis e regulamentos elaborados por agentes políticos igualmente comprometidos apenas com os interesses superiores da coletividade porque eleitos segundo um processo democrático em que os eleitores teriam presente, do mesmo modo, apenas os interesses de todos e as melhores propostas. Curioso: os gritantes desvios verificados empiricamente em relação a esse modelo não são vistos como prova de sua inadequação à realidade, mas como testemunho eloqüente de um desvio moral profundo dos agentes (e, *as the argument goes*, uma deformação do próprio povo, caso o agente tenha sido eleito, normalmente imputada à "ignorância" ou à "falta de cidadania" de nosso eleitorado – o que beira a ofensa). Esse desvio, que se reputa individual, que deve ser corrigido, se possível, sob vara de marmelo, em operações da Polícia Federal (para os que não têm a escusa da "ignorância"), ou mediante uma vaga e altamente ideologizada "educação para a cidadnia" (para os que "foram mantidos na ignorância por nossos políticos"). Parece uma piada: se minha teoria propõe que o Sol gira em torno da Terra e os fatos dizem que é a Terra que gira em torno do Sol, então o problema obviamente está no Sol e na Terra, não na minha teoria. Para uma introdução, em português, à escolha pública, ver Jorge Vianna MONTEIRO. **Como funciona o governo: escolhas públicas na democracia participativa**; e William C. MITCHELL e Randy T. SIMMONS. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**.

assume, por força de lei ou das circunstâncias, papéis cada vez mais relevantes na vida social e econômica. Por isso, em reforço da necessidade fática e jurídica que acabamos de ver, outra dimensão substancial do processo, em sentido estrito, se soma na justificação do devido processo legal adjetivo. Trata-se da relação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, que vamos examinar brevemente em seguida.

1.2. A proteção de direitos substantivos mediante o processo administrativo e o direito fundamental à organização e ao procedimento

A relação entre direitos fundamentais e processo administrativo se dá igualmente em outro nível. É comum afirmar que o processo se destina à proteção de direitos substanciais e, por maioria de razão, dos direitos fundamentais. Por isso, seria possível adscrever direitos fundamentais à organização e ao procedimento a toda norma de direito fundamental. Na medida em que os direitos fundamentais teriam uma dimensão procedimental cuja finalidade seria a de proporcionar sua plena realização e, em caso de violação, seu asseguramento, pode-se argumentar pela existência de um direito mais geral à efetiva tutela jurídica que incluiria os direitos processuais normalmente refridos à cláusula do devido processo legal.

Essas idéias são de certo modo triviais e precisam ser refinadas. Primeiro, quando referido a direitos fundamentais, o conceito de procedimento deve ser compreendido num sentido amplo, para incluir as normas de organização, como as que instituem competências (em sentido amplíssimo, também as “competências” de direito privado: capacidade de testar, de celebrar contratos, de constituir família etc.), criam órgãos, dispõem sobre a forma de investidura de seus agentes, regulam seu

funcionamento interno e garantem a participação dos interessados nos procedimentos decisórios. Assim se pode dizer que o procedimento, na perspectiva dos direitos fundamentais, é um sistema de regras e/ ou princípios que visam à obtenção de um determinado resultado[22]. Segundo, os direitos procedimentais, adscritos a direitos fundamentais materiais, têm uma dupla face: (a) o direito à criação, pelo legislador, de normas procedimentais; (b) o direito a uma determinada interpretação e aplicação concreta das normas procedimentais, pela Administração, pelo Poder Legislativo, por juízes e tribunais[23].

As várias posições jurídicas, relacionais (em sentido estrito) ou não, abrangidas por esse conceito amplo de procedimento têm uma clara perspectiva de defesa, na medida em que se pode, com alguma tranqüilidade, situá-los no âmbito de direitos a ações negativas do Estado, ou seja, direitos à "não eliminação" de posições jurídicas correspondentes a determinada organização e procedimento. Exemplo claro, na Constituição brasileira, é a norma do CF 5º, XXXVIII, sobre o Tribunal do Júri. Pode-se ver ali um direito a que a União – que tem competência legislativa em matéria processual penal – não elimine o julgamento pelos pares, para os crimes dolosos contra a vida, com as características de plenitude de defesa, sigilo das votações e soberania dos veredictos.

Entretanto, o caso do júri revela também as limitações dessa abordagem dos direitos procedimentais como direitos de defesa. Não se pode excluir, no CF 5º, XXXVIII, um direito a prestações estatais normativas, consistentes no

22 Robert ALEXY. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 457. J.J. Gomes CANOTILHO. **Escritos sobre direitos fundamentais**, p. 75.

23 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece há quase três décadas um direito fundamental procedimental – adscrito ao direito fundamental de participação política (cidadania ativa) – também no âmbito do processo legislativo, cujos titulares seriam os parlamentares, passível de tutela jurisdicional pela via do mandado de segurança.

estabelecimento de uma forma de organização do Tribunal do Júri e de regras processuais em sentido estrito que, na linguagem do texto constitucional, "assegurem" a realização das características tidas por indispensáveis num julgamento pelos pares. Tampouco seria razoável negar a possibilidade de pelo menos um dever não relacional que teria por objeto prestações materiais. Pense-se na construção de prédios adequados ao funcionamento do tribunal popular numa determinada comarca que não tenha instalações condignas para o júri.

Ao mesmo tempo, o Tribunal do Júri contempla uma perspectiva relacionada ao que se chama de "status ativo", termo emprestado da teoria dos direitos públicos subjetivos de Georg Jellinek que tem sido usado, com freqüência, na discussão sobre direitos à organização e procedimento[24]. Pode-se divisar na instituição do júri – que é um tribunal composto por cidadãos comuns, de longa tradição no Brasil[25] – manifestação perfeita do *status activus*, concebido como um direito geral de participação no procedimento da decisão de competência dos poderes públicos[26].

Assim também o devido processo administrativo, além de ser meio de proteção de direitos substantivos (*status negativus*), tem uma perspectiva prestacional (*status positivus*): um direito fundamental procedimental em relação ao Estado, no que concerne à atividade administrativa, que se desdobra no direito à definição (legislativa e/ ou regulamentar) de regras de procedimento em sentido amplo, no direito à interpretação (judicial e administrativa) dessas regras e, no limite,

24 Ver, em português, sobre a teoria dos *status* de Jellinek, Ingo Wolfgang SARLET. **A eficácia dos direitos fundamentais**, pp. 160-164. Ver também, em castelhano, Georg JELLINEK. **Teoría general del Estado**, pp. 378-394.

25 A Constituição de 1824, no art. 151, dispunha: "o Poder Judicial é independente, e será composto de Juízes e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem". No artigo seguinte, prescrevia: "os Jurados se pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a lei".

26 Peter HÄBERLE. "Grundrechte im Leistungsstaat". in: *VVDStRL* 30 (1972), pp. 81 e ss, *apud* J.J. Gomes CANOTILHO. **Escritos sobre direitos fundamentais**, p. 73.

no direito a prestações materiais indispensáveis para assegurar a operatividade do procedimento.

A essa perspectiva se agrega, sem dúvida, a participação na formação da vontade estatal mediante o procedimento (*status activus*), o que se assegura de diversos modos, desde a posição fraca da possibilidade de manifestação numa audiência pública até a competência decisória compartilhada (num órgão colegiado, por exemplo), passando pelas formas intermediárias do contraditório e da ampla defesa nos procedimentos ablativos (por exemplo, o processo de extinção de atos administrativos ampliativos) e sancionatórios (por exemplo, o processo administrativo disciplinar) [27].

Mas a maior importância do processo administrativo, como se ressaltou, é a de proporcionar efetiva tutela jurídica aos direitos fundamentais materiais. Esse costuma ser o sentido em que processo e direito material se relacionam de modo mais intenso. A adoção de um caminho prefixado – e especialmente concebido para determinados fins – tende a melhorar as chances de que um resultado adequado seja atingido. Por isso, afirma Canotilho:

> *"a justa conformação do procedimento, no âmbito dos direitos fundamentais, permite, pelo menos, a presunção de que o resultado obtido através da observância do* iter procedimental *é, com razoável probabilidade e em medida suficiente, adequado*

27 Sem deixar de reconhecer a importância do *status activus* – "um ponto de partida irrenunciável para apreender as posições de direito procedimental e organizativo" –, Alexy introduz algumas diferenciações que o levam a localizar esses direitos no *status positivus*. As idéias centrais são a de que os direitos procedimentais não seriam propriamete competências, mas "direitos a competências", e a de que nem todas as competências, que podem ser objeto desses direitos, referem-se à formação da vontade do Estado (por exemplo, as competências do direito privado). Robert ALEXY. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 467.

aos direitos fundamentais"[28].

Apesar de as regras procedimentais não *garantirem* a correção do resultado, por haver "pautas de correção independentes do procedimento", nas palavras de Alexy, suas existência (plano legislativo ou regulamentar) e efetiva observância (plano administrativo e judicial) melhoram a probabilidade de que o resultado seja "adequado aos direitos fundamentais". Desse modo, os princípios definidores de direitos fundamentais impõem *prima facie* a adoção, interpretação e aplicação de normas procedimentais.

2. Devido processo legal no direito administrativo brasileiro: a justificação racional da atividade administrativa

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LIV, fez mais do que sintetizar as garantias processuais genéricas aplicáveis aos processos civil, penal e administrativo, e menos do que formular uma cláusula genérica de proteção de âmbitos de liberdade não compreendidos de modo expresso no catálogo de direitos fundamentais. Não se trata apenas do devido processo em sentido estrito, mas também não se chega a uma fórmula "open-ended", sem limites definidos, como o *due process of law* do direito americano.

Que a função da cláusula do devido processo legal não pode ser apenas a de reforço de outros direitos processuais se percebe na leitura do extenso catálogo da Constituição de 1988: nada – ou quase nada – do que se pode considerar um

28 J.J. Gomes CANOTILHO. **Escritos sobre direitos fundamentais**, p. 75.

"processo justo" foi excluído do sistema de direitos fundamentais. Onde faltava texto, tratou-se de criá-lo. Por exemplo, a Emenda Constitucional 45/2004 acrescentou o direito fundamental à "razoável duração" dos processos, no âmbito judicial e administrativo[29], o que contribuiu para quiçá eliminar de vez uma das possíveis funções do devido processo legal como reserva de justiça do modo de ser da atividade estatal (fundamentar de modo autônomo um direito processual não previsto no catálogo).

É claro que se pode, mediante a técnica da adscrição[30] e a aplicação conjunta do CF 5º, LIV, com o CF 5º, § 2º, expandir ainda mais o catálogo de direitos e garantias processuais. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal estendeu o privilégio contra a auto-incriminação a toda espécie de procedimentos, não importando o órgão, a finalidade nem a posição jurídica da pessoa em questão (preso, acusado, investigado, testemunha etc.); reconheceu que há um direito à ordem processual das manifestações da acusação e da defesa no processo penal; fundamentou um direito constitucional ao recurso nos processos administrativos; acolheu a doutrina americana dos "frutos da árvore venenosa" (*fruits of the poisonous tree*), ou das provas ilícitas por derivação; considerou imprescindível a presença do acusado preso a todos os atos processuais, mesmo quando recolhido a estabelecimento penal fora do distrito da culpa.

Se essa fosse, porém, a única função do devido processo legal, então seu âmbito de incidência seria muito restrito e, de certo modo, incompatível com a leitura que o próprio Supremo tem feito da cláusula. Não teria quase nenhuma utilidade e a

29 Ver a respeito do tema Silvio Luís Ferreira da ROCHA. "Duração razoável dos processos judiciais e administrativos". in: *Interesse Público*, 39/73-80, set./out. 2006.
30 Robert ALEXY. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 66-73.

custo justificaria sua presença ostensiva no texto constitucional. Atente-se para a circunstância de que, nos exemplos de aplicação da cláusula de extensão do CF 5º, § 2º, referidos acima, todos os "novos" direitos fundamentais poderiam ter sido adscritos a normas de garantias processuais específicas em combinação com o CF 5º, § 2º, *sem* o recurso à cláusula mais geral de síntese representada pelo devido processo legal.

Além disso, a norma do CF 5º, LIV, como vimos no capítulo anterior, foi usada para declarar a inconstitucionalidade de atos legislativos que: tenham "endereço certo", ou seja, discriminem beneficiários e prejudicados de modo individualizado (leis individuais), ainda que o façam sob a aparência de generalidade; tornem inviável temporariamente, sem proibir, o exercício de atividade econômica lícita; concedam vantagens pecuniárias a servidores públicos sem "causa" (relação de adequação entre o motivo legal, o conteúdo da lei e a finalidade da vantagem); fixem prazo exíguo – e diverso do ordinário – para pleitear em juízo a anulação de determinada classe de atos administrativos. Com exceção do último, esses casos não seriam facilmente descritos como um reconhecimento, fundado na cláusula do devido processo legal, de direitos ou garantias processuais.

Dissemos que do núcleo conceitual da "interdição da arbitrariedade", que identificamos na cláusula do devido processo legal, resulta que a norma do CF 5º, LIV, prescreve uma exigência concreta de justificação das decisões estatais que afetem, de qualquer modo, a "liberdade" e os "bens" dos brasileiros e residentes no Brasil[31]. Isso, que vimos repetindo ao longo do trabalho, ainda pouco esclarece: se a

31 É o âmbito pessoal de aplicação dos direitos fundamentais na dicção constitucional. Entretanto, a universalidade da "dignidade da pessoa humana" (CF 1º, III) estende aos estrangeiros *não* residentes a proteção jusfundamental que esteja conectada com esse princípio central da ordem jurídica nacional, fundamento da República Federativa do Brasil, o que inclui boa parte do

justificação exigida não tiver algumas propriedades – que vão além da mera enunciação formal de razões em apoio da decisão –, o devido processo legal será um tigre de papel na contenção do poder estatal. Que atributos são esses? O atributo fundamental é o da racionalidade: a justificação tem de ser *racional*, deve apoiar-se em razões ordenadas segundo a razão. Implicada nessa observação está a possibilidade, ainda que limitada a um certo universo do discurso (por exemplo, o universo do discurso jurídico, em que as "premissas últimas" estão dadas por uma autoridade socialmente reconhecida), de uma razão prática[32].

A racionalidade, nesse sentido, refere-se à dimensão material do devido processo legal: por força dessa norma, o ordenamento jurídico aceita somente justificações racionais ou, o que dá no mesmo, rejeita todas as decisões que não possam ser justificadas mediante um procedimento que assegure a racionalidade do resultado. Mas essa dimensão não é suficiente: deve-se acrescentar uma componente processual, em sentido estrito, à justificação. Assim, de acordo com a cláusula do devido processo legal, uma seqüência de atos adequada à finalidade específica (que é sempre a produção de um ato de determinado conteúdo ou a realização de uma operação material), na qual se assegure participação efetiva dos interessados e que abra a possibilidade ou aumente a probabilidade de uma justificação "racional", constitui pressuposto de validade (e, portanto, elemento da justificação mesma) de todos os atos estatais.

Há, como visto, uma relação estreita entre as dimensões procedimental e material do devido processo legal. As decisões que não tenham sido produto de um

catálogo.

32 Robert ALEXY. "Sistema jurídico y razón práctica". in: Robert ALEXY. **El concepto y la validez del derecho**. p.175. Ver também sobre o assunto: R.M. (Richard Mervyn) HARE. **A linguagem da moral**, especialmente o capítulo 1; Joseph RAZ. **Practical reason and norms**, pp. 9-13.

devido processo legal, no sentido de um itinerário de atos previsto no ordenamento jurídico, são consideradas injustificadas. Essa também é a conseqüência jurídica dos atos que, embora resultantes de uma sucessão de outros atos juridicamente adequada, não obedeceram ao devido processo legal no sentido de um processo de argumentação, cognição e volição que garanta a racionalidade da aplicação do direito.

É preciso, contudo, fazer uma distinção. As decisões que tenham obedecido ao devido processo legal procedimental não são, apenas por isso, juridicamente corretas (justificadas). Há critérios de correção das decisões jurídicas independentes do procedimento em sentido estrito. Esses critérios materiais referem-se precisamente à correção da relação entre elementos fáticos e normativos no processo de justificação. O procedimento exigido pelo devido processo legal adjetivo ou formal é apenas *uma parte* da justificação, de modo algum suficiente para garantir a correção do resultado.

Pode-se afirmar, no entanto, que o processo mediante o qual o aplicador do direito relaciona os elementos fáticos e normativos relevantes para a válida produção do ato (devido processo “substantivo”) pressupõe e determina, em certo sentido, o tipo de procedimento (devido processo “adjetivo”), e é por ele condicionado. A racionalidade das decisões estatais depende da adequação dos processos intelectuais de cognição, volição e argumentação; essa adequação, por sua vez, depende de se adotar um “caminho”, um *fieri*, um procedimento, enfim, adequado para se chegar ao “resultado”, ao *factum*.

A relação entre as dimensões, nessa forma preliminar de apresentação, pode

parecer ainda um pouco obscura. É certo que ficará mais clara à medida que o conteúdo específico do devido processo legal como exigência de justificação (ou proibição da arbitrariedade) for desenvolvido. Para isso, devemos começar pelo elemento central e peça chave de todo o processo de justificação: a motivação dos atos administrativos.

2.1. A motivação do ato administrativo como sede do devido processo legal em sentido material (ou do processo de justificação)

A pedra de toque do processo de justificação dos atos administrativos é a motivação. A razão para isso está em que na motivação temos a enunciação: (a) dos pressupostos de fato e de direito considerados na decisão; (b) do modo como esses elementos se relacionaram para chegar à decisão (conteúdo do ato administrativo). A motivação pode não corresponder aos processos internos de formação da vontade do agente – a divergência, se provada, pode constituir uma espécie de desvio de poder –, mas de modo geral consistirá na formulação lingüística, em forma argumentativa, das razões fáticas e normativas empregadas nos processos cognitivos e volitivos que conduziram à decisão (no sentido de "conteúdo" do ato administrativo, parte dispositiva, prescrição, mandamento ou juízo concreto de dever ser)[33]. Logo, a motivação é a sede da justificação, o lugar específico que esta ocupa na estrutura do ato administrativo.

Ao contrário do que ocorre no direito privado, em que as razões não têm em princípio relevância jurídica – mesmo quando enunciadas –, no direito administrativo

33 Ver, por todos, Antônio Carlos de Araújo CINTRA. **Motivo e motivação do ato administrativo**, pp. 105-131. Trata-se – sem nenhum favor – da melhor monografia brasileira sobre o assunto. Absolutamente imprescindível.

elas são juridicamente relevantes e, por isso, devem ter consistência externa apreciável, na linha do que dizia Renato Alessi[34]. A relevância das razões, que obriga a Administração a enunciá-las numa motivação, decorre de vários fatores dispostos no ordenamento jurídico. A doutrina refere com muita freqüência a previsão normativa de controle dos atos administrativos (controle de mérito e de legalidade), que seria impossível sem a motivação[35]. Por isso, tende a atribuir-lhe um valor instrumental[36].

Mas a motivação tem um valor substantivo, a par de seu inegável e importante caráter instrumental. Ela constitui a primeira – e mais importante – barreira à arbitrariedade estatal. O dever de justificação dos atos administrativos, conteúdo específico do devido processo legal em sentido material, implica a motivação e quase se poderia dizer que com ela se confunde em certo sentido. A exclusão inicial do campo dos atos "justificados" incide sobre os que não têm nenhuma motivação:

> *"a motivação começa, pois, por marcar a diferença entre o discricionário e o arbitrário, porque se não há motivação que a sustente, o único apoio da decisão será a só vontade de quem a*

34 Renato ALESSI. **Sistema di diritto amministrativo italiano**, p. 281 e ss.

35 A função política de legitimação das decisões, cumprida pela motivação, também aparece na doutrina processual e administrativa mais moderna como fundamento do dever de motivar. De acordo com essa tese, os juízes (e, por extensão, em menor grau, a Administração) não têm a legitimidade democrática direta dos legisladores eleitos; logo, devem buscar a legitimação de seus atos pela estrita adesão ao direito (resultado do processo político democrático dirigido pela Constituição) como fundamento decisório. Esse tipo de legitimidade (material) não prescinde da indicação das razões de decidir, ou seja, da motivação. Em menor número parecem ser os que ingenuamente crêem na possibilidade de alguma motivação – por mais perfeita que seja – "convencer" de seu acerto o interessado que teve a pretensão denegada. A parte não sairá normalmente "convencida", mas "vencida", de uma contenda judicial ou administrativa.

36 Esse é o argumento tradicional no Brasil e no exterior. No direito brasileiro usa-se também um argumento fundado na invocação do CF 93, X, segundo o qual as decisões administrativas dos tribunais serão sempre motivadas. Daí se conclui que todas as decisões administrativas devem ter a mesma sorte, pois não faria sentido os tribunais, quando exercem função administrativa, estarem sujeitos a requisitos mais duros do que os órgãos do Poder Executivo ou do Legislativo no exercício das mesmas funções.

> *adota, apoio insuficiente, como é óbvio, num Estado de Direito, no qual não há margem, por princípio, para o poder puramente pessoal"*[37].

Atos administrativos imotivados, por definição, são injustificados, arbitrários e violam o *due process of law*. Num caso importante e relegado ao esquecimento, o Supremo Tribunal Federal examinou a questão com bastante cuidado e precisão. Para que se tenha uma idéia da relevância do caso para o direito brasileiro, havia no processo a opinião, expressa em pareceres, de juristas de primeiro time na época (e que certamente estão entre os maiores do século passado): Seabra Fagundes, Francisco Campos, Pontes de Miranda e Aliomar Baleeiro. O relator era o ministro Vitor Nunes Leal. A decisão foi clara ao anular, por ilegalidade, ato administrativo imotivado de órgão do Poder Judiciário[38].

Tratava-se de um recurso em mandado de segurança contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que havia denegado ordem pedida por Glaci Maria Costi para anular a revisão, operada pelo Conselho Superior da Magistratura daquele Estado, da classificação dos candidatos em concurso público para oficial do Registro de Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre. Em razão do ato administrativo do Conselho, que se pretendia invalidar, a impetrante, classificada isoladamente em primeiro lugar por decisão da Comissão Examinadora do concurso, passou a dividir o posto com outros dois candidatos. O pedido de anulação se baseava em dois pressupostos: a incompetência do Conselho Superior da Magistratura, nos termos do Código de Organização Judiciária do Rio Grande do

37 Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. **De la arbitrariedad de la Administración**, p. 82.
38 RMS 11.792/RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Vitor Nunes Leal, julgado em 16 de outubro de 1963, RDA 80/ 128-149, abril-junho de 1965.

Sul, para rever *ex novo* o resultado do concurso após a identificação dos candidatos; e a falta de motivação.

No parecer de Pontes de Miranda, "só não se fundamenta a deliberação que é de puro arbítrio"[39]. Na opinião de Seabra Fagundes, inspirada seguramente pela doutrina italiana, afirmou-se que "entre os atos que, por sua natureza, exigem motivação, se encontram os decisórios, isto é, aqueles que, exprimindo um julgamento por parte do administrador, revestem caráter quase jurisdicional"[40]. Francisco Campos observou que "as mesmas razões que levam a lei a exigir que a sentença seja fundamentada prevalecem no que tange às decisões administrativas de caráter jurisdicional". A voz destoante foi a de Baleeiro, que – por uma dessas ironias da história – na década seguinte seria, então como ministro do STF, um dos mais importantes defensores do dever de motivação dos atos administrativos.

Durante os debates, o ministro Vitor Nunes Leal, relator, lembrou o caráter instrumental da motivação: "no exercício de sua competência, limitada ou não, o Conselho Superior da Magistratura tinha o dever de motivar sua decisão, para permitir o reexame contencioso, pelo poder judiciário, nos termos do art. 141, § 4º [da Constituição]". Depois de anotar que "ninguém ficou sabendo [...] que razões motivaram a decisão" e que "esse total sigilo é o pecado mortal do julgamento", foi interpelado pelo ministro Hermes Lima, que indagou: "[o]nde está o dispositivo de lei que obriga o Conselho a justificar sua revisão? Onde está o dispositivo de lei que obriga o Conselho a justificar, publicamente, a modificação [na classificação dos candidatos] que fizer?". A resposta imediata de Vitor Nunes foi (sem grifos no

39 RDA 80, p. 134.
40 Idem, p. 133.

original): “[a] **motivação é o que nos permite distinguir o arbítrio do julgamento**. A lei não concedeu arbítrio: concedeu competência para julgar [as provas do concurso]. Quem julga deve motivar suas decisões, ainda que fosse, no caso, ao menos, pela atribuição de nota às provas”[41].

Em passagem que viria a ser citada por muitos anos no Supremo, hoje coberta pela pátina do tempo, o ministro Luís Gallotti fez uma afirmação ousada (e que se provaria, em outros casos, incorreta): “[o] tribunal já tem o seu critério, assentado e pacífico, sobre decisões não motivadas. Decisões não motivadas anulam-se. Nunca vi, neste Tribunal, prevalecer outro critério, que não este”[42]. Na década de 1970, durante o regime militar, o Supremo realmente anulou vários atos administrativos somente por falta de motivação, especialmente deliberações de órgãos de intervenção no domínio econômico[43]. Ainda havia, contudo, ora latente, ora vitoriosa, uma tendência na corte a considerar que atos discricionários dispensavam, salvo expressa previsão legal em contrário, a motivação.

A possibilidade de convalidação dos atos vinculados imotivados poderia ser um argumento contrário à identificação um tanto radical entre ato imotivado e ato arbitrário. A convalidação, no entanto, é um meio de reposição da ordem jurídica violada[44]. Logo, pressupõe uma anterior violação do direito, que consiste na arbitrariedade intrínseca de uma manifestação estatal desprovida de razões articuladas em motivação formalizada, mesmo que tenha sobras de razões no plano dos fatos, dos textos normativos (interpretados segundo os métodos da hermenêutica jurídica), da doutrina, da jurisprudência etc.. Convém lembrar, em todo

41 RDA 80, p. 143.
42 RDA 80, p. 147.
43 Ver um dos *leading cases*. RE 69.486, Tribunal Pleno, rel. Min. Thompson Flores, RTJ 58/585.
44 Weida ZANCANER, **Da invalidação e da convalidação dos atos administrativos**, pp. 55-56

caso, que a impugnação do interessado – ou de terceiros legitimados – bloqueia em regra o dever administrativo de convalidação e o transmuda em dever de invalidar, o que tem conseqüências jurídicas bastante sensíveis: enquanto a convalidação preserva os efeitos do ato inválido, a invalidação, em princípio, desfaz no plano jurídico esses mesmos efeitos[45].

O texto constitucional não mencionou de modo expresso a motivação como princípio da Administração Pública (CF 37), embora tenha disposto que as decisões administrativas dos tribunais serão sempre motivadas (CF 93, X). Pode-se argumentar, como faz a maioria da doutrina, que esse texto, interpretado extensivamente, é o fundamento constitucional de um dever geral de motivar. Ocorre que a interpretação extensiva do CF 93, X, justifica-se na exata medida em que se possa formular uma norma mais geral (implícita) com o seguinte conteúdo: todas as decisões administrativas devem ser motivadas.

Se não houvesse uma tal norma, seria possível argumentar que o CF 93, X, configura na verdade exceção ao regime geral dos atos administrativos, que deveriam ser motivados somente no caso de a lei assim exigir[46]. Essa, aliás, é uma posição consistente com a experiência de outros sistemas jurídicos que não têm previsão constitucional expressa de um dever de motivar. Por isso, está longe de ser absurda[47]. Agora, a norma implícita que catapulta a motivação para o plano

45 Há uma exceção: os atos meramente declaratórios, como a concessão de aposentadoria a servidor que completou 70 anos ou a vacância em razão de posse em outro cargo público inacumulável (art. 33, VIII, da Lei 8.112/90), atos que se limitam à constatação de uma situação de fato puramente objetiva e cujo termo inicial de eficácia se acha perfeitamente delimitado. Nesse caso, não haverá diferença eficacial entre convalidação e invalidação com a subseqüente produção de novo ato.

46 Argumento que eventualmente se fortaleceria com a redação do art. 50 da Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), que dá a impressão de limitar aos casos nele previstos o dever de motivar.

47 Para um estudo comparativo no direito europeu, ver Roberto SCARCIGLIA. **La motivazione dell'atto amministrativo**, pp. 53-162. Aliás, na Itália e na França a jurisprudência sempre negou a

constitucional pode apoiar-se tranqüilamente na cláusula do devido processo legal em sentido material (CF 5º, LIV) para os atos que afetam de algum modo a "liberdade" e os "bens", ou seja, possivelmente todos os atos de algum interesse para o controle jurisdicional[48].

A motivação exigida pelo devido processo legal não é qualquer motivação. Nas palavras de García de Enterría, "a exigência de razões [...] não se esgota, como é evidente, no puro plano formal da motivação"[49]. Essa cláusula estabelece *o que* e *como* se deve motivar, impondo, assim, requisitos materiais e formais à validade da enunciação das razões administrativas. Os pressupostos substanciais da motivação válida dizem respeito a sua capacidade de fundamentar o juízo concreto de dever ser como expressão de uma vontade racional. As exigências de forma prendem-se, no interesse dos controles interno e externo, à compreensão pelos destinatários (o interessado na produção do ato, o controlador da legalidade e, no limite, a opinião pública).

Fala-se, a propósito dos requisitos da motivação, em suficiência, clareza e congruência. Diz-se que a motivação é suficiente quando contém "todos os elementos idôneos a justificar a edição do ato administrativo a que se referem seja no plano da legalidade, seja – tratando-se de ato discricionário, no plano da

existência de um dever constitucional e geral de motivação dos atos administrativos – o que, na experiência francesa, às vezes se designa com a expressão *pas de motivation sans texte*. Na Itália, operando na base da análise de casos, os tribunais administrativos formularam algumas regras que, na prática, incluíam todos os casos relevantes (inclusive os "atos discricionários") no dever de motivação. A lei 241/1990 sistematizou a matéria no direito italiano.

48 É muito difícil pensar num ato administrativo que não prive alguém – ainda que seja somente o próprio Estado – de algum "bem", no sentido de "utilidade" material ou imaterial cuja fruição tenha sido normativamente autorizada ao titular. Por isso, talvez seja excessiva cautela teórica não afirmar que o devido processo legal fundamenta o dever de motivar *em todos os casos*.

49 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. **Curso de Derecho Administrativo.** v. 1, p. 487.

conveniência e oportunidade"[50]. Isso inclui a indicação das "premissas de direito e de fato em que se apóia o ato motivado, com a menção das normas legais aplicadas, sua interpretação e, eventualmente, a razão da não aplicação de outras". No que concerne aos fatos, a motivação deve conter "a avaliação das provas examinadas pelo agente público" e, para além disso, deve justificar por que "admitiu tais provas e não admitiu outras, nas hipóteses em que isto seja cabível"[51]. A justificação das "regras de inferência através das quais passou das premissas à conclusão" também faz parte de uma motivação suficiente[52].

Para os atos discricionários, a motivação suficiente é a que escolhe, "demonstrando, assim, que realmente apreciou as questões de conveniência e oportunidade que a lei lhe confiou"[53]. Na suficiência também se acha a precisão, "que importa em levar em conta as peculiaridades e circunstâncias do caso concreto, não se contentando com afirmações vagas e genéricas"[54]. Ou, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, não basta "a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato"[55]. A clareza pressupõe a inteligibilidade, e a congruência diz respeito a sua adequação lógica (não contraditoriedade).

A lei federal de processo administrativo exige motivação "explícita, clara e congruente", de modo que não mais se admite, como pareceu ao Supremo Tribunal Federal pela voz do ministro Aliomar Baleeiro em certa ocasião, que "o importante

50 Antônio Carlos de Araújo CINTRA. **Motivo e motivação do ato administrativo**, p. 126.
51 Idem, p. 127.
52 Idem, pp. 127-8.
53 Idem, p. 128.
54 Idem, ibidem.
55 MS 9.444-DF, 1ª Seção, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 13/06/2005.

[...] é que exista de fato um motivo eficaz e suficiente, ainda que ele não seja manifestado, de começo, no ato"[56]. A regra básica da motivação, como viria o próprio Supremo a reconhecer em voto do ministro Rafael Mayer que liderou a maioria num caso de aplicação da Lei da Anistia (Lei 6.683/79) a magistrado aposentado compulsoriamente com base no Ato Institucional 5, de 13 de dezembro de 1968, é a de que "se a lei põe motivos como vinculantes do ato, a autoridade que o pratica está não somente sujeita à verificação de sua existência, [mas também] a [...] explicitá-los"[57].

Entretanto, cumpre advertir que o dever de motivar tem a estrutura de princípio: seu conteúdo de dever ser prescreve que a justificação, articulada lingüisticamente, se realize na maior medida possível, tendo em vista as circunstâncias fáticas e jurídicas. Não se trata de um dever definitivo, que incide em igual medida sobre toda a atividade administrativa. Apesar de os atos imotivados serem arbitrários em todo caso (mas não terem sempre como conseqüência a invalidação), a deficiência da motivação é um vício relativo, que não será o mesmo para um ato mais vinculado ou para um ato que resulta em maior medida do exercício de competências discricionárias.

Alguns critérios podem ser definidos para fixar, nos casos concretos, a medida da realização do princípio de motivação. Por exemplo, o grau de liberdade administrativa em abstrato, a intensidade da afetação de um direito pela decisão administrativa, ou o caráter de fundamentalidade da posição jurídica restringida, podem sob determinadas circunstâncias impor motivação mais precisa e exaustiva.

56 MS 20.012/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJU de 11/04/1975.
57 MS 20.274-2/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Rafael Mayer, DJU de 13/08/1982.

Ao contrário, a ausência quase total de liberdade, como se dá na concessão de aposentadoria por idade a servidor que completa 70 anos, tende a reduzir a exigência de motivação.

Esses critérios básicos, sobre os quais hoje não há muita controvérsia no Brasil, são precisamente o oposto do que se afirmava na doutrina tradicional[58] e na jurisprudência. Há quarenta anos, por exemplo, e depois do caso do concurso para o ofício registral imobiliário de Porto Alegre, o Supremo Tribunal Federal, pelo ministro Themístocles Brandão Cavalcanti, afirmava que "a livre apreciação exclui a motivação das razões do ato", bastando, então, que "a autoridade declare em que texto de lei fundou seu ato"[59]. O ministro Themístocles Cavalcanti era professor de direito administrativo e autor de várias obras – o que dá a dimensão da influência dessa visão entre nós.

Em todo caso, como afirma Tomás-Ramón Fernández, não se pode afirmar *a priori* "até onde pode chegar esse esforço de fundamentação da decisão", pois a intensidade dependerá "da natureza do assunto, das concretas circunstâncias que o rodeiem e, por óbvio, da concreta estrutura da norma que habilita ou cria o poder de atuar"[60]. Isso se deve claramente – a própria linguagem de Fernández o denuncia, mas não afirma categoricamente – ao caráter de princípio da norma (adscrita ao texto do CF 5º, LIV, ou seja, ao *due process of law*) que impõe o dever de motivação.

Nos casos em que a motivação – a formulação de enunciados sobre os

58 Ver, por todos, Hely Lopes MEIRELLES. **Direito administrativo brasileiro**, p. 130.
59 ROMS 16.807/PE, 2ª Turma, rel. Min. Themístocles Cavalcanti, DJU de 14/06/1968.
60 Tomás Ramón FERNÁNDEZ. **De la arbitrariedad de la Administración**, p. 85.

pressupostos de fato e de direito da atividade administrativa – puder ser mais concisa, ou mesmo limitar-se à reprodução mecânica dos fundamentos (art. 50, § 2º, da Lei 9.784/99), adquire importância fundamental o procedimento que a precedeu. Por isso, a motivação *per relationem*, autorizada pela legislação federal sobre o processo administrativo e reconhecida como válida na jurisprudência do STF[61], deve incorporar os fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas (encartadas nos autos do procedimento administrativo e, assim, dadas ao conhecimento do administrado), que, nesse caso, serão parte integrante do ato (art. 50, § 1º, da Lei 9.784/99). O Supremo, pelo ministro Rafael Mayer no caso do magistrado anistiado, deixou bem claro que "existente um prévio procedimento administrativo, previsto e estruturado na lei, tendente a servir de suporte e instrução à decisão da autoridade, não se há de exigir que a motivação do ato seja contextual, devendo-se buscá-la nos elementos constantes do processo". Ele ressaltou, porém, que o ato será "inválido, por não motivado correspondentemente à exigência legal, [se] não configuradas, no procedimento vinculante, quaisquer das razões [para a prática do ato]"[62].

A motivação *per relationem* imputa à autoridade competente para a decisão a justificação do ato oferecida por outros órgãos intervenientes ou participantes do processo administrativo; essa justificação, que se toma de empréstimo, é a que será valorada pelo órgão de controle da legalidade e, nessa qualidade, deverá responder de modo adequado às exigências do devido processo legal no sentido formal e material. Não pode a Administração motivar *per relationem* se o objeto ao qual se refere – um parecer, informação, decisão ou proposta – não tiver sido formalmente

61 Ver: MS 20.012/DF, rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJU de 11/04/1975 e MS 25.518/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 10/08/2006.
62 MS 20.274-2/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Rafael Mayer, DJU de 13/08/1982.

incorporado ao expediente e mais: no caso de afetar a esfera jurídica do interessado, deve estar submetido ao binômio informação/ reação, mediante a pronta e eficaz comunicação sobre esse elemento decisório, bem como o oferecimento de real oportunidade de contrapor-se às razões que expressa. Tudo isso, por óbvio, antes da decisão administrativa concreta.

2.2. O objeto da justificação: enunciados sobre elementos fáticos e normativos relevantes para a válida produção dos atos administrativos

Na motivação dos atos administrativos, que é a sede do processo de justificação, articulam-se lingüisticamente razões fáticas e jurídicas. A justificação compõe-se de enunciados lingüisticos cujo objeto são os elementos fáticos e normativos relevantes para a solução do caso. De um lado, haverá enunciados sobre a validade, o sentido e o alcance de textos normativos em que se fundamentam as normas aplicáveis (em outras palavras, normas e enunciados sobre normas); de outro, enunciados sobre fatos, situações ou circunstâncias a que se referem deonticamente as normas[63].

A justificação de um ato administrativo não é mais do que a fundamentação de um juízo concreto de dever ser. Na etapa final, a justificação tem a forma de um silogismo, em que a premissa maior consiste na *regra* aplicável ao caso, e a premissa menor, nos juízos sobre a prova dos fatos que se amoldam à hipótese normativa da regra (que, indiretamente, são juízos também sobre os fatos). Hoje não

63 Apenas uma observação importante: a linguagem dos "enunciados de fato" na maioria dos processos administrativos costuma referir-se à prova e não ao fato mesmo: a autoridade diz normalmente que "o fato *F* se acha provado conforme documentos de fls." e raramente formula um enunciado direto sobre a própria existência de um fato, como seria "dado que *F* ocorreu, então [...]". Mesmo nos casos excepcionais de enunciados diretos sobre os fatos, às vezes se encontra uma ressalva. Diz-se que "*F* ocorreu", mas "segundo o que resulta da instrução", ou "conforme se depreende do acervo probatório", e outras cláusulas de estilo que devolvem a remissão às provas.

mais se duvida de que a forma do silogismo não esgota o universo da justificação das decisões jurídicas. A determinação das premissas – fora de casos muito simples, que são de escasso interesse teórico – também deve ser objeto de um processo de justificação. Distingue-se, assim, a justificação interna (justificação do silogismo aplicativo, de acordo com as regras da lógica formal) da justificação externa (justificação da escolha das premissas maior e menor do silogismo, que não se submetem apenas a regras da lógica formal)[64].

Sem embargo da complexidade estrutural do procedimento de justificação, a aplicação do direito pode ser reduzida a três modalidades básicas: a subsunção, a ponderação e a valoração dos princípios formais. Esses modos de aplicação podem estar presentes em qualquer caso e pelo menos um deles – a subsunção – se achará em toda e qualquer situação em que se apliquem normas jurídicas. Em última análise, portanto, o que se justifica na aplicação do direito são enunciados sobre subsunção, ponderação e valoração de princípios formais. Vejamos.

Para saber se o princípio *P* tem alguma pretensão de regular o caso e se deve ser considerado na justificação externa, é preciso saber se o caso – ou alguma de suas propriedades – subsume-se à hipótese de *P*; isso, por sua vez, implica na formulação lingüística, o mais precisa possível, da hipótese de *P*, na determinação de seu âmbito de incidência, bem como na análise do caso em todos os elementos constituintes, de acordo com a prova dos autos (o que implica em outros juízos de subsunção, relacionados ao direito probatório). Temos um caso típico de subsunção que precede a ponderação.

64 A terminologia “justificação externa/ justificação interna” se deve a trabalhos de Jerzy Wroblewski na década de 1970 e se incorporou definitivamente ao repertório das teorias da argumentação jurídica. Ver, por todos, Manuel ATIENZA. **As razões do direito**, pp. 17-58.

De outro lado, a interpretação de um texto normativo que emprega conceitos jurídicos indeterminados pode demandar o sopesamento de bens, interesses e valores, a fim de justificar a escolha de um sentido ou alcance em detrimento de outro igualmente possível do ponto de vista textual – o que é uma etapa da justificação externa. Eis uma situação clara de ponderação que acompanha a subsunção. Por seu turno, os princípios formais delimitam competências, conferem poderes de modificação de esferas jurídicas, e devem ser levados em conta na justificação externa quando as normas cuja validade sustentam se acharem em conflito, pelo simples fato de que formam a ossatura da estrutura escalonada da ordem jurídica e às vezes compõem o núcleo de identidade da ordem constitucional.

Em cada um desses modos de aplicação põem-se em relacionamento elementos fáticos e normativos. Dissemos que cláusula do devido processo legal em sentido material – entendida como proibição da arbitrariedade – exige que o procedimento de justificação dos enunciados sobre a aplicação do direito assegure a racionalidade do resultado. Agora, pode-se dizer, com as palavras de Alexy, que “a elaboração de um processo que assegure a racionalidade da aplicação jurídica é objeto da teoria da argumentação jurídica”[65].

A conclusão é a de que o devido processo legal do CF 5º, LIV, vincula a uma teoria desse tipo a solução do problema da discricionariedade administrativa (que se opõe à arbitrariedade, como dois termos antagônicos) e de sua redução (total ou parcial). De modo concreto, o devido processo legal prescreve a adoção de uma

65 Robert ALEXY. “Sistema jurídico y razón práctica”. in: **El concepto y la validez del derecho**, p. 174

teoria que alegue ter por objeto "a elaboração de um processo que assegure a racionalidade da aplicação jurídica"[66]. A escolha de uma teoria dependerá, portanto, de sua capacidade de elaborar o "processo que assegure a racionalidade". Sem entrar nas questões específicas das variadas possibilidades teóricas, podemos examinar quais são os requisitos mínimos do devido processo legal em sentido material para cada uma das três modalidades de aplicação de normas jurídicas que reconhecemos: subsunção, ponderação e valoração dos princípios formais.

Esses requisitos mínimos foram sumariados por Eduardo García de Enterría no contexto da interpretação do art. 9.3, *fine*, da Constituição espanhola de 1978, que proíbe a arbitrariedade dos poderes públicos e equivale, na leitura que até agora fizemos da Constituição brasileira de 1988, à cláusula do devido processo legal do CF 5º, LIV. García de Enterría divide as exigências do princípio de interdição da arbitrariedade em dois níveis: racionalidade e razoabilidade. O nível da racionalidade precederia o da razoabilidade no duplo sentido de que: primeiro, se uma decisão administrativa não passar no teste de racionalidade, então não se deve sequer indagar de sua razoabilidade; e, segundo, a censura da razoabilidade constituiria exceção justificada apenas em casos de "notória" falta de adequação ao fim ou de ausência de "aptidão objetiva" para satisfazê-lo, ou ainda se resultar "claramente" desproporcionada aos olhos de "qualquer pessoa sensata"[67].

---

66 Uma candidata óbvia a ocupar essa vaga – caso se rejeite uma teoria da argumentação jurídica como a de Alexy – seria a "metódica estruturante" de Friedrich Müller, de relativo prestígio no Brasil, que não vamos, todavia, abordar aqui, por razões de brevidade. Explica-se: por ser incompatível com nossas posições já adotadas em relação à teoria da norma, proporcionalidade e ponderação, a teoria de Müller não poderia ser apenas exposta; teríamos de fundamentar cada uma das divergências, numa discussão que, decerto, se estenderia muito além dos limites do razoável neste específico trabalho. Para uma visão ampla sobre a teoria e o método de Müller, ver a coletânea de textos em português: Friedrich MÜLLER. **O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**.

67 É o que diz García de Enterría: "*se o o resultado deste primeiro teste [de racionalidade] é desfavorável à Administração, o juiz terá de anular a decisão submetida a seu controle [...]. Se, ao contrário, [o teste de racionalidade] lhe é favorável, o juiz não terá mais remédio que confirmar, goste ou não, a solução concretamente eleita pela Administração, e qualquer que seja sua opinião*

A “racionalidade” compreende quatro exames parciais. O juiz, ao deparar com um ato ato administrativo, deve analisar: (a) se a realidade dos fatos foi respeitada ou falseada, de acordo com a prova que se pratique no curso do processo; (b) se a Administração levou em consideração, ou não, um fator juridicamente relevante ou se introduziu no procedimento de elaboração da decisão algum outro fator que não o seja; (c) se a Administração levou em conta ou obviou o maior peso ou o maior valor que, eventualmente, o ordenamento jurídico atribua a algum desses fatores; (d) se, no caso de esses fatores terem o mesmo valor jurídico, a Administração justificou ou não a concreta opção em favor de um deles, se a justificação aportada padece de erros lógicos ou, enfim, se resulta inconsistente com a realidade dos fatos.

Pode-se vislumbrar nesses quatro exames, com algum esforço analítico, as regras básicas de subsunção, de ponderação e de valoração dos princípios formais. Agora, na medida em que o teste de razoabilidade proposto por García de Enterría se assemelha mais à *reasonableness* do direito inglês, por exigir “notória” inadequação, “clara desproporcionalidade” e inaptidão “objetiva” na visão de “qualquer pessoa sensata”, não vamos dar atenção a ele. É que uma tal concepção de razoabilidade, claramente inspirada na decisão do famoso caso *Wednesbury*[68] da

sobre a bondade ou eficácia da mesma, a menos que (teste de razoabilidade) esta solução padeça de incoerência por sua notória falta de adequação ao fim da norma, ou seja, de aptidão objetiva para satisfazer dito fim, ou que resulte claramente desproporcionada [...] não já a seus olhos, mas aos de qualquer pessoa sensata*, segundo o parâmetro usado na jurisprudência anglo-saxã, que apela a um* standard *de conduta muito semelhante aos habituais no Direito privado e, tal como estes, perfeitamente objetivável*”.**Tratado de Derecho Administrativo**, v. 1, p. 489.

68 Associated Provincial Picture Houses *v* Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223. Nessa decisão, a *Court of Appeal*, tribunal inglês mais importante abaixo da *House of Lords* (que também é casa do Parlamento), formulou um teste de *reasonableness* muito semelhante ao de García de Enterría. Para a *Court of Appeal*, primeiro os tribunais devem verificar se a autoridade levou em consideração o que deveria, e não levou o que não deveria. Depois, a corte examina se o resultado do exercício da discrição é tal que “*no reasonable authority could ever have come to it*”. Esse “standard” foi referido também na mesma decisão como a proibição de que a autoridade

jurisprudência inglesa, parece incompatível com a regra da proporcionalidade que decorre da teoria dos princípios, adotada neste trabalho. Aliás, a regra da proporcionalidade se acha intimamente ligada à ponderação, como vimos anteriormente, o que nos dispensa de retornar a ela agora.

Vejamos brevemente, sem pretensão alguma de exaustividade, o conteúdo da justificação: os enunciados a respeito da subsunção, ponderação e valoração de princípios formais. Deve-se advertir que a aplicação do direito é uma atividade extremamente complexa. Se não podemos reconstruí-la de modo adequado mediante palavras[69], alguma tentativa de decomposição em etapas – que não se sucedem numa rígida ordem lógica ou cronológica – de todo o processo aplicativo se faz necessária para que a justificação (enunciação de razões) seja racionalmente controlável. É preciso saber *o que*, de modo específico, a Administração se acha obrigada a justificar. Apesar de ser impossível dar conta de toda a complexidade da aplicação normativa, podemos identificar as operações intelectuais (cognitivas e volitivas) básicas, suscetíveis de uma justificação. Se até isso fosse impossível, então a pretensão de correção do direito – inevitavelmente associada a um Estado de Direito – estaria posta a perder[70].

2.2.1. Subsunção

A operação intelectual da subsunção é na aparência a mais simples de todas.

---

administrativa produza *"something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority*". A semelhança estrutural com o "duplo teste" proposto por García de Enterría resta evidente.

69 O que é quase um lugar-comum da teoria geral do direito. Ver as primeiras páginas da excelente obra do ex-juiz da Suprema Corte americana Benjamin N. CARDOZO. **A natureza do processo judicial**, pp. 1-33.

70 Sobre a pretensão de correção do direito, ver Robert ALEXY. "A instrumentalização da razão". in: Robert ALEXY. **Constitucionalismo discursivo**, pp. 19-40.

Imagine-se o pedido de licença de construir formulado por uma incorporadora. Apresentam-se os documentos exigidos pela legislação, dentre eles as plantas e projetos da edificação. A autoridade administrativa deverá proceder a uma confrontação da documentação e do projeto (elemento fático) com a legislação urbanística e posturas municipais pertinentes (elemento normativo). Trata-se de verificar se a pretendida atividade atende, de modo exato, ao que se acha descrito na hipótese de uma norma jurídica conhecida do incorporador e do agente público competente.

A relação entre os elementos normativos e fáticos é de adequação lógica. A hipótese normativa seleciona propriedades que tornam um fato juridicamente relevante; o aplicador deve constatar se, de acordo com o material probatório, pode-se predicar do suporte fático as propriedades descritas na norma. Havendo adequação, a conseqüência jurídica deve ser. Não há em princípio dificuldade alguma nesse processo.

Trata-se, contudo, de uma enganosa impressão de simplicidade. Em primeiro lugar, a norma é o produto da interpretação de textos normativos. Logo, o aplicador tem de selecionar os textos normativos que serão objeto da interpretação – e essa tarefa está longe de ser trivial num sistema jurídico em que das fontes de direito dimana uma infinidade de textos. Haverá casos, como o da licença de construir, em que se estará, se não no campo da certeza, ao menos fora de toda dúvida razoável quanto aos textos pertinentes. Esses casos não preparam dificuldade nenhuma para a justificação. Mas não são os únicos. Por isso, o devido processo legal impõe à Administração o dever de fornecer razões para a escolha dos textos normativos, ainda que de modo sucinto, quando for possível controverter razoavelmente a

respeito.

Depois de selecionados os textos, cumpre interpretá-los ou, o que dá no mesmo, reescrevê-los. Deve-se pôr os textos em forma canônica (implicação ou condicional) e precisar a hipótese de incidência com a descrição o mais detalhada possível das propriedades que um determinado fato deve ter para se tornar fato jurídico (= desencadear a incidência normativa). Do mesmo modo, a conseqüência jurídica (em termos de *proibição*, *permissão* e *dever*) deverá ser enunciada da maneira mais completa possível: a indicação dos sujeitos, das condutas e das modalidades deônticas aplicáveis e de todas as circunstâncias que modulam o mandamento. Além disso, o aplicador deve afirmar se a norma é uma regra ou um princípio. Todos esses enunciados devem ser fazer parte da justificação.

A análise dos fatos se faz – como observamos anteriormente – de acordo com o material probatório recolhido no processo administrativo. Não se tem acesso direto aos fatos; os fatos são, na verdade, uma articulação lingüística de contextos existenciais. Logo, os enunciados sobre fatos no processo de aplicação do direito podem em rigor ser considerados também uma interpretação (reformulação) de outros enunciados. Esses enunciados que se referem diretamente aos fatos (as provas) têm sua constituição (elaboração e introdução no processo), valor formal (admissibilidade como fundamento de um juízo sobre “fatos”) e força probante regulados pelo direito. Retornamos, assim, ao problema da identificação dos textos e da interpretação jurídica em geral – o que é uma característica essencial do processo de interpretação e aplicação do direito, um permanente ir e vir das normas aos fatos e dos fatos às normas.

Apenas depois de definida a norma e estabelecidos os fatos, de acordo com o que resultou da instrução processual, é que se realiza a subsunção propriamente dita, à qual se aplicam as regras gerais da lógica formal. Em todos os momentos da subsunção, o aplicador está obrigado a justificar os passos – lógicos ou não – que vier a dar. Essa justificação se vale de textos normativos, observados os princípios formais de competência, do corpo de conhecimentos jurídico-dogmáticos (em especial os vários métodos de interpretação), dos precedentes dos tribunais e das decisões anteriores da Administração; deve considerar também, se houver a manifestação de interessados no processo administrativo, os argumentos porventura aportados.

Exemplo de subsunção incorreta temos no caso julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e analisado no capítulo anterior, em que aluno da Escola de Sargentos das Armas fora expulso, por decisão do Comandante, sob o argumento de que não tinha "idoneidade moral" para haver ingressado em estabelecimento de ensino do Exército Brasileiro[71]. O juízo sobre a "idoneidade moral" do aluno baseou-se exclusivamente num fato – a prática, em tese, de crime de estelionato, que havia resultado em licenciamento a bem da disciplina do serviço militar obrigatório, objeto, depois, de reabilitação administrativa – que não poderia ter sido considerado no processo de determinação da "premissa menor" do silogismo aplicativo. Não poderia porque, no dizer da relatora, "seria uma contradição considerar-se reabilitado o militar, e, ao mesmo tempo, desprovido de idoneidade moral".

Esse exemplo revela ainda, com perfeição, a dificuldade de separar o que é

71 TRF-1. AMS 2000.38.00.046385-7/MG, 2ª Turma, rel. Juíza Neusa Alves, DJU de 10/04/2006.

interpretação dos textos do que é interpretação dos “fatos” na subsunção, bem como o modo complexo pelo qual o juízo sobre os elementos fáticos influi no juízo sobre os elementos normativos e vice-versa. Torna-se muito difícil realizar uma separação completa entre direito e fato nesse caso porque “idoneidade moral” é um conceito valorativo, que remete a normas (ou seja, a critérios de valoração), e a norma que o tribunal usou para valorar os fatos, em concreto, foi precisamente outra norma jurídica – que dispunha sobre a reabilitação militar. Por isso, seria correto afirmar que o tribunal censurou a decisão administrativa tanto por haver a autoridade considerado um fato que não caracterizava “inidoneidade moral” quanto por haver desconsiderado outra norma jurídica que retirava do fato toda conseqüência jurídica gravosa ao militar[72].

2.2.2. Ponderação

Vamos recapitular o que dissemos anteriormente sobre o assunto. A ponderação ocorre quando dois princípios válidos determinam, para o mesmo suporte fático, conseqüências jurídicas incompatíveis entre si. Como o conflito não se resolve no plano da validade, deve-se estabelecer qual deles prevalece no caso concreto. Essa relação de precedência condicionada decorre do próprio conceito de princípios como mandamentos de otimização das possibilidades fáticas e jurídicas. O conteúdo de dever ser dos princípios reclama a ponderação, que se confunde, no

72 Para um raciocínio praticamente idêntico, sem mencionar o devido processo legal, ver o acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido em RMS 11.336/PE, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, DJU de 19.02.2001, publicado na Revista do STJ (RSTJ) 142/457. Nesse caso, o STJ entendeu que a existência de um único processo administrativo disciplinar na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) sobre retenção de autos, de que não havia resultado aplicação de nenhuma sanção, era insuscetível de justificar ato do Tribunal de Justiça de Pernambuco que reprovou, por esse motivo apenas, candidato ao cargo de juiz de direito substituto na investigação social e da vida pregressa prevista no art. 78, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN). Nesse caso, a norma que serviu expressamente de critério de valoração do fato – e de sua exclusão do campo dos motivos possíveis – foi a presunção de inocência (CF 5º, LVII).

caso de uma verdadeira colisão, com a regra da proporcionalidade em sentido estrito. A regra da proporcionalidade em sentido estrito se conecta com uma "lei da ponderação", que pode ser assim enunciada: *quanto maior for o grau de afetação (não realização ou restrição) de um princípio, tanto maior deve ser a importância da realização do princípio que com ele colide*.

Assim, a ponderação – referida a princípios – relaciona o grau de afetação de um princípio com a importância da realização do outro. Se houver colisão de princípios, a Administração deverá, portanto, justificar enunciados sobre o grau de afetação e importância da realização do conteúdo de dever das normas. Antes, porém, a Administração deve realizar uma subsunção dos fatos a cada princípio em rota de colisão. As mesmas operações que se desenvolvem na aplicação de uma regra precedem, na aplicação de princípios que colidem, a ponderação. A diferença está apenas em que de tal subsunção resultarão direitos, deveres, permissões e proibições apenas *prima facie*, não definitivos.

Pode-se discutir se há ou não ponderação entre regras ou entre regras e princípios. Admite-se que a ponderação, em teoria, pode ter por objeto quaisquer conceitos práticos, desde que eles tenham um conteúdo (que não sejam puramente formais)[73]. Nesse sentido, nada impede que as regras – que têm conteúdos de dever ser – sejam objeto de uma ponderação[74]. Ocorre que as regras jurídicas, no Estado

73 Para uma análise dos "conceitos práticos", inspirada na classificação de Georg Henrik von Wright, ver Robert ALEXY. **Teoria de los derechos fundamentales**, pp. 139-141. Em apertada síntese, os conceitos práticos – conceitos do discurso *prático*, que tem por objeto juízos de valor – podem ser deontológicos, axiológicos e antropológicos. Os conceitos deontológicos referem-se ao conceito de dever ser (conceito deôntico fundamental) de que são modalidades a obrigação, a proibição, a permissão e, para Alexy, o "ter direito a algo" (alguns autores tratam igualmente da "faculdade", como modalidade deôntica autônoma). Os conceitos axiológicos referem-se ao conceito fundamental do "bom". Os conceitos antropológicos dizem com vontade, interesse, necessidade, decisão e ação.

74 Nesse sentido, Humberto ÁVILA. **Teoria dos princípios**, pp. 52-64. Contra, ver Ana Paula de BARCELLOS. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, pp. 201-220.

de Direito, estão vinculadas a princípios formais (ou de validade: normas que conferem poderes), que não têm conteúdo, de tal modo que uma ponderação seria impossível, por ausência de valor de comparação[75].

Isso não significa que as regras não podem, em hipótese alguma, ser superadas por princípios (ou por outras regras). Se assim fosse, não teríamos um *princípio* formal que confere validade ao nível das regras, mas uma *regra* formal, que não admitiria, sob nenhuma condição, que princípios viessem a preceder regras. Entretanto, não parece correta, a nosso ver, a afirmação de que vale uma regra formal (de validade) para o nível das regras no direito brasileiro: o Supremo admite que uma regra constitucional seja superada, sob determinadas condições, por princípios também constitucionais[76]. Daí que as normas de validade, no direito brasileiro, são princípios aos quais se pode, em razão desse caráter, atribuir pesos.

A questão do conflito entre regras e princípios, ou entre regras, pode se resolver – se não for o caso de um conflito sobre a validade – mediante uma argumentação em duas etapas. Primeiro se faz uma ponderação entre o princípio material que dá suporte à regra e o princípio, também material, que com aquele colide. Mas isso não basta para afastar a incidência da regra, pois ao lado dela estão os princípios formais e estes, no direito brasileiro, têm algum peso, na medida em que a ordem constitucional prevê uma estrutura escalonada das normas jurídicas, divisões funcionais entre os órgãos e demais pessoas do Estado (separação de poderes e federalismo) e o reconhecimento de competências normativas (em sentido amplíssimo: poderes jurídicos e direitos potestativos) aos

75 Para a impossibilidade de realizar ponderações ou sopesamentos de princípios formais com princípios materiais, ver Virgílio Afonso da SILVA. **A constitucionalização do direito**, p. 160.

76 Ver a decisão, que já comentamos, na ADIn-EI (Embargos Infringentes) 1.289-4/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 03/04/2003.

particulares (autonomia privada). Então se deve passar ao segundo nível, que é o de atribuir o peso específico, no caso concreto, ao princípio formal segundo determinados critérios que *não* constituem aplicação da lei de ponderação.

Antes, porém, de analisar os princípios formais em detalhe, convém inferir mais uma conseqüência da circunstância de que a ponderação pode, em teoria, ter por objeto qualquer conceito prático. Na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, que é um problema de subsunção, e na discricionariedade administrativa, que é um problema de decisão, pode haver uma ponderação de "interesses", "valores", "necessidades", "objetivos" e "bens" puros, sem nenhum conteúdo deontológico ou referência a normas. Trata-se, por assim dizer, de uma "ponderação livre de normas jurídicas".

Nesse caso, não se pode dizer que esses elementos devam ou mereçam ser levados em conta num sentido estrito, ou seja, que sua consideração se acha ordenada pelo direito. Ela é apenas permitida no espaço de liberdade que pode surgir na zona de penumbra dos conceitos indeterminados e que se acha presente na decisão sobre alternativas de comportamento igualmente lícitas em que consiste a discricionariedade. Precisamente a possibilidade, mas não a necessidade, do ponto de vista do direito, de que se faça uma ponderação desse tipo é que fundamenta a ausência (relativa) de controle jurisdicional da interpretação/ aplicação de conceitos jurídicos indeterminados na zona de incerteza e da discricionariedade administrativa.

Entretanto, na medida em que se pode ter, de um lado, o controle interno de mérito e, de outro, o controle jurisdicional dos limites da liberdade administrativa, as

ponderações extrajurídicas da Administração devem igualmente ser objeto de uma justificação. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), pelo ministro Teori Albino Zavascki, teve a rara felicidade de afirmar com clareza: "[a] margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação"[77].

A justificação das ponderações extrajurídicas é devida, salvo se a Constituição a dispensar expressamente, como ocorre na nomeação e exoneração de Ministros de Estado pelo Presidente da República. Na seleção de Ministros, o Presidente realiza normalmente uma ponderação de interesses políticos (formação de maiorias parlamentares, obtenção de apoio eleitoral, atendimento a indicações da sociedade civil), de valores (conservadorismo, liberalismo, democracia etc.) e até de necessidades (pense-se num setor da Administração que esteja à beira do colapso e demande muito trabalho para evitar-se o pior), mas a Constituição o dispensa de exteriorizar, de forma articulada, seus argumentos para nomear este ou aquele sujeito.

Apesar do dever de justificar concretamente essas ponderações extrajurídicas, permitidas sob determinadas condições (discricionariedade administrativa e zona de penumbra de conceitos jurídicos indeterminados), o Poder Judiciário não poderá substituí-las pelas suas. Ocorre que muitas vezes a Administração julga ter feito uma ponderação "livre" dos interesses, valores e bens em jogo, quando na verdade estava realizando uma ponderação de princípios, ou pelo menos uma ponderação entre objetos que podem ser caracterizados por

77 MS 9.944/DF, 1ª Seção, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 13/06/2005.

expressões deontológicas, retiradas do ordenamento jurídico. Aí cessa a liberdade administrativa, seja de que caráter for, e se inicia o âmbito da vinculação[78]. Agora, onde o Poder Judiciário não puder reconhecer mais que uma "ponderação livre de normas jurídicas", ali deve deter-se[79].

2.2.3. Princípios formais e critérios de valoração

Os princípios formais são normas que atribuem poderes a determinados sujeitos jurídicos para inovar a ordem jurídica e, assim, criar, modificar ou extingüir relações e situações jurídicas. Essas normas definem as condições e os limites em que as inovações na esfera jurídica são válidas, porém de modo independente de seu conteúdo. São normas que predicam validade a outras normas com base em critérios puramente formais. Em razão de sua função diferenciada e da falta de um conteúdo substantivo, não convém situá-las entre as normas de comportamento nem interpretá-las como "fragmentos" de normas completas (que seriam as normas destinadas a ordenar, de modo direto, a conduta humana)[80].

78 Essa vinculação pelos princípios não elimina, mas certamente reduz muito em um sistema constitucional prolixo, analítico e detalhista como o brasileiro, os espaços de liberdade administrativa. Assim, não é correto falar em "vinculação a princípios", como se também para a Administração a única ponderação *permitida* fosse uma ponderação jurídica. Esse equívoco transforma a Administração, na prática, em juiz de primeira instância para todos os assuntos de sua competência, e o Poder Judiciário em órgão revisor plenário das decisões administrativas. Duas são as razões por que estimamos equivocada a defesa realizada, por exemplo, por Gustavo Binenbojm de uma "vinculação a princípios" que borraria as fronteiras entre discrição e vinculação. Primeiro, pode haver casos (raros, sem dúvida) em que *não estejam em jogo princípios*, e portanto a Administração teria uma autorização normativa para ponderar bens, valores, interesses etc. sem referibilidade nenhuma aos princípios, na exata medida em que a competência para decidir por um comportamento é dever (e não pode deixar de ser exercitada). Nesses casos é que se fala em discrição (na hipótese, para os que a admitem, e na conseqüência). Segundo, mesmo quando estão em jogo princípios, parece claro que os atos administrativos se apóiam não só na força de suas razões substantivas, mas também no peso dos princípios formais (de validade). Isso limita de modo nada desprezível a revisão judicial das ponderações jurídicas – entre princípios – levadas a efeito pela Administração. Ver, para a posição contrária, Gustavo BINENBOJM. **Uma teoria do direito administrativo**, pp. 193-224.

79 Daí a enorme importância do modo "subsuntivo" dos princípios: determinar sua hipótese de incidência e âmbito de proteção constitui uma tarefa das mais difíceis e necessárias no controle jurisdicional da Administração Pública, sem a qual a liberdade administrativa, essencial ao princípio democrático e à boa gestão dos negócios públicos, pode esfumar-se como palha ao fogo.

80 Para uma discussão da função exercida pelas normas que conferem poderes (*power-conferring*

Os princípios formais apontam para as normas que devem ser obedecidas e aplicadas (o que é uma forma qualificada de obediência) sem menção à correspondência material com outras normas. São, por assim dizer, um elemento necessário de qualquer ordem jurídica que tenha caráter dinâmico, na linguagem de Kelsen[81]. Na ausência de princípios formais, o sistema jurídico passaria a ser, *ipso facto*, estático, pois as decisões sobre validade jurídica dependeriam apenas de uma análise do conteúdo das normas que dele pretendessem fazer parte. O conteúdo de dever ser dos princípios formais é a obrigatoriedade do cumprimento de outras normas. Eles formam a estrutura básica de produção e reprodução normativa no interior de um sistema jurídico.

Essas características todas distinguem os princípios formais de outras normas jurídicas no plano da aplicação jurídica – o que nos fez considerá-las num tópico à parte. Eles fornecem razões formais para a observância de determinada norma (princípio ou regra) material. Por isso, exigem razões adicionais para que uma norma (material) com pretensão de regular o caso seja afastada. Logo se vê que tais razões nada têm que ver com o conteúdo das normas que concorrem para a solução de um caso. A intensidade das razões adicionais reclamadas para a superação de uma norma apoiada num princípio formal consiste no peso específico desse princípio. Onde quer que haja uma estrutura escalonada da ordem jurídica e divisão funcional entre os órgãos de produção e aplicação normativa, ou se reconheça uma distinção estrutural entre um nível de princípios e um nível de regras, esse peso

rules) e da inconveniência de reduzi-las a um pressuposto das normas de conduta, ver Herbert L.A. Hart. **The concept of law**, pp. 26-49. Para uma clássica interpretação dessas normas como meros antecedentes numa formulação completa da "norma primária", ver Hans KELSEN. **Teoria pura do direito**, pp. 90 e 91. Ver também Alf ROSS. **Sobre el derecho e la justicia**, p. 152-163.

81 Hans KELSEN, **Teoria pura do direito**, p. 110 e 269-273.

sempre será maior que zero. É o caso do direito brasileiro.

Mas como saber qual o peso que deve ser atribuído ao princípio formal? Os princípios formais, assim como as demais normas, não regulam sua própria aplicação. Nada há em tais princípios mesmos que prescreva as circunstâncias sob as quais se pode desconsiderar a competência que eles sustentam. Logo, precisamos formular critérios de valoração tais que, aplicados à respectiva situação fática, estabeleçam o peso específico de tais normas de validade. A definição e aplicação desses critérios é que constitui o objeto da justificação quando estão em jogo na aplicação do direito princípios formais.

Não se trata de uma operação simples. Agora, nada impede que se resolva o problema mediante um procedimento de argumentação – um conjunto de regras e princípios sobre o discurso justificativo de decisões jurídicas – que assegure a racionalidade dos resultados. A questão, vista por esse ângulo, resume-se à justificação de enunciados sobre as condições em que as razões adicionais devem ser mais ou menos intensas para afastar um princípio formal e a norma material que nele se apóia. O ponto de partida irrenunciável, como advertimos, é que essas razões adicionais, mais ou menos fracas, são necessárias em qualquer caso que se tenha a incidência de princípios formais, dado que peso de tais princípios – ao menos no sistema brasileiro – será sempre maior do que zero[82].

82 A doutrina brasileira não dá muita atenção a esse problema. Há dois campos em que se pode encontrar vasto material para a reflexão sobre os princípios formais. Primeiro, na discussão sobre a "relativização da coisa julgada" no processo civil. A coisa julgada pode ser vista como um princípio formal que se agrega às decisões judiciais definitivas e constitui razão para a obediência de suas prescrições. Por isso, sua "relativização" implica a formulação de enunciados sobre as condições em que se exigirá razões adicionais mais ou menos fortes para afastá-la. Alguns autores constroem a coisa julgada como *regra*, que não tem peso, de maneira que *nenhuma razão* seria bastante para afastá-la. De qualquer modo, trata-se, aqui, de uma regra formal. Outros formulam a coisa julgada como um *princípio* formal, que permitiria, sob circuntâncias excepcionais, o afastamento do comando sentencial definitivo. Segundo, na problemática do "efeito horizontal" dos direitos fundamentais (aplicação às relações entre particulares), na medida em que nessas

Para descer do alto grau de abstração de nossa exposição sobre os princípios formais, vejamos um exemplo. Imagine-se que a Advocacia-Geral da União (AGU) decida continuar a recorrer de todas as decisões de tribunais inferiores que seguirem a orientação, contrária aos interesses da União, fixada em precedente do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. Pois bem. Para motivar essa decisão, o Advogado-Geral da União, ou algum outro sujeito competente para exonerar os advogados da União do dever de recorrer, não pode aportar somente razões substantivas, razões quanto à discordância com o conteúdo da decisão do Supremo.

Em outras palavras, não basta dizer que o Supremo está errado. É preciso dar razões adicionais e de outro tipo, pois ainda que as decisões do STF no controle difuso não operem o efeito vinculante (ressalvada a hipótese de edição de súmula nos termos do CF 103-A e a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, CF 52, X), elas têm um valor formal (força de precedente) que ultrapassa os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada e se projeta em todo o sistema processual (veja-se, por exemplo, o CPC 557). Uma boa razão *prima facie* para a decisão de negar a dispensa de interposição de recursos no caso concreto será a chance, fundada em dados objetivos, de reverter no próprio STF o entendimento desfavorável[83]. As chances podem ser maiores ou menores conforme a situação e

relações intervém normalmente, mas não sempre, o princípio formal da autonomia privada. A questão do controle jurisdicional dos conceitos jurídicos indeterminados – segundo a entendemos – também se relaciona a um princípio formal, a presunção de legitimidade dos atos administrativos, cuja superação, a depender das circunstâncias, será mais ou menos fácil. Pretendemos, em outra ocasião, estender um pouco mais essa discussão.

83 A definição das razões *prima facie* para a superação de princípios formais também se sujeita a um processo de justificação. Nem toda razão poderá ser admitida na argumentação. Figure-se, em vez da chance de reversão do entendimento do Supremo, uma razão bem diversa: o interesse da União em diluir o efeito financeiro da derrota no Supremo, atrasando, mediante a interposição de recursos, o pagamento de vultosas somas em dinheiro que se tornariam quase automaticamente devidas se ela deixasse de recorrer. Pode-se argumentar que esse interesse não constitui uma

essa avaliação depende da análise cuidadosa de algumas circunstâncias: a composição atual e futura do tribunal; se a decisão foi de órgão fracionário ou não; se algum ministro estava ausente quando proferida a decisão e se sua ausência foi determinante para o resultado; se há divergência entre as turmas do tribunal; etc..

Assim, pode-se dizer que, quanto maior a chance de reversão do precedente segundo as circunstâncias presentes na situação concreta, menor a força de precedente da decisão para a AGU. Nesse caso, portanto, para se desligar da força de precedente e continuar a recorrer, a AGU terá de justificar apenas enunciados sobre a possibilidade e a probabilidade de reverter a posição desfavorável no próprio STF, o que pode sem problema algum constituir objeto de uma argumentação racionalmente controlável.

3. Redução da discricionariedade, unidade de solução juridicamente possível e devido processo legal: a construção de um sistema dos vícios no exercício da competência discricionária

Agora estamos em condições de dar início à construção de um sistema dos vícios no exercício da competência discricionária que situe dogmaticamente o fenômeno da redução da discricionariedade e justifique a adoção do conceito de "devido processo legal" como síntese dos limites jurídicos da discrição administrativa. O elemento central do sistema – como já se deve ter percebido – é o de justificação dos atos administrativos. Nesse sentido, dos pressupostos de validade dos atos administrativos, o mais importante para aferir os vícios da discricionariedade será a motivação, que constitui o *locus* onde se aloja a

boa razão, nem sequer *prima facie*, por corresponder a um interesse secundário da Administração, não amparado pelo direito.

justificação. Excluímos do sistema os vícios procedimentais, em sentido amplo, que incluem, por exemplo, os vícios de sujeito e de formalização. Nossa preocupação é com as regras e princípios que levantam obstáculos de caráter material à liberdade administrativa de eleição de alternativas de comportamento.

Apesar de haver uma relação entre as dimensões procedimental e material, ela não tem força suficiente para identificar ambas as categorias, que devem, portanto, ser tratadas – num sistema dos vícios dos atos administrativos – de modo separado. Os obstáculos materiais (e as respectivas técnicas de identificação) foram vistos, em linhas gerais, no estudo dos pressupostos da redução da discricionariedade. Depois se analisou, com detalhe, o sentido de “processo” no devido processo legal, entendido como proibição da arbitrariedade: o sentido material, relacionado ao processo de cognição, volição e argumentação que precede a decisão administrativa; e o sentido procedimental (ou processual) de uma série encadeada de atos jurídicos relativamente autônomos tendentes à produção do ato final. Ambos são processos, ordenados por regras e princípios jurídicos, e estão em íntima e permanente conexão.

Ocorre que o processo material de justificação racional das decisões tem preferência sobre o procedimento. Como vimos, um procedimento juridicamente regulado, por mais bem elaborado que seja, não garante a correção do resultado, conquanto aumente a probabilidade de que se obtenha resultados corretos e, por isso, contribua para a racionalidade da justificação; agora, um processo de cognição, volição e argumentação pode assegurar a correção do resultado e, ao mesmo tempo, incorporar a dimensão procedimental como elemento da justificação mesma. Essa maior abrangência revela que a dimensão material do *due process of law*,

como barreira ao arbítrio, precede a dimensão procedimental e tem mais relevância sistemática.

Deve-se ter presente sempre, ademais, que o devido processo de cognição, volição e argumentação pode levar a resultados corretos, mas não a uma única resposta correta para cada situação concreta. Duas soluções podem ser igualmente justificadas num sistema jurídico para um mesmo suporte fático. Quando esse for o caso, a liberdade administrativa remanescerá e o órgão de controle da legalidade deverá apenas verificar se a autordade se conteve nos limites assinalados pelo ordenamento jurídico (que inclui, como vimos, os elementos regrados e, portanto, a finalidade). Trata-se da verdadeira hipótese de discricionariedade.

Há portanto uma correspondência entre discricionariedade e justificação: tem-se competência discricionária quando se pode justificar, de modo adequado, mais de um resultado. A pluralidade de soluções justas, de que nos fala García de Enterría, converte-se em pluralidade de soluções justificáveis, à luz dos elementos fáticos e normativos relevantes. O “justo” ou o “correto” é o que pode ser justificado racionalmente. Desse modo, é possível definir a redução da discricionariedade a zero, sob o ponto de vista do processo de justificação, como o fenômeno mediante o qual apenas um resultado pode ser adequadamente justificado; por conseguinte, reduz-se a discricionariedade toda vez que pelo menos um dos resultados, permitidos na norma habilitante, não puder ser racionalmente justificado no caso concreto mediante um processo de argumentação, cognição e volição.

3.1. A sistematização dos vícios do exercício da discricionariedade administrativa

A doutrina brasileira ressente-se de uma sistematização dos vícios do exercício da discricionariedade administrativa. Entre nós, a tradição não tem sido a de estudar os vícios em si, mas a de adotar como ponto de partida os "elementos", "pressupostos", "requisitos" ou "aspectos" dos atos administrativos. Para cada "elemento", "pressuposto", "requisito" ou "aspecto" haveria uma classe de vícios dos administrativos; por exemplo, os vícios de competência, de forma, de conteúdo (e objeto), de motivo e finalidade, e tantos quantos forem os ditos "elementos" na sistematização adotada. Dentro de cada classe alojam-se outros tipos de vícios que raramente são classificados e distinguidos entre si.

Esses "elementos", "pressupostos", "requisitos" ou "aspectos" do ato administrativo são, na verdade, um amálgama da estrutura do ato em si mesmo considerado, e de objetos a ele exteriores, que se acham em normas jurídicas sobre a produção do ato. Por uma inércia quase inexplicável, o direito administrativo brasileiro dá pouca ou nenhuma importância à análise realmente estrutural do ato administrativo. Não se leva a sério o fato de que o vício – a contrariedade a direito – será sempre do ato, que se anula, e não dos "elementos", "pressupostos", "requisitos" e "aspectos", que ensejam a anulação. É como se um médico não distinguisse com precisão os agentes causadores de uma patologia e o paciente. Pior ainda: nosso doutor parece importar-se mais com as causas do que com aquele que sofre o efeito[84].

84 A analogia médica – anatomia/ patologia – é tradicional entre nós e se deve, sobretudo, a Umberto FRAGOLA. **Gli atti amministrativi**, p. 12. Mas Fragola – um autor italiano muito citado no Brasil – cometeu equívoco que ilustra de modo significativo a confusão reinante na matéria: não se estuda apenas "anatomia" do ato administrativo para compreender sua "patologia"; é preciso, e qualquer estudante de patologia no curso médico o sabe, conhecer a estrutura e o funcionamento do agente patogênico e de seus vetores. Para entender a doença de chagas, por exemplo, deve-se

A exceção na doutrina brasileira é Celso Antônio Bandeira de Mello, que separou os elementos, integrantes do ato, e os pressupostos de existência e de validade, externos ao ato mas relevantes para predicar-lhe validade ou invalidade (ou o caráter de ato administrativo de uma prescrição jurídica). Entretanto, a consideração da teoria de Celso Antônio, que é de uma riqueza extraordinária, sugere que também se dá maior peso aos objetos situados fora do ato – os pressupostos – do que aos que compõem sua intimidade estrutural – os elementos. Assim, por exemplo, a motivação, que a toda evidência faz parte da estrutura do ato administrativo, vem tratada como um aspecto da "formalização", ou seja, "a específica maneira pela qual o ato deve ser externado"[85]: "a motivação do ato é importante requisito de sua formalização"[86]. Logo, um pressuposto de validade, "extrínseco", que na melhor das hipóteses qualifica um dos elementos, a forma.

Na verdade, do ponto de vista estrutural, a motivação (*alguma* motivação) faz parte do ato, mesmo nos atos normativos[87] e naqueles em que tenha sido juridicamente dispensada. A motivação é nada menos do que o antecedente da norma individual e concreta que se identifica com o ato administrativo em sentido estrito. Motivação e "conteúdo" (prescrição veiculada pelo ato: aquilo que o ato

conhecer o homem (vitimado pela patologia), o *Trypanosoma cruzi*, protozoário causador da doença, e o barbeiro, inseto transmissor. Saber tudo a respeito da anatomia (e da fisiologia) humana é muitíssimo importante, mas não esgota o conhecimento que se pode ter da patologia. Daí que, sob a capa de "anatomia" dos atos administrativos, escondam-se típicos "agentes patogênicos", como os motivos e a finalidade, que são obviamente extrínsecos a qualquer ato.

85 Celso Antônio Bandeira de MELLO. **Curso de direito administrativo**, p. 375.

86 Idem, p. 376.

87 Em sentido contrário, há um precedente do STF. ADIn 432-DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 13/09/1991. Nessa ação foram impugnadas portarias do Ministro das Comunicações sobre o serviço móvel celular. Afastou o Supremo o caráter normativo das portarias, para fins de controle de constitucionalidade, mas se disse na ementa a respeito de atos normativos administrativos: " *meros "consideranda", que correspondem a motivação do ato administrativo, não lhe integram o conteüdo e nem se revestem de eficacia normativa. Eventuais vícios que se possam verificar nos motivos do ato estatal não contagiam as normas nele veiculadas. O juízo de constitucionalidade não incide sobre os motivos subjacentes a formulação do ato estatal.*"

dispõe, enuncia, certifica, modifica) se acham ligados pelo nexo lógico da implicação, segundo um dever ser não modalizado, para formar o ato administrativo. Ainda quando não explicitada (o que não nos parece ser mais permitido, como regra, no sistema brasileiro: art. 50, § 1º, da Lei 9.784/99), a motivação é pressuposta[88]: se a regra de competência prescreve a conseqüência *C* sempre que verificados os pressupostos de fato descritos na hipótese *H*, o conteúdo *C'* (concretização de *C*) de um ato administrativo tem como antecedente lógico (e, portanto, necessário) um enunciado sobre a ocorrência de fato *F* que se subsume à hipótese *H*.

Em outras palavras, a aplicação de uma norma jurídica, que tem a forma lógica do condicional, pressupõe que se declare, normativamente, a incidência do tipo (hipótese normativa) sobre algum suporte fático. Essa declaração pode ser explícita – motivação autônoma – ou implícita no enunciado prescritivo da conseqüência. Por exemplo, a nomeação de um Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) pelo Presidente da República exige o atendimento de uma série de requisitos, cuja declaração, no decreto presidencial que nomeia o magistrado, se acha implícita.

Exige-se, para exemplificar, que o respectivo cargo exista e esteja vago; que o procedimento de seleção da lista tríplice tenha sido seguido (formação de lista sêxtupla pela respectiva classe – juízes de Tribunais Regionais Federais, desembargadores dos Tribunais de Justiça, advogados ou membros do Ministério Público – e redução a tríplice pelo STJ na forma regimental); que o nomeado preencha o requisito etário (mínimo de 35 e máximo de 65 anos), o requisito de

88 Em outro caso, o Supremo denominou esse tipo de motivação nos atos normativos, como o regulamento de concurso para ingresso na magistratura, “motivação interna”, que não se acha expressa, mas pode ser pressuposta. Ver Rp 1.319-7/RJ, Tribunal Pleno, rel. p/ acórdão, Min. Moreira Alves, j. em 18/03/1987, DJU de 06/03/1992.

capacidade técnico-profissional (“notável saber jurídico”) e o requisito de idoneidade moral (“reputação ilibada”); finalmente, que a nomeação seja feita por autoridade competente. Então, o decreto presidencial contém todas essas declarações, bem como uma declaração dos poderes da autoridade nomeante, numa fórmula do tipo “O Presidente da República, no exercício das atribuições previstas no art. 84, XVI, e no art. 104, parágrafo único, da Constituição Federal...”.

Apesar de não enunciar necessariamente todos os pressupostos de fato e de direito, o ato de nomeação traz consigo no mínimo implicitamente, pelos elementos do processo que o antecede, pela menção aos dispositivos normativos pertinentes e pelo próprio enunciado prescritivo – “ [...] resolve nomear, para o cargo de ministro do Superior Tribunal de Justiça, na vaga [...]” –, todas as razões juridicamente relevantes. Isso, ora, não deixa de ser *alguma* motivação, mesmo não explicitando, no caso, os motivos da escolha presidencial de um dos três nomes da lista. Os exemplos poderiam se multiplicar ao infinito.

A análise estrutural mais detalhada do ato administrativo daria maior clareza à teoria das invalidades. Não é nosso propósito levar adiante essa tarefa. No que interessa para o estudo da redução da discricionariedade e de suas relações com o devido processo legal, podemos nos satisfazer com uma descrição até certo ponto rudimentar da estrutura íntima do ato administrativo, a saber, uma análise que distingue apenas dois elementos básicos, de modo que um deles (motivação) constitui o processo de justificação, articulado lingüisticamente, que dá suporte ao outro (conteúdo ou prescrição). Assim, os vícios do ato administrativo praticado no exercício de competência discricionária podem referir-se, de modo geral, ou ao

processo (motivação) ou a seu resultado (a prescrição ou conteúdo)[89].

Trata-se apenas de uma transposição, para o campo do direito administrativo, do que constitui "sabedoria convencional" no direito processual. Nas sentenças judiciais, a doutrina sempre encontrou (e o Código de Processo Civil brasileiro reflete esse amplo consenso) três elementos: o relatório (dispensado em casos mais simples), que é a história relevante do processo; a fundamentação, considerada o discurso justificativo – um processo de argumentação – que apóia a decisão[90]; e o dispositivo, o comando sentencial propriamente dito, a "decisão" no sentido mais estrito, apoiada pela fundamentação. A ausência de qualquer dos elementos, em regra, induz a nulidade completa do ato. Além disso, o direito processual distingue

89 Seguimos de perto, com pequenas modificações, a sistematização de Robert ALEXY. "Vícios no exercício do poder discricionário". *in*: RT 779/11-46, set. 2000. Essa sistematização se baseia no direito alemão, onde foi aplicada aos vícios do exercício do poder discricionário (*Ermessensfehler*), que são, de acordo com a doutrina tradicional, três: (a) o excesso do poder discricionário; (b) a deficiência do poder discricionário; (c) uso defeituoso ou abuso do poder discricionário. Já fizemos uma exposição dessa doutrina, à qual se remete. Aqui cumpre observar que há autores, referidos por Alexy, adeptos de uma bipartição – baseada na lei processual administrativa alemã, que fala em *limites* e *finalidade* como elementos cuja violação opera a invalidade –, com a introdução posterior de distinções no interior de cada categoria de vícios (Wolf, Bachoff, Stern e Schwerdtfeger), dentre as quais a distinção entre vícios do processo e do resultado (Schwerdtfeger). Outros, também mencionados por Alexy, reduzem os três vícios tradicionais a um vício único: todos as infrações à ordem jurídica, no exercício da discricionariedade administrativa, seriam "excesso do poder discricionário" (Klein) ou "uso defeituoso do poder discricionário" (Soell). Na teoria de Klein, o "espaço" do poder discricionário confunde-se com os limites e, assim, toda a questão dos vícios pode ser resumida num problema de limites que foram excedidos. Em Soell, o vício único seria o de infração à *ratio legis*, que se traduziria na violação da "medida de vinculação dos vários escalões [da ordem jurídica]" ou em "não se realizar a individualização ordenada", de modo que todos os vícios seriam variantes do "uso defeituoso do poder discricionário". Existem também os juristas que, ante a dificuldade de formular em conceitos os vícios, limitam-se a elaborar "listas de vícios tão amplas quanto possível". Essas diferenciações ou reduções apresentadas por Alexy são tentativas, mais ou menos bem-sucedidas, de responder a questões universais, tais como: que elementos do ato que estão em contrariedade com a ordem jurídica?; o que os torna incompatíveis com o direito?; como as várias possibilidades de infrações à ordem jurídica se relacionam entre si? A referência ao direito alemão não impede que se tome essa construção, que visa a resolver problemas comuns a determinados tipos de ordenamentos, como ponto de partida e inspiração. Afinal, também no Brasil a Administração se acha submetida à lei e à Constituição; tem seus atos revistos pelo Poder Judiciário (ainda que não por tribunais especiais, como na Alemanha); e desfruta, dentro de certos limites e para a realização de certas finalidades, de uma liberdade estimativa equivalente ao conceito de *Ermessen* (ou *freies Ermessen*) dos alemães, que traduzimos, sem nenhum problema, por discricionariedade administrativa (ou poder discricionário).

90 Essa visão penetrou no direito administrativo brasileiro pelas mãos de um processualista, inspirado nas lições de Michele Taruffo sobre a sentença civil. Ver Antônio Carlos de Araújo CINTRA. **Motivo e motivação do ato administrativo**, pp. 106 e ss.

claramente vícios do procedimento, anteriores à sentença, de vícios da própria sentença, que incidem sempre sobre um de seus elementos intrínsecos, não obstante o fato de que vícios procedimentais insuscetíveis de sanatória (as "nulidades absolutas"), anteriores à sentença, levam também à nulidade desta (o que demonstra, a nosso ver, o caráter de *um* dos elementos da justificação ostentado pelo procedimento).

Por que deveria ser diferente no direito administrativo, cuja função, como já se observou, é a de tornar a administração cada vez mais semelhante à justiça[91]? Admitindo que seja possível uma teoria geral dos atos jurídicos e, de modo mais específico, uma teoria geral dos atos jurídicos de direito público, parece não haver a menor dúvida de que o direito processual (civil e penal) está em posição melhor do que o direito administrativo no que diz respeito à clareza, consistência e operatividade de seus conceitos. É uma referência que dá ainda mais força a nossa primeira distinção entre "processo" (de justificação, articulado na motivação) e "resultado" (ou decisão, enunciada no "dispositivo").

Essa distinção diz o que pode estar viciado (o processo ou o resultado), mas não as razões por que se acha em contrariedade ao direito na atividade administrativa discricionária. A razão para a invalidade é a de que o ato administrativo, que resulta do exercício da discricionariedade, tenha violado uma norma jurídica hierarquicamente superior. Essa norma superior pode ser regulamentar, legal ou constitucional. Então temos uma segunda distinção: a que separa os vícios da discricionariedade que consubstanciam infração a normas

91 Otto Mayer dizia: "sabemos que a organização da justiça serviu de modelo ao *Rechtsstaat*". Otto MAYER. **Derecho administrativo alemán**, t. 1, p. 93.

jurídicas ordinárias (leis e regulamentos) e a normas jurídicas constitucionais. A diferenciação dos vícios é sistematicamente relevante para saber quais os argumentos válidos – se aqueles da argumentação jusfundamental, por exemplo, ou se apenas os argumentos próprios do plano legislativo – e para resolver algumas questões práticas do controle jurisdicional, como a admissibilidade de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

A infração a uma norma jurídica na atividade administrativa pode decorrer de sua não-aplicação ou de uma aplicação defeituosa. Vimos que há três modalidades de aplicação: a subsunção, a ponderação e a valoração dos princípios formais que sustentam ou derrubam ponderações e subsunções. A atividade administrativa discricionária pode realizar uma subsunção indevida ou incorreta, assim como pode não realizar uma ponderação devida, ou negar, sem razão, valor formal a determinado enunciado normativo (o que se reflete numa ponderação ou subsunção incorreta). Em todos esses casos haverá um vício no ato administrativo: vícios de subsunção, de ponderação ou de valoração de um princípio formal.

A violação à ordem jurídica pode ser ainda estrutural ou de conteúdo. Serão de conteúdo as infrações que dizem respeito aos próprios elementos (fáticos e normativos) considerados no processo de justificação; e serão estruturais todas as demais, que se referem, portanto, ao modo como elementos juridicamente aceitos foram considerados. As razões estruturais nunca levam a vícios do resultado – são elas, no fundo, que mantêm a distinção entre vícios do processo e do resultado, pois em sua ausência todos os vícios do proceso conduziriam a defeitos no resultado e vice-versa.

De posse de tais distinções, podemos elaborar um sistema mediante a descrição das relações entre as classes de vícios separadas. Adiantamos que a importância sistemática dos vícios do processo de cognição, volição e argumentação é muito grande: todos os vícios do resultado podem ser representados como vícios do processo. Daí a proposta teórica, defendida neste trabalho, de reunir os limites da discricionariedade administrativa – dos quais resulta, em alguns casos, a redução da discricionariedade – sob a cláusula do devido processo legal. Pode-se afirmar, nesse sentido, que *todos* os vícios do exercício da discricionariedade administrativa configuram, direta ou indiretamente, uma ofensa ao devido processo legal do CF 5º, LIV, desde que se defina "processo" não apenas no sentido de uma seqüência de atos jurídicos, relativamente autônomos, tendentes à produção de um ato final, mas como "processo" cognitivo, volitivo e, sobretudo, argumentativo cujo resultado é o comportamento administrativo (produtor de normas ou apenas material) que aplica uma norma jurídica.

Essa afirmação, tantas vezes repetida, não é produto de uma simplificação exagerada com amparo na história, na doutrina e na jurisprudência. Trata-se antes de conseqüência necessária de um modelo adequado (mas certamente não o único adequado) de sistematização dos vícios da discricionariedade administrativa, que considera a diferença fundamental entre processo (em sentido amplo) e resultado. Ao mesmo tempo em que o devido processo legal constitui uma unidade, não anula – nesse modelo – a diversidade dos vícios da atuação discricionária da Administração Pública. Vejamos, agora, a distinção central entre vícios do processo e do resultado, a que se liga a problemática da violação "estrutural" ou "de conteúdo" da ordem jurídica, por ser a de maior importância para a compreensão da redução da discricionariedade.

3.2. Processo, resultado, conteúdo e estrutura: a dinâmica da aplicação do direito e da invalidade

Se todo ato discricionário inválido, viciado, defeituoso resulta de uma infração a normas jurídicas (ordinárias ou constitucionais) e a infringência pode se dar por *não*-aplicação ou aplicação *defeituosa*, então todos os defeitos do ato administrativo são um problema de aplicação de normas jurídicas. A aplicação, como vimos, pode ser descrita de modo satisfatório como um processo, mais ou menos complexo e ordenado pelo direito, que se desdobra em várias etapas e relaciona elementos fáticos, iluminados por hipóteses normativas, e normativos, selecionados à luz dos fatos, situações e circunstâncias que tenham sido provadas no curso de um procedimento. Esse processo tem duas dimensões: uma interior ao agente, que se desenvolve de acordo com as regras próprias de funcionamento da psique consciente e inconsciente e raramente se torna acessível aos demais; outra exterior, que se projeta numa articulação lingüística formalizada – a motivação[92].

A motivação tem precedência sobre os processos internos: uma precedência *prática*, resultante do fato de ser mais acessível ao conhecimento; e uma precedência *teórica*, pois os vícios que poderiam nulificar os processos psíquicos são exatamente aqueles que, se vertidos em linguagem competente e dados a conhecer, tornariam defeituosa também a motivação[93]. Assim, a única relevância jurídica dos processos desenvolvidos no psiquismo do agente que pratica o ato está

92 Na tradução do texto de Alexy, motivação é a dimensão interna; e “fundamentação”, a dimensão externa. Esse modo de falar não corresponde ao uso que se faz no direito administrativo brasileiro e, por isso, deve ser descartado. Reservamos o termo “motivação” para a enunciação dos pressupostos de fato e de direito; os processos internos, psíquicos, ficam sem denominação específica, até porque sua importância, como se sabe, não é muito grande.

93 Robert ALEXY. “Vícios no exercício do poder discricionário”, p. 29.

na hipótese de divergência entre as dimensões interna e externa do processo de aplicação do direito – um caso, como se sabe, tratado no Brasil sobretudo no capítulo do desvio de finalidade.

Esse ponto merece uma explicação maior. Se as dimensões externa e interna concordarem, basta examinar a motivação para encontrar algum vício, em razão da primazia, teórica e prática, da motivação. Agora, se a exteriorização das razões não corresponder ao processo interno, psíquico, intelectivo e volitivo, há quatro possibilidades. Primeira, apenas a motivação está viciada e, como isso é razão bastante para considerar inválido o ato, não se indaga se o processo interno do agente foi ou não adequado. Segunda, tanto a motivação quanto o processo estão viciados, de modo que o problema se resolve definitivamente também pelo exame apenas da motivação.

Os dois outros casos são mais interessantes. Se motivação e processos internos discrepam entre si, mas nenhum deles tem vício intrínseco, poderia parecer que o ato será válido, mas a questão não é tão simples. Embora não se exija perfeita adequação entre o pensado, o querido e o justificado (até porque isso seria impossível), um mínimo de correspondência deve haver, sob pena de tornar o ato viciado. A função administrativa não é apenas um jogo, um desafio intelectual de justificação de decisões cujas razões verdadeiras permanecem ocultas, mas o exercício de faculdades humanas superiores – cognição, julgamento e volição – para realizar o interesse público mediante a aplicação de normas jurídicas. As razões que de fato moveram o agente não podem estar totalmente divorciadas das razões enunciadas, não obstante uma coincidência total seja inviável. Para usar uma linguagem consagrada no direito brasileiro, o móvel pode não corresponder

inteiramente à motivação (e muitas vezes não corresponde), mas será inválido um ato no qual a representação subjetiva que suscita a vontade do agente não corresponda de nenhuma maneira à enunciação articulada das razões para a prática do ato, ainda que não haja no processo interno do agente nenhuma razão problemática que, enunciada, seria capaz de invalidar a motivação[94].

Esses argumentos servem para o quarto e último caso: a motivação conforme a direito e o processo interno defeituoso. Há duas situações que merecem destaque. Em primeiro lugar, parece claro que, respeitadas as crenças de cada indivíduo e seu papel na vida pública, a autoridade administrativa não pode decidir *exclusivamente* com base em processos que escapam ao controle racional. Assim como a autoridade não pode levar em consideração razões conscientes e sujeitas a exame racional que tenham sido, de antemão, proibidas pelo direito. Do ponto de vista teórico, superada a proverbial dificuldade de prova, os atos administrativos em que motivação e processos internos divirjam dessa maneira (motivação *válida*; processos psíquicos *inválidos*) serão viciados, mas há diferenças entre os dois tipos de divergência (processos "irracionais" e razões vedadas pelo direito). Alguns exemplos e argumentos adicionais podem esclarecer o ponto.

Não se pode *apenas* jogar um dado para o alto, consultar uma cartomante, tomar ayahuasca e, com base nas revelações do sobrenatural trazidas do fundo do inconsciente, ou nas determinações do acaso, escolher entre dois ou mais cursos de ação para *depois*, usando as técnicas da argumentação jurídica, justificar o resultado. A consideração de elementos passíveis de controle racional se impõe também, em alguma medida, no processo interior de cognição e volição. Essa

94 Celso Antônio Bandeira de MELLO. **Curso de direito administrativo**, p. 365

medida tem de ser, no mínimo, maior do que zero. Se é certo que processos inconscientes e "irracionais" se misturam (inconscientemente) a processos conscientes e "racionais" em toda atividade humana consciente[95], como é o caso da decisão administrativa, parece ser não menos certo que a balança não pode jamais pender *apenas* para o lado da inconsciência ou da irracionalidade. Vicia-se o ato, nesse caso, não porque haja elementos imunes a controle racional no processo psíquico (pois que se trata de algo inevitável), mas porque eles foram os *únicos* que determinaram a decisão.

O problema é diverso no caso de uma razão proibida pelo direito freqüentar o processo interior. Imagine-se o caso exemplar da desapropriação para a perseguição de um inimigo político; nesse caso, ainda que justificado o ato (motivação válida), se comprovada a influência da filiação partidária do expropriado no processo decisório, o ato será nulo. Note-se que não é preciso que as preferências políticas sejam o *único* fator relevante no processo interno, mas que seja de algum modo relevante. Figure-se hipótese em que a autoridade tenha negado autorização para uso de um box no mercado municipal, sob o argumento de que haveria prejuízo aos demais comerciantes e, algum tempo depois, se descubra que a cor da pele foi considerada de maneira significativa no processo decisório interior; mesmo que o argumento enunciado na motivação fosse capaz de justificar o

95 A psicologia do inconsciente foi a grande descoberta de Sigmund Freud, na virada do século XX, e influenciou de modo decisivo toda a psicologia posterior. Essa discussão sobre o papel do inconsciente na atividade consciente está muito longe do direito, mas é preciso fazer um esforço de aproximação, mesmo que o resultado, no início, seja quase uma tragédia (tanto para a psicologia, que se vê deformada por visões parciais de juristas inábeis, quanto para o direito, cuja pretensão de correção e, portanto, de racionalidade pode ser perigosamente desafiada – ou mesmo negada – por mal compreendidas explicações do fenômeno psíquico). Para uma comparação de três versões importantes da psicologia do inconsciente – Freud, Adler e Jung –, em versão acessível a leigos educados, como os juristas, ver C.G. JUNG. **Psicologia do inconsciente**. (Obras Completas de C.G. Jung, volume VII/1). Logo se aprende que não é possível compreender a obra de Jung sem referência a sua vida. Há várias biografias, mas nada melhor, para começar, do que o homem por ele mesmo. Ver a controvertida autobiografia C.G. JUNG. **Memórias, sonhos e reflexões**.

ato, este seria inválido porque uma consideração proibida pelo direito (cor da pele) influenciou os processos volitivos da autoridade.

Dissemos que os vícios do resultado são, em qualquer caso, vícios do processo, pois todos os defeitos dos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária dizem respeito ao processo de aplicação do direito (não aplicação ou aplicação defeituosa de normas jurídicas). A demonstração dessa proposição é simples. Tomemos o caso exemplar: a norma habilitante confere à autoridade, diante do pressuposto de fato descrito numa hipótese *H*, a liberdade de eleger entre as conseqüências *A* e *B*; mas a autoridade, verificado o fato *F*, que se subsume a *H*, decide escolher *C*, que não se achava prescrita no mandamento. Essa escolha pela autoridade de um resultado situado fora do quadro de possibilidades da norma habilitante nada mais é, no fundo, do que uma decisão insuscetível de justificação: não se consegue, de nenhum modo, justificar um ato administrativo cujo conteúdo não corresponda à prescrição da norma habilitante.

Mas isso é correto para todos os resultados inválidos: o conteúdo de qualquer ato administrativo será viciado exatamente por não corresponder a uma previsão normativa superior (Constituição, lei ou regulamento). Pode-se dizer, então, que um resultado será defeituoso quando não puder ser justificado de nenhuma maneira. Daí se segue que, se um resultado for inválido, todas as justificações possíveis para ele serão, também, inválidas. Então é correto afirmar um resultado será inválido se o processo que levou a ele for inválido. Já o inverso não vale – e a razão para isso é que determinados vícios do processo (e apenas vícios do processo) são estruturais, não dizem respeito aos elementos fáticos e normativos em si mesmo considerados, porém exclusivamente ao modo como eles se relacionam para chegar ao resultado.

Alexy identifica cinco vícios estruturais: (1) a divergência entre a motivação e os processos internos do agente; (2) o que na doutrina alemã se denomina "deficiência do poder discricionário", ou seja, a decisão administrativa tomada com base na suposição errônea de que se tratava do exercício de uma competência vinculada; (3) a falta de ponderação; (4) o déficit de ponderação; (5) a divergência entre resultado e processo[96]. Os quatro primeiros são "vícios estruturais no sentido estrito e verdadeiro", enquanto o último seria "vício estrutural no sentido mais amplo" porque, na verdade, é um vício material da motivação, que a torna incapaz de apoiar o resultado[97]. Em todos esses casos, o que ocorre é um problema no relacionamento entre elementos fáticos e normativos no processo de justificação ou, como diz Alexy, na "forma do processo da atuação discricionária", e não nos elementos em si mesmos.

O primeiro vício já foi examinado acima. No segundo, a norma habilitante exige a consideração das circunstâncias do caso concreto e uma escolha entre alternativas de comportamento igualmente lícitas, mas a autoridade, de modo equivocado, julga-se vinculada a um só resultado. Esse resultado pode ser correto, mas o processo como ele foi obtido não é o que se prefigurou na norma habilitante e, por isso, o ato será inválido independentemente da correção do resultado. No terceiro, a norma habilitante – ou alguma outra norma – exigia uma ponderação que não foi realizada. A diferença deste para o segundo está em que na "deficiência do poder discricionário" não ocorre *escolha*, ao passo que aqui uma escolha pode ter sido levada a efeito, mas sem que se procedesse a uma determinada e devida

96 Robert ALEXY. "Vícios no exercício do poder discricionário", p. 36.
97 Idem, p. 38.

ponderação. No quarto caso, houve escolha e ela foi precedida de uma ponderação. Entretanto, a ponderação será incompleta, por não considerar – no sentido de pelo menos discutir – algum elemento relevante[98].

O quinto caso requer maior atenção. Dá-se a discorância da motivação com o conteúdo (prescrição) de um ato administrativo não houver entre eles relação de adequação. Um resultado convém (é adequado) a determinada motivação quando pode ser justificado por ela. A expressão “ser justificado por” pode ser substituída por “apoiar-se em”, porquanto justificar é dar fundamentos (razões) que sustentam uma decisão. De acordo com o que expusemos até agora, um resultado inválido nunca se apóia numa motivação válida (ele só é viciado porque *nenhuma* motivação válida pode justificá-lo), e motivações válidas sempre produzem resultados válidos relacionados com elas. Assim, teremos divergência entre processo e resultado em dois casos: primeiro, no caso de a motivação ser viciada, mas o resultado, sem vício; segundo, no caso de tanto a motivação quanto o resultado serem viciados, mas o vício do resultado *não* decorrer do defeito da motivação[99].

Desse modo tem-se o sistema de defeitos dos atos praticados no exercício de competências discricionárias bem organizado em algumas proposições:

(1) os vícios do ato administrativo produzido no exercício de uma competência

98 Interessante observar que a questão do “peso” de cada um dos elementos da ponderação não se inclui, para Alexy, neste vício:a atribuição de “pesos” a cada um dos elementos é um problema de resultado. Nesse vício, portanto, estão os casos em que a autoridade simplesmente desconsidera (nem mesmo discute) um determinado ponto de vista.

99 Há uma outra possibilidade: a de que motivação e conteúdo sejam ambos válidos, mas não relacionados entre si por algum equívoco da autoridade. Trata-se de hipótese de invalidade do ato, por divergência entre o processo e o resultado do mesmo modo, mas entendemos que o juiz pode anular *somente* o conteúdo e decidir por si mesmo, respeitada a motivação administrativa, pois a motivação teria precedência sobre o conteúdo. Em outras palavras, esse vício pode ser considerado mero erro material, suscetível de correção judicial – e mesmo administrativa – sem maiores formalidades.

discricionária podem ser vícios do processo ou do resultado, conforme recaiam sobre a motivação ou sobre o conteúdo (prescrição) do ato, respectivamente;

(2) todos os vícios do resultado são vícios de motivação e, portanto, do processo, na medida em que o resultado defeituoso é aquele que não pode ser justificado por nenhuma motivação válida;

(3) os vícios do resultado sempre são de vícios de conteúdo porque os vícios do processo a que correspondem dizem respeito, sempre, aos próprios elementos fáticos e normativos relacionados na motivação;

(4) os vícios do processo podem ser de conteúdo (quando serão também vícios do resultado) ou estruturais, vale dizer, defeitos no *relacionamento* estabelecido pela motivação entre os elementos fáticos e normativos, mas não nos elementos mesmos;

(5) nem todo vício do processo (motivação) pode ser reduzido a um vício do resultado, o que demonstra a prioridade dos vícios do processo. Assim, pode-se ter um processo defeituoso, por vício estrutural, e um resultado válido, caso em que todo o ato será invalidado.

Essas proposições são muito parecidas com as de Alexy[100], com duas diferenças significativas: não restringimos os vícios estruturais aos cinco tipos descritos por Alexy, nem mencionamos duas outras distinções feitas por ele (vícios jurídico-constitucionais/ jurídico-ordinários e vícios da ponderação/ subsunção). Fizemos essas modificações, afora as cláusulas de estilo, por razões de ordem dogmática.

100 Robert ALEXY. “Vícios no exercício do poder discricionário”, pp. 38 e 39.

Em primeiro lugar, a limitação a apenas cinco vícios estruturais, a nosso ver, não restou bem esclarecida, além ignorar as dificuldades dos vícios da subsunção – definidos restritivamente como "vícios na aplicação ou não-aplicação de uma norma que não apresentam vícios de ponderação"[101] – e de não mencionar nem sequer de passagem os princípios formais, que são de especial interesse para o estudo do controle jurisdicional do exercício de competências discricionárias. Depois, as duas distinções de classes de vícios segundo a posição da norma jurídica violada no sistema jurídico e o modo de aplicação são quase supérfluas no contexto do sistema (mas não em si mesmas!), por não se relacionarem de modo juridicamente relevante com os demais conceitos. Tanto é assim que, no esquema delineado por Alexy, a diferenciação pela posição e pelo modo de aplicação só aparece na primeira proposição; as outras cinco cuidam exclusivamente dos vícios do processo, do resultado, de conteúdo e estruturais, o que bem dá a medida da escassa relevância sistemática (mas não necessariamente jurídica) das distinções realizadas.

3.3. O lugar sistemático do devido processo legal e da redução da discricionariedade

De tudo o que foi exposto, temos que o devido *processo* legal, no sentido material, é o processo de justificação adequado, correto, válido, capaz de produzir prescrições administrativas adequadas, corretas, válidas. Afirmamos que todos os vícios do exercício da discricionariedade podem ser divididos em vícios do processo ou do resultado e que os vícios do resultado, em todo caso, são vícios do processo. Isso precisa ser esclarecido um pouco mais. Há determinadas invalidades que são claramente exteriores ao ato administrativo, cuja intimidade estrutural, segundo

101Idem, p. 34.

defendemos, é habitada por motivação (que inclui a "enunciação enunciada"[102]) e prescrição (ou conteúdo). Elas são redutíveis às fórmulas de "vícios do processo" e "vícios do conteúdo"?

Pensamos que não em todos os casos. Adotando a sistematização de Celso Antônio Bandeira de Mello para os pressupostos de validade, o sujeito e a formalização (excluída a motivação, que para nós deve ser posta no conteúdo, como elemento do ato) são pressupostos cuja infração não recai nem no processo nem no conteúdo. Essa conclusão, no entanto, não chega a infirmar o que dissemos sobre os vícios dos atos praticados no exercício da discricionariedade administrativa.

Tomemos por exemplo a questão da competência ou, para ser mais exato, do pressuposto subjetivo do ato administrativo. Se o agente público não era competente, ou estava mentalmente incapacitado, ele não tinha discricionariedade. Nisso está toda a invalidade. Note-se que o processo de cognição, volição e argumentação pode ser inteiramente adequado, assim como o resultado. A questão é a de que faltava ao sujeito o título jurídico para decidir no caso. Logo, não se exerceu discricionariedade, pois não se dispõe daquilo que não se tem. Uma argumentação semelhante vale para a formalização, se excluída de seu âmbito – como entendemos – a motivação.

Nos demais casos, porém, parece-nos que é possível reduzir os vícios a uma questão de "processo" ou de "resultado". Primeiro, o motivo, que é o "pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato"[103]. Se ausente o motivo indicado pelo

102 Ver, para o conceito de "enunciação enunciada", que são as marcas da enunciação – ato irrecuperável, que se perdeu na corrente do tempo – deixadas no texto, José Luiz FIORIN. **As astúcias da enunciação**, p. 35-41.

103Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Curso de direito administrativo**, p. 363

agente, temos um vício de motivação falsa e, pois, de processo. Do mesmo modo, se o motivo existente e indicado na motivação não corresponde ao motivo previsto na lei (motivo legal), temos um vício de processo, por deficiente subsunção. Logo, os possíveis vícios "de motivo" são todos defeitos de processo no sentido que adotamos.

Os requisitos procedimentais – "atos [jurídicos] que devem, por imposição normativa, preceder a determinado ato"[104] – e seus respectivos defeitos foram excluídos de nosso sistema porque, segundo pensamos, podem ser entendidos como um dos elementos da justificação, no sentido mais amplo, não havendo razão para destacá-los como uma categoria à parte. Logo, foram assimilados a vícios do processo. Não vemos problemas sérios na assimilação, até porque a infração a normas jurídicas pode referir-se a direito substantivo ou adjetivo indistintamente, e se a adoção do procedimento ordenado pelo direito não garante, como vimos, resultados corretos é porque ele não é o *único* elemento da justificação. É possível, no entanto, considerar os vícios procedimentais, em razão da autonomia relativa dos atos que compõem o procedimento, como algo distinto dos vícios do ato final. Trata-se de opções que têm, na verdade, reduzido significado prático e teórico.

A finalidade – "o bem jurídico objetivado pelo ato"[105] – constitui objeto de normas jurídicas, em geral de princípios, e os defeitos relacionados a ela são, em todos os casos, vícios do processo, por aplicação equivocada ou não-aplicação de normas jurídicas (especialmente a ponderação). Pode-se dizer o mesmo da causa – "correlação lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato em função da

104Idem, p. 370
105Ibidem.

finalidade tipológica do ato"[106] – que nada mais é, como repetimos insistentes vezes ao longo deste trabalho, uma relação entre elementos fáticos (motivo) e jurídicos (conteúdo e finalidade), inteiramente absorvida no conceito de processo de justificação.

Feitos os necessários esclarecimentos, vejamos em que lugar se acham, no sistema, a cláusula do devido processo legal e a redução da discricionariedade.

3.3.1. Devido processo legal

Ao definir o devido processo legal como sinônimo de interdição da arbitrariedade, fizemos referência ao processo cognitivo, volitivo e argumentativo de justificação de um juízo concreto de dever ser (prescrição ou conteúdo do ato administrativo). Apenas os juízos que possam ser racionalmente justificados passam no teste da vedação do arbítrio. Desse modo, o devido processo legal nada mais é do que a exigência de um processo válido, segundo o direito, para apoiar a decisão administrativa.

É fácil perceber que a cláusula do devido processo legal, nessa perspectiva de síntese, abrange todos os limites da competência discricionária. Se os defeitos dos atos administrativos produzidos no exercício da discricionariedade podem ser definidos como violação dos limites em sentido muito amplo – que inclui todas as vinculações jurídico-positivas da discrição – e todos os vícios são, por definição, vícios do processo de cognição, volição e argumentação, seria correto dizer que a invalidade tem como ponto de referência, em todos os casos, uma ofensa ao devido

106 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, **Curso de direito administratvo**, p. 373.

processo legal em sentido material.

O argumento, embora correto, não faz justiça ao caráter extermamente detalhista e minucioso da Constituição brasileira nem à distinção, que esboçamos antes, entre vícios jurídico-ordinários e vícios jurídico-constitucionais. Reduzir todos os vícios a uma violação do devido processo é teoricamente possível no sistema que adotamos; ocorre, porém, que outras normas jurídicas podem ser violadas também, dentre elas a norma habilitante, que vem disposta em *lei*, não na Constituição.

Parece exagerado, no mínimo, dizer que o caso mais tosco de infração a normas jurídicas no exercício da competência discricionária – a escolha de uma conseqüência não prevista, em abstrato, na norma habilitante – seja uma ofensa direta ao devido processo legal. Mais correto seria, primeiro, qualificá-la como violação da lei que veicula a norma habilitante e, por extensão, do princípio da legalidade da Administração. Isso, por certo, não obstante a possibilidade de descrevê-la, também corretamente, como um vício do "processo": resultados não previstos abstratamente na norma habilitante não podem ser validamente justificados, de modo que *qualquer* processo de justificação desse resultado será defeituoso.

Mas o devido processo legal está longe de ser supérfluo e o que garante sua fecundidade é o caráter de norma-síntese. A invalidade por ausência completa de motivação, por exemplo, carece no direito brasileiro de uma norma jurídica de caráter constitucional específica em que se apoiar. Pode-se entender que essa falta de norma significa a concessão de um certo espaço para legislador configurar o dever de motivar e, se o caso, excluir dele determinados atos cuja motivação estime

desnecessária. Entretanto, o conceito de motivação como processo de justificação, associado à cláusula do devido processo legal, impede que se fale em *pas de motivation sans texte*. Vale um princípio constitucional segundo o qual, *prima facie*, os atos administrativos devem ser motivados. Na ausência de princípios ou regras constitucionais contrários, o dever de motivar, assim apoiado no CF 5º, LIV, torna-se definitivo.

A questão do relacionamento entre os elementos fáticos e normativos, no processo de justificação, também não conta com um suporte firme na Constituição brasileira. Apesar de o princípio da proporcionalidade, que regula a ponderação entre princípios, decorrer logicamente do caráter de princípio – mandamento de otimização das possibilidades fáticas e jurídicas – das normas consideradas, há casos em que, como vimos, a ponderação não ocorre segundo a estrutura das regras parciais da proporcionalidade. Por exemplo, um princípio pode conflitar com uma regra – onde podem entrar em jogo princípios formais, estranhos ao procedimento de ponderação –, ou então a subsunção de um fato a uma regra pressupõe, de algum modo, prévias ponderações de conceitos práticos sem o caráter de princípio.

Essa ponderação livre de normas ocorre sempre que houver discricionariedade administrativa no caso concreto, ou seja, sempre que não se tiver a hipótese, de resto excepcional, da redução da discricionariedade a zero. A discrição se concede para que a autoridade considere as circunstâncias do caso concreto e decida por uma dentre várias soluções igualmente “justas” ou justificáveis à luz da norma habilitante. Nesse processo de decisão, a autoridade pode ser chamada a ponderar interesses, bens, necessidades que não são objeto de normas

jurídicas. É fácil perceber que, embora a ponderação em si não seja regulada pelo direito, tem-se por existente, em toda competência discricionária, um dever jurídico de realizar a ponderação dos elementos (suscetíveis, por óbvio, de uma ponderação) presentes no caso concreto. Mas onde se fundamenta, de modo específico, esse dever?

A resposta, neste momento, parece clara: a cláusula do devido processo legal provê a fundamentação específica de um dever genérico de ponderação (que inclui a ponderação de elementos não previstos em normas jurídicas). A falta de ponderação, como vimos, pode ser descrita como um vício estrutural do processo, que não compromete necessariamente o resultado mas leva à invalidação do ato. Assim, o dever de realizar uma ponderação, ainda que livre de normas jurídicas, resulta da exigência de um processo de justificação que assegure a racionalidade do resultado, mesmo quando a autoridade dispõe de liberdade de eleição de "indiferentes jurídicos". Essa exigência nada mais é do que outro nome para o devido processo legal.

Em outras palavras, o lugar sistemático do devido processo legal, em sentido material, consiste, sem prejuízo da função de síntese, em fundamentar de modo específico e direto, desnecessária a referência a outras disposições:

(1) o dever constitucional, *prima facie*, de motivação dos atos administrativos;

(2) a norma jurídica violada quando se tem um vício estrutural do processo.

A primeira função da cláusula do devido processo já foi bem explorada. A

segunda função demonstra-se do seguinte modo. Nos vícios estruturais do processo, o problema não está nos elementos fáticos e jurídicos considerados na motivação. O defeito se localiza no *modo* como esses elementos foram relacionados pela motivação. A violação à regra habilitante, ou a outras normas que concorreram para a solução do caso, será indireta; a ofensa direta diz respeito a uma norma que prescreve como os elementos (inclusive outras normas) devem ser postos em relação no processo de justificação de um ato administrativo. Essa norma pode ser o princípio da proporcionalidade, cuja existência se deriva *logicamente* do caráter de princípio das normas consideradas, ou alguma outra, que pode ser adscrita à cláusula do devido processo legal se os elementos defeituosamente relacionados não forem princípios materiais.

Aliás, a segunda função do devido processo legal em nossa sistematização explica muito bem por que a jurisprudência e a doutrina brasileira derivam do CF 5º, LIV, os princípios da “razoabilidade” e da “proporcionalidade”: nos termos em que formulados pela doutrina e aplicados pelos tribunais, esses princípios são normas que regulam o modo de aplicação de outras normas; logo, relacionam elementos normativos e fáticos numa estrutura de aplicação que é objeto de um processo de justificação.

3.3.2. Redução da discricionariedade

A redução da discricionariedade consiste na eliminação no caso concreto, por incompatibilidade com o ordenamento jurídico, de pelo menos uma alternativa de comportamento administrativo prevista abstratamente na norma habilitante. Ela

pressupõe a existência de limites objetivos à discricionariedade situados fora da norma habilitante (pressuposto jurídico-dogmático) e a possibilidade solução de conflitos normativos (pressuposto lógico). Uma variante da definição acima: a redução da discricionariedade é um dos resultados possíveis da solução de um conflito normativo, diante de um dado suporte fático, em desfavor da norma habilitante. E, refinando um pouco mais, teríamos que a redução da discricionariedade é o resultado da solução concreta de um conflito normativo, que não se dê no plano da validade, em desfavor da norma habilitante.

Assim, a redução da discricionariedade ocorre sempre como resultado de um conflito normativo e, portanto, no plano da aplicação do direito. Se a aplicação do direito pode ser descrita como um processo de cognição, volição e argumentação, que relaciona elementos fáticos e normativos de acordo com regras e princípios específicos, então a redução da discricionariedade incide sobre os resultados possíveis desse processo. No fundo, significa que pelo menos um dos resultados abstratamente previstos na norma habilitante não pode ser concretamente justificado porque ele se acha em contradição, ou contrariedade, com o conteúdo de dever ser de uma norma co-incidente, que tem, ao lado da norma habilitante, pretensão de regular o caso. A “pretensão de regular o caso”, em rigor, quer dizer que uma das propriedades da situação fática posta diante da Administração se acha descrita na hipótese de incidência de regra ou princípio diverso da norma habilitante.

Esses conceitos sugerem que se pode resumir nisto o problema: dá-se a redução da discricionariedade quando um dos resultados possíveis, em abstrato, na regra de competência for viciado. Pela identidade completa entre vícios do resultado e vícios do processo, pode-se redefinir em termos de motivação (processo de

justificação) o fenômeno da redução da discricionariedade. Mas vícios do processo que levam a vícios de resultado são apenas os vícios “de conteúdo”, em oposição aos estruturais. Logo, o defeito que invalida o resultado incompatível com a norma co-incidente, quando se dá a redução, não se refere somente ao modo de relacionamento dos elementos fáticos e jurídicos relevantes: afeta os elementos mesmos.

Assim, a redução da discricionariedade nada mais é do que outro nome para a circunstância de um resultado, compreendido na prescrição da norma habilitante, ser defeituoso (insuscetível de justificação) no caso concreto. Ela se relaciona com o devido processo legal, em sentido material, em razão da identidade entre vícios do resultado e do processo. Mas nunca ocorrerá redução da discricionariedade se o vício da justificação for estrutural: por isso, diante de um defeito que diga respeito apenas ao relacionamento dos elementos normativos e fáticos (mas não a eles próprios), o Poder Judiciário limita-se a anular o ato e determinar que seja produzido outro, sem vícios.

A função de síntese do devido processo legal abrange, desse modo, a redução da discricionariedade: pode-se dizer que a redução da discricionariedade resulta, em todos os casos, de uma violação do devido processo legal. Agora, nem toda violação do devido processo legal na justificação dos atos administrativos opera uma redução da discricionariedade. A uma porque os vícios estruturais *nunca* reduzem a discricionariedade. A duas porque, se o resultado vicioso se achar fora da moldura da norma habilitante, não se pode falar em redução da discricionariedade (ao menos no conceito que adotamos).

É claro que se pode falar numa redução da discricionariedade em sentido amplo, para incluir os limites estruturais ao processo de aplicação do direito e, desse modo, identificar completamente o âmbito do devido processo legal e da redução da discricionariedade. Afinal, o dever de realizar uma escolha justificada, o dever de ponderação, o dever de incluir determinados elementos na ponderação, o dever de correlação entre justificação e resultado, o dever de observância das regras da lógica formal na subsunção; todos esses deveres reduzem, de algum modo, a liberdade administrativa de conformar seus processos cognitivos, volitivos e argumentativos de acordo com sua própria vontade, mesmo quando tal redução não afete de modo imediato o resultado (a prescrição ou o conteúdo do ato administrativo). É difícil, no entanto, vislumbrar alguma utilidade, para a solução dos problemas realmente interessantes do campo da discricionariedade administrativa, em manejar conceitos – de redução da discricionariedade e de devido processo legal – tão amplos. Possivelmente, com sorte, chegaríamos apenas a resultados triviais

Para encerrar a discussão, convém analisar um exemplo, retirado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao qual se pode tentar aplicar nossa sistematização.

3.3.3. Um caso de redução da discricionariedade a zero

Não são muito comuns os casos de redução da discricionariedade a zero, em que desaparece a liberdade estimativa da Administração e pode, em conseqüência, o Poder Judiciário, além de anular o ato administrativo impugnado, dispor de modo

positivo sobre a matéria que era objeto de uma competência discricionária. Em caso que não tem merecido atenção da doutrina, o Supremo Tribunal Federal decidiu por uma redução a zero da discricionariedade na prorrogação do prazo de validade de concurso público (CF 37, III) e da nomeação dos aprovados durante esse prazo, de outro[107]. Trata-se de um exemplo interessante para a análise dogmática do fenômeno.

A situação fática posta diante do tribunal era a seguinte. O Tribunal de Justiça do Estado do Piauí abriu, em 26 de abril de 1988, concurso para o cargo de juiz de direito adjunto. Nesse certame foram aprovados 46 (quarenta e seis) candidatos, para 50 (cinqüenta) vagas, mas o tribunal nomeou apenas 33 (trinta e três) deles. Quando o prazo de validade do concurso – de dois anos, a teor do CF 37, III – estava prestes a expirar, os 13 (treze) candidatos preteridos requereram a prorrogação, por igual período, tal como prevista na Constituição Federal (CF 37, III).

O plenário do Tribunal de Justiça do Piauí, em sessão secreta, indeferiu o requerimento dos candidatos aprovados e classificados dentro das vagas existentes, por seis votos a cinco, e um voto nulo (impossível deixar de especular o que teria levado um desembargador a anular seu voto...), sem nenhuma motivação. Pouco tempo depois, o tribunal abriu novo concurso para o preenchimento dos cargos vagos de juiz de direito substituto (nova demoninação, decorrente da Constituição de 1988, para os cargos iniciais da magistratura de carreira).

Os candidatos preteridos impetraram mandado de segurança no próprio Tribunal de Justiça. Depois de perder em duas instâncias (no tribunal piauiense e no

107 RE 192.568-0/PI, 2ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 13/09/1996.

STJ), tiveram seu recurso extraordinário provido pelo o Supremo, para “assegurar a imediata nomeação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, para os cargos de Juiz de Direito Adjunto”.

Nesse caso se tem uma competência discricionária em relação à prorrogação do prazo de validade do concurso: a Administração é livre para, segundo considerações extrajurídicas, prorrogá-lo ou não. Entretanto, faltava motivação do ato administrativo que indeferiu o requerimento de prorrogação. Disse o ministro Carlos Velloso em seu voto que “[a] Administração poderia indeferir, é certo, o pedido”. Ele mesmo acrescenta em seguida que o tribunal piauiense “[t]eria, entretanto, que dar os motivos do indeferimento”. Em sua opinião, portanto, “[n]ão prorrogo, porque não quero, foi o que parece ter ocorrido”.

O ministro Néri da Silveira, embora divergisse das conclusões da maioria, também reconheceu a nulidade do ato de indeferimento, por ausência de motivação. Disse ele: “a decisão do Tribunal do Piauí, ao indeferir, sem motivação, o pedido de prorrogação do prazo de validade do concurso público de juiz de direito adjunto, efetivamente, é nula”. O relator, ministro Marco Aurélio, considerou que: “[n]ada mais se disse. Não se apontou uma causa; não se revelou o motivo pelo qual se partiu para esse procedimento discrepante do que normalmente acontece no âmbito da Administração Pública, que é o alusivo ao indeferimento da prorrogação do prazo de dois anos de validade do concurso”.

Assim, continuou o relator, “se olvidou os ares democráticos decorrentes da Carta de 1988, deixando-se de fundamentar decisão de importância maior para aqueles que abandonaram o dia-a-dia da vida gregária e se dedicaram a um

certame tão difícil como é o relativo ao cargo de juiz". A falta de motivação, no entanto, se mostra incapaz de justificar sozinha um dever de prorrogação do prazo de validade de concurso público. Aliás, como afirmamos há pouco, *nunca* ocorre a redução da discricionariedade apenas por vício de inexistência de motivação. Anula-se o ato e, se outro vício (de resultado) não houver, devolve-se a matéria ao conhecimento da autoridade administrativa. Seria preciso então que, além de não estar formalmente motivada, uma e somente uma decisão pudesse justificar-se nas circunstâncias do caso concreto.

Foi o que a maioria da 2ª Turma do Supremo entendeu. Nos votos de três ministros – Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Carlos Velloso – se acha bem claro um argumento pela impossibilidade de justificação de eventual decisão de, primeiro, não nomear e, segundo, não prorrogar. Para Marco Aurélio, relator, "à administração pública somente interesse a arregimentação dos candidatos". Essa finalidade seria a única a que se presta o concurso público. Ao não prorrogar o concurso e deixar de nomear candidatos aprovados e classificados dentro das vagas existentes, Marco Aurélio considera que o Tribunal de Justiça do Piauí só poderia justificar seu ato numa suposta desnecessidade de preenchimento das vagas, que ele não via por duas razões: "[a] uma, tendo em vista que a deficiência do número de órgãos do Judiciário é proclamada diariamente. A duas, porquanto o próprio edital de concurso sinalizou não apenas para o preenchimento das vagas existentes, como também das que surgissem no prazo de validade e aproveitamento dos candidatos".

O ministro Maurício Corrêa foi mais incisivo e objetivo (ainda que o texto seja um tanto confuso). Disse ele que "do ponto de vista racional e da economia nada justifica que havendo candidatos aptos em determinado concurso, incompreensível

se torna a realização de um outro, quando já há naquele candidatos que não foram nomeados". Assim, a abertura de concurso, para os mesmos cargos, pouco tempo depois da não prorrogação, seria reveladora da inexistência de uma boa razão para deixar escoar o prazo de concurso anterior no qual havia candidatos aprovados e classificados entre as vagas. Ele acresce que "[n]ão há lógica para compreender providência dessa despisciência, que até o bom senso recrimina e afasta".

Para Carlos Velloso, com didatismo que convém destacar, a regra de solução do caso poderia ser enunciada assim:

> *"Se a administração abre concurso público, realizando despesas, para preenchimento de um certo número de vagas, ela se obriga a nomear, no prazo do concurso, os aprovados dentro do número de vagas, a menos que surja motivo, com base na conveniência administrativa, a recomendar o não preenchimento das vagas. O motivo há de ser consistente, sempre sujeito ao controle judicial."*

No argumento de Velloso o controle judicial incidiria sobre a conveniência administrativa para aferir se ela se achava "comprovada mediante os motivos do ato", ou seja, a existência e a consistência dos motivos (que pode situar-se na "causa" dos atos administrativos, ou seu pressuposto lógico). A situação referida no processo, segundo Velloso, demonstrava que "as vagas deveriam ser preenchidas", não subsistindo motivo de "conveniência administrativa" para a não nomeação no prazo de validade e, depois, para a não prorrogação.

A falta de nomeação, durante os dois anos de validade do concurso, de candidatos aprovados e classificados dentro das vagas existentes reclamava

motivação, ausente no caso. Ademais, estava a exigir, na opinião dos ministros do Supremo, que se comprovasse a desnecessidade de provimento dos cargos. Embora não se tivesse motivação alguma, a abertura de outro concurso para as mesmas vagas, pouco tempo de pois de expirado, sem prorrogação, o prazo de certame no qual havia candidatos aprovados e classificados, revelava a *necessidade* de novos juízes para o Poder Judiciário do Estado do Piauí. Por isso, o tribunal estaria *obrigado* a prorrogar o prazo e, segundo se pode depreender do resultado do julgamento no Supremo, se achava no dever de *nomear* os candidatos remanescentes do concurso anterior.

Esse dever resultaria – pelo que decidiu o Supremo – da incidência, no caso, do CF 37, IV. Ali se assegura aos aprovados em concurso público, durante o prazo de validade do certame, prioridade na nomeação sobre novos concursados. Esse direito constitucional visa a assegurar o respeito à impessoalidade (CF 37, *caput*), como observou o ministro Marco Aurélio ao afirmar que o tribunal piauiense "diante de listagem de candidatos que, consoante a previsão do edital, estavam habilitados [...] deliberou, já conhecidos os nomes, nomear apenas alguns", sem considerar as "necessidades maiores do Judiciário" de provimento dos cargos, reveladas na "realização de um novo concurso, quando então novos candidatos poderiam inscrever-se".

Por isso, a não nomeação durante o prazo, havendo vagas e candidatos aprovados e classificados dentro das vagas, *somente* poderia ser justificada, à luz da regra do CF 37, IV, e do princípio da impessoalidade do CF 37, *caput*, pela desnecessidade de provimento dos cargos, o que não se verificava no caso concreto *exatamente* pela abertura de novo concurso para colmatar as vagas não

preenchidas. Assim se reduziu, pela incidência de uma regra e princípio diverso da regra de competência, a discricionariedade a zero.

A reconstrução do argumento do Supremo pode ser feita do seguinte modo:

(1) a administração do tribunal deveria ter *nomeado* os aprovados, para as vagas disponíveis, durante o prazo de validade do concurso, salvo razões de interesse público ou, como disse o ministro Velloso, de "conveniência administrativa";

(2) não o fazendo, por razões desconhecidas, deveria ter *prorrogado* o prazo de validade do concurso, ressalvadas as mesmas razões de interesse público que a teriam levado a não nomear;

(3) a única razão capaz de justificar a *não* nomeação e, portanto, a não prorrogação seria a desnecessidade de provimento dos cargos, pois a finalidade do concurso é prover cargos ou, como disse o ministro Marco Aurélio, "a arregimentação dos candidatos";

(4) as circunstâncias do caso concreto, reveladas pela abertura de novo concurso para as vagas não preenchidas em virtude da não nomeação dos aprovados em concurso anterior não prorrogado, demonstravam a necessidade de prover os cargos de juiz de direito substituto no Estado do Piauí;

(5) a não nomeação dos candidatos aprovados e classificados entre as vagas – e, portanto, a não prorrogação do prazo de validade do concurso – era insuscetível, no caso concreto, de justificação, de modo que os aprovados tinham direito à nomeação.

Trata-se de um argumento, a nosso ver, com muitos problemas. A proposição

(3), por exemplo, faz tábula rasa de eventuais restrições orçamentárias que podem impedir, materialmente, o aproveitamento de todos os aprovados para as vagas disponíveis – o que também seria uma razão "de conveniência administrativa" perfeitamente aceitável (não contrária a nenhuma norma jurídica) para não nomear. Assim como a proposição (4) parece desconsiderar a dinâmica temporal intrínseca à Administração, que pode tornar *necessário*, em momento posterior, o provimento de cargos que em dada ocasião se estimava *desnecessário*, por motivos como volume de trabalho, correlação entre juízes e população, número de varas efetivamente instaladas e em funcionamento etc..

Deve-se lembrar que a lei, quando cria cargos, presume uma necessidade abstrata (e, por isso, autoriza o provimento), mas não parece obrigar, *ipso jure*, a Administração a preenchê-los todos sem consideração da necessidade concreta. Se fosse assim, a Administração, tão logo a lei entrasse em vigor, deveria abrir concurso público para o provimento de todas as vagas criadas e haveria mesmo um direito subjetivo dos interessados à abertura do concurso. Esse dever e o correspectivo direito, ao que consta, nunca foram reconhecidos pelo Supremo. Assim, a necessidade concreta, independentemente da existência de cargos vagos e mesmo de candidatos aprovados em concurso, deve ser avaliada pela Administração em cada caso.

Ademais, na mesma linha, o salto que os ministros teriam feito em (2) e (5), que identifica as razões para não nomear candidatos aprovados e classificados dentre as vagas e não prorrogar o prazo de validade, não parece tão claro, pois nada impede que as razões para nomear (ou não nomear) num momento *t* sejam diversas das razões para prorrogar (ou não prorrogar) o concurso em *t'*. É possível

que em *t* a Administração deixe de nomear porque a despesa com pessoal do Poder Judiciário supera os limites legais, e em *t′* resolva não prorrogar o concurso porque, aliviados os limites das despesas, reputa-se mais urgente, nos próximos dois anos, recompor os quadros de outra carreira judicial que não a da magistratura. Assim, não há identidade necessária de motivos para os atos de nomeação e de prorrogação do concurso.

Apesar de seus possíveis problemas, a estrutura da decisão do Supremo revela que a redução da discricionariedade é o fenômeno pelo qual ao menos uma das conseqüências jurídicas previstas abstratamente na norma habilitante (no caso, a não nomeação dos candidatos aprovados e habilitados entre as vagas oferecidas e a não prorrogação do prazo de validade do concurso) é insuscetível de justificação no caso concreto, por incidência de outras normas jurídicas (o CF 37, IV c/c CF 37, *caput*). Isso resta claro na ementa do julgado, em que o ministro Marco Aurélio consignou: “[e]xsurge configurador do desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso **sem justificativa socialmente aceitável** e publicação de novo edital com idêntica finalidade” (sem grifos no original).

CONCLUSÕES

1. Conclusões gerais do trabalho

A síntese proporcionada pelo devido processo legal não deve nos deixar encantar: ela tem limites claros, postos na Constituição, que são todas as outras normas aplicáveis ao regime jurídico administrativo ou a âmbitos materiais de atuação do Poder Público. Se algo podemos aprender com a experiência americana do instituto é a lição de que ele serve para o bem e para o mal – independentemente do conteúdo concreto que se dê a esses valores em cada situação de aplicação da cláusula *due process*. Isso ocorreu, em grande medida, pelo uso quase abusivo do devido processo como a expressão de um núcleo difuso de liberdades fundamentais que poderiam ser descobertas e protegidas pelos juízes contra o legislador, sem texto expresso. A falta de distinções mais ou menos claras tornou a jurisprudência do *due process of law* imprevisível, sujeita a revisões periódicas. Em vez de forjar consensos, semeou a discórdia.

A riqueza da dogmática jurídica está precisamente na *separatio*, na divisão

dessa unidade fundamental que é o sistema jurídico[1]. Abandonar a capacidade de distinguir significa renunciar à dogmática como instrumento da decidibilidade dos conflitos, o que nos obriga a buscar uma nova função para ela ou a mudar de profissão. Apesar de imprescindíveis, os conceitos de síntese encerram em si o grande perigo de manter indiferenciado, numa espécie de caos primordial, o material normativo disperso nas fontes do direito. Talvez seja possível construir um sistema de direitos fundamentais com base no texto do CF 5º, LIV: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Mas é necessário e desejável?

Em primeiro lugar, não é necessario derivar um sistema completo da cláusula do devido processo legal – um sistema limitado, como o que defendemos, bastaria. A abundância de textos constitucionais que servem de parâmetro de aferição da validade dos atos do Poder Executivo recomenda um papel modesto, discreto, para a grande síntese do devido processo legal. Apenas quando o devido processo legal for capaz de prover uma fundamentação mais robusta do que suas alternativas para um direito subjetivo ou um dever administrativo se deve lançar mão da cláusula.

De acordo com o que expusemos no capítulo sobre o conteúdo jurídico do devido processo legal, pode-se afirmar que no direito administrativo o CF 5º, LIV, fundamenta melhor do que suas alternativas sistemáticas: (1) a exigência de que o legislador ou, em sua falta, a Administração mesma adote processos administrativos *adequados* a cada tipo de atividade administrativa; (2) a exigência de que a

1 O uso da expressão latina "separatio" inspira-se na operação alquímica de mesmo nome, que pode ser considerada uma projeção inconsciente sobre a matéria de formas arquetípicas diretamente relacionadas à criação, ao conceito, ao critério e ao juízo – ou seja, ao conhecimento analítico de modo geral. Ver Edward F. EDINGER. **A anatomia da psique: o simbolismo alquímico na psicoterapia**, pp 198-225.

Administração e os juízes interpretem os textos normativos que disponham sobre o processo de acordo com o tipo de atividade administrativa considerada; (3) a dimensão procedimental inerente aos direitos fundamentais; (4) o dever de motivação de todos os atos administrativos; (5) a exigência de justificação racional, ou de um adequado processo de argumentação, cognição e volição, para o conteúdo normativo de todos os atos administrativos. Fora desses casos, que não são poucos nem pouco importantes, o devido processo legal parece não acrescentar muito à fundamentação concreta de posições jurídico-administrativas.

Um sistema dos direitos dos administrados perante a Administração inteiramente baseado na cláusula devido processo legal seria indesejável também. Sabe-se que, da primeira à última palavra, o texto da Constituição brasileira transborda conteúdo axiológico em suas altissonantes disposições. O motivo parece ter sido o reconhecimento, pelos autores da Constituição, de que a sociedade brasileira tem poucos valores fundamentais de consenso, resultado de sua profunda divisão regional, social, cultural, étnica e econômica. Então buscou-se afirmar, na Constituição, todos os valores de uma sociedade plural sem uma hierarquia clara entre eles. A possibilidade de conflitos axiológicos, numa Constituição como a brasileira, é quase infinita.

Pois bem. A aplicação conscienciosa de uma cláusula tão aberta quanto a do devido processo legal precisa de alguma uniformidade *real* de valores na sociedade. Pontos inegociáveis que constituam o padrão mínimo de decência e respeito que os cidadãos em conjunto, se não por unanimidade ao menos por ampla maioria, julgam razoável exigir de seus governantes. Isso não existe em escala apreciável no Brasil. No máximo, dentro da cultura jurídica haverá alguma consensualidade sobre esses

pontos. É natural que seja assim, pois advogados, juízes, promotores, juristas e professores estão em contínua reflexão e aplicação de conceitos sobre o Estado, o poder, o direito e os limites de cada um. Além disso, aprendem desde cedo na profissão a pensar em valores.

Agora, a cultura jurídica não detém título para falar por toda a nação. Está claro que as profissões jurídicas são a consciência mais profunda de um povo. Exatamente por isso tendem a se esquecer de que não estão no comando. Identificam-se, de modo até inconsciente, com a totalidade e o centro dinâmico da verdadeira nacionalidade. Só que a cultura jurídica *não é* a totalidade do povo brasileiro. Sua pretensão de ser porta-voz dos valores sociais de consenso é inflacionária. A consciência, por mais importante que seja, não é o todo; sempre será parcial. Então como se pode dar à cultura jurídica – em última análise – o poder de dizer qual é o substrato axiológico comum da sociedade brasileira sem criar um indisfarçável "elitismo" autoritário?

Não é um problema de menor importância numa democracia pluralista e deve ser levado a sério pela dogmática jurídica. Por isso, a nosso ver, cláusulas como o devido processo legal, que permitem uma abertura sistemática a esse legislador universal encarnado nas profissões jurídicas, têm uma função limitada em sistemas constitucionais como o brasileiro. A síntese operada por esses conceitos não deve substituir a análise rigorosa e individualizada das partes que a compõem.

O devido processo legal adquiriu ao longo da história muito mais metafísica do que os chocolates de Álvaro de Campos[2]. Se a função do direito administrativo,

2 Do poema Tabacaria (1928), de Álvaro de Campos, heterônimo de Fernando Pessoa:

no quadro do saber universal, é a de transformar a metafísica das relações entre os indivíduos e o poder em técnica a serviço do equilíbrio entre autoridade e liberdade, então o devido processo legal tem de ser traduzido em suas aplicações práticas, cotidianas, fastidiosas, burocráticas e comezinhas, lá onde Leviatã encontra o homem de carne e osso. Isso é tudo o que importa para limitar os *dois* pólos de Leviatã – o poder e seu controle (que também é poder) – e alcançar um compromisso que, não obstante, se sabe instável e provisório.

A síntese ilumina e esclarece as íntimas conexões dos vários elementos da realidade. Mas também confunde. Daí a necessidade de *separatio*, para que não se perca a compreensão de que o todo se compõe de partes relativamente autônomas – e que reivindicam à força sua autonomia constitutiva e essencial, quando contrariada. Sem a *separatio*, o risco de que juristas substituam os filósofos numa utopia de tipo platônico torna-se real. Isso pode, claro, não ser visto como um mal. Pode-se argumentar que se trata de um risco que valeria a pena correr se o resultado fosse uma ampliação da liberdade e do bem-estar geral. Entretanto, é razoável supor que um sistema no qual "todo o poder emana do povo" (CF 1º, parágrafo único) pretende, no mínimo, que a obra mais importante do povo soberano – a Constituição – não seja reduzida a um punhado de fórmulas gerais que confiram amplos espaços de liberdade (e poder) a um relativamente pequeno grupo de sábios togados.

(Come chocolates, pequena;
Come chocolates!
Olha que não há mais metafísica no mundo senão chocolates.
Olha que as religiões todas não ensinam mais que a confeitaria.
Come, pequena suja, come!
Pudesse eu comer chocolates com a mesma verdade com que comes!
Mas eu penso e, ao tirar o papel de prata, que é de folhas de estanho,
Deito tudo para o chão, como tenho deitado a vida.)

Em termos práticos, a cláusula do devido processo legal não funciona como uma “super-norma” de síntese material do sistema. Em sua dimensão substantiva ela é uma norma dentre outras, que tem a função específica regular o processo de aplicação do ordenamento jurídico como um todo. Essa referência à totalidade permite que seja um conceito de síntese. Mas o que se aplica em cada caso concreto são *as outras* normas, segundo uma estrutura que deve ser compatível com o devido processo, ou seja, um processo capaz de assegurar a correção – em termos de adequação ao direito – dos possíveis resultados.

Nosso primeiro esforço foi o de mostrar que, por razões históricas, dogmáticas e sistemáticas, o devido processo legal pode ser *uma* síntese – talvez seja *a melhor* síntese, por sua capacidade de fundamentar um sistema – para os limites da discricionariedade administrativa. Em todo o texto, porém, cuidou-se de ressaltar os problemas desse proceder; e manteve-se, tanto quanto possível, a individualidade das “técnicas” de identificação dos limites. Espera-se que essa proposta de síntese produza, amanhã, o desenvolvimento de novas técnicas ou, o que é mais provável, o aperfeiçoamento das já existentes.

Aplicamos a grande síntese do devido processo a um instituto pouco discutido na doutrina brasileira: a redução da discricionariedade. Entendemos que o ganho de clareza obtido com essa conjunção de devido processo legal e redução da discricionariedade, para ambos os conceitos, dá testemunho eloqüente das potencialidades da síntese, num esclarecimento recíproco, e altamente fecundo, de si mesma e de cada uma de suas partes.

2. Conclusões específicas

Vamos enumerar de modo resumido as principais conclusões específicas segundo a ordem em que aparecem na exposição.

1. A discricionariedade administrativa consiste na liberdade, conferida pelo sistema jurídico à Administração, de eleger uma dentre várias alternativas, igualmente lícitas, de comportamento (produção de normas juídicas ou operações materiais).

1.1. O problema da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados tem afinidade estrutural com a discricionariedade administrativa, mas com ela não se confunde, em princípio, por haver diferenças significativas que podem resultar, nos casos concretos, em soluções diversas.

2. A redução da discricionariedade consiste na eliminação, por contrariedade a direito no caso concreto, de pelo menos uma das possibilidades de comportamento abstratamente previstas na norma habilitante.

2.1. A redução da discricionariedade somente pode ser identificada no processo de aplicação do direito, segundo as técnicas de identificação dos limites da competência discricionária reconhecidas na doutrina e na jurisprudência.

2.1.1. Os limites jurídico-positivos da discricionariedade administrativa podem ser divididos, inicialmente, em algumas classes para fins de exposição: os elementos regrados (vinculados) de toda competência, inclusive a

finalidade; a vinculação à realidade dos motivos determinantes, tal como revelada nos elementos de prova oferecidos à apreciação administrativa; os princípios jurídicos, dentre os quais se incluem, por mera conveniência expositiva, os "princípios gerais" do regime jurídico-administrativo, os direitos fundamentais e o postulado normativo da proporcionalidade. O reverso desses limites – ou o resultado de sua violação – são os vícios no exercício da discricionariedade administrativa tradicionalmente estudados no direito administrativo alemão.

2.2. Os pressupostos da redução da discricionariedade são dois: a existência de limites jurídicos exteriores à norma que atribui competência discricionária (pressuposto dogmático); e a possibilidade de resolver eventuais conflitos normativos (pressuposto lógico).

2.2.1. Pode-se conceber a redução da discricionariedade como o resultado da solução de um conflito normativo, que não se dê no plano da validade, em desfavor da norma habilitante. O conflito pode ocorrer entre regras, entre regras e princípios e entre princípios, aplicando-se, a cada espécie, as respectivas normas de solução previstas no sistema jurídico-positivo.

3. O devido processo legal pode ser compreendido no sentido – material – de proibição da arbitrariedade ou exigência de justificação de todos os atos dos poderes públicos. Há três argumentos em favor dessa proposta: a história do *due process of law* no direito anglo-americano e sua recepção pela doutrina brasileira anterior à Constituição de 1988; sua positivação na Constituição brasileira atual (CF 5º, LIV) e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Regionais Federais que aplica o *substantive due process* nesse sentido; a possibilidade de

construção sistemática dos limites jurídico-positivos da discricionariedade, na perspectiva de seu oposto (os *vícios* da discricionariedade, que resultam da infração dos limites, incluída nestes a finalidade), mediante o emprego da cláusula do CF 5º, LIV.

3.1. A história do direito anglo-americano revela que, desde a Magna Carta de 1215, onde aparecia a expressão *law of the land* equiparada, em 1354, a *due process of law*, até os recentes desenvolvimentos da jurisprudência da Suprema Corte, passando pela incorporação do devido processo legal à Constituição americana (5ª e 14ª Emendas, nos séculos XVIII e XIX), o instituto adquiriu uma singular – e, por vezes, duramente criticada – dimensão substantiva que resume, de certo modo, os limites materiais opostos pela Constituição ao exercício da autoridade pública, em especial do poder legislativo da União e dos Estados.

3.2. Francisco Campos, San Tiago Dantas e, em menor escala, Castro Nunes viram no devido processo legal do direito constitucional americano um equivalente funcional da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos (em especial do poder legislativo) que, no sistema da Constituição brasileira de 1946, poderia ser localizada na cláusula da "igualdade perante a lei" (art. 141, § 1º).

3.3. O Supremo Tribunal Federal aplicou a cláusula do devido processo legal (CF 5º, LIV) em sentido material no controle abstrato de constitucionalidade para anular atos normativos "destituídos do coeficiente mínimo de razoabilidade", nas palavras do ministro Celso de Mello, tais como: legislação eleitoral que, sob a aparência de generalidade, discriminava entre partidos políticos já conhecidos do legislador ao tempo de sua promulgação; medida provisória que, sem proibir

atividade econômica, impede temporariamente – e sem motivo “razoável” – seu exercício; lei estadual que concede vantagem pecuniária “sem causa” a servidores públicos inativos (aposentados e disponíveis).

3.3.1. Nesse mesmo sentido, Tribunais Regionais Federais anularam atos administrativos que relacionaram de modo defeituoso elementos fáticos e normativos, sob o argumento de que teriam violado a cláusula do devido processo legal em sentido substantivo.

4. A dimensão material do devido processo legal – proibição da arbitrariedade, ou seja, exigência de justificação dos atos administrativos – inclui a dimensão procedimental, na medida em que o processo administrativo, entendido como sequência ordenada de atos, relativamente autônomos, tendentes à produção de um ato final que dispõe sobre a matéria submetida à apreciação administrativa, não só dirige formalmente a aplicação do direito, mas também constitui um elemento da própria justificação.

4.1. O processo administrativo é duplamente necessário. Primeiro, no plano dos fatos não se alcança uma meta qualquer sem um caminho mais ou menos predeterminado e isso não é menos verdadeiro para os atos administrativos. Esse caminho, no exercício da função administrativa, é o processo (ou procedimento) administrativo. Segundo, o processo (ou procedimento) pode ser considerado igualmente uma necessidade jurídica, porquanto no Estado de Direito determinados caminhos são prefixados às metas pelo ordenamento jurídico.

4.1.1. Essa regulação jurídica do processo (ou procedimento)

administrativo implica em dois deveres administrativos: o dever *geral* de adotar um procedimento definido em normas jurídico-positivas; e o dever *específico* de adequar a estrutura do procedimento à finalidade do ato a ser produzido.

4.2. A teoria dos direitos fundamentais reconhece a existência de direitos à organização e ao procedimento, que podem ser derivados dos direitos fundamentais materiais. Esses direitos procedimentais se fundamentam no aumento da probabilidade de se obter um resultado adequado aos direitos fundamentais mediante um procedimento – sistema de regras e princípios para a obtenção de um resultado – igualmente adequado. Mas o inverso não vale: há critérios de correção material, independentes, portanto, do procedimento (como seqüência de atos) que se adote.

4.3. O conteúdo normativo do devido processo legal no direito brasileiro, no que se refere ao direito administrativo, pode ser descrito como o dever de justificação de todos os atos administrativos. A sede material da justificação, na estrutura do ato administrativo, é a *motivação*: conjunto de enunciados (por vezes referido na doutrina como “enunciação”) sobre os pressupostos de fato e de direito da decisão administrativa (da “prescrição” ou “conteúdo” do ato administrativo).

4.3.1. A motivação compõe-se de enunciados *sobre* a aplicação de normas jurídicas a fatos segundo três modalidades básicas: subsunção, ponderação e valoração (à falta de melhor termo) de princípios formais (ou normas de competência). Esses enunciados devem estar concretamente justificados (justificação externa), assim como o resultado final da aplicação, que é sempre o produto da subsunção a uma regra (justificação interna).

4.4. A justificação dos atos administrativos consiste em adotar um processo de cognição, volição e argumentação que assegure a correção do resultado. Esse processo não garante a obtenção um *único* resultado correto.

4.4.1. O processo de justificação é objeto de uma teoria da argumentação jurídica ou, pelo menos, de uma teoria que alegue definir critérios de racionalidade para a aplicação do direito.

4.5. Os vícios do exercício da competência discricionária – que são as infrações aos limites opostos pela ordem jurídica como um todo à discrição administrativa – podem ser ordenados num sistema que se baseia nas distinções entre vícios do processo (de justificação) e do resultado; vícios de conteúdo e estruturais; vícios jurídico-ordinários e jurídico-constitucionais; vícios de ponderação, de subsunção e de aplicação de princípios formais.

4.5.1. Dessas distinções, as mais importantes para o sistema – e que seriam capazes de estruturá-lo sozinhas – são as que separam vícios do processo e do resultado, de um lado, e vícios de conteúdo e estruturais, de outro.

4.6. Todos os vícios do resultado podem ser definidos como vícios do processo, mas o inverso não vale, pois há vícios do processo que não têm como conseqüência resultado defeituoso.

4.6.1. Os vícios do processo que não conduzem a vícios do resultado são denominados vícios estruturais, por dizerem respeito, exclusivamente,

ao modo como os elementos fáticos e normativos relevantes para a produção do ato se relacionam no processo de justificação, mas não à validade dos elementos mesmos. Nenhum vício do resultado, portanto, é vício estrutural; mas os vícios do processo podem ser estruturais ou materiais (“de conteúdo”), conforme levem, ou não, a resultados contrários a direito.

4.7. A cláusula do devido processo legal substantivo, como interdição da arbitrariedade, abrange em seu sentido mais amplo todos os vícios do exercício de competências discricionárias. Em sentido mais restrito, o *substantive due process* refere-se: (a) ao vício de ausência de qualquer motivação; (b) aos vícios estruturais do processo de cognição, volição e argumentação.

4.8. A redução da discricionariedade sempre ocorre em razão de um vício de conteúdo (ou de resultado) e, portanto, consiste numa infração ao devido processo legal em sentido amplo. Mas nem toda ofensa ao devido processo legal produz redução da discricionariedade: a ausência de motivação e os vícios estruturais do processo, que constituem violação do devido processo legal em sentido estrito, nunca operam, por si mesmos, redução da discrição nos casos concretos. Além disso, há um vício de resultado que nunca tem como produto a redução da discricionariedade – a escolha, pela Administração, de uma conseqüência situada fora do quadro abstrato da norma de competência.

4.8.1. Logo, a redução da discricionariedade nada mais é do que o fenômeno pelo qual ao menos um dos resultados previstos abstratamente na norma habilitante não se apóia no devido processo legal substantivo – não pode, no caso concreto, ser adequadamente justificado mediante um processo de cognição,

volição e argumentação adequado.

ANEXO I

ABREVIATURAS MAIS UTILIZADAS

ADC – *Ação Declaratória de Constitucionalidade*

ADIn – *Ação Direta de Inconstitucionalidade*

ADPF – *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*

AC – *Apelação Cível*

AG – *Agravo*

AgR – *Agravo Regimental*

AI – *Agravo de Instrumento*

AMS – *Apelação em Mandado de Segurança*

AO – *Ação Originária*

CF – *Constituição Federal de 1988*

CLT – *Consolidação das Leis do Trabalho*

CP – *Código Penal*

CPC – *Código de Processo Civil*

CPP – *Código de Processo Penal*

DJU – *Diário da Justiça da União*

DOE – *Diário Oficial do Estado*

ED – *Embargos de Declaração*

EI – *Embargos Infringentes*

HC – *Habeas Corpus*

MS – *Mandado de Segurança*

OAB – *Ordem dos Advogados do Brasil*

QO – *Questão de Ordem*

RDA – *Revista de Direito Administrativo*

RDP – *Revista de Direito Público*

RE – *Recurso Extraordinário*

REOMS – *Remessa Oficial em Mandado de Segurança*

REsp – *Recurso Especial*

RMS – *Recurso em Mandado de Segurança*

ROMS – *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança*

RSTJ – *Revista do Superior Tribunal de Justiça*

RTDP – *Revista Trimestral de Direito Público*

RT – *Revista dos Tribunais*

RTJ – *Revista Trimestral de Jurisprudência*

STF – *Supremo Tribunal Federal*

STJ – *Superior Tribunal de Justiça*

TRF – *Tribunal Regional Federal*

TJRN – *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte*

TJSP – *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

ANEXO II

NOTAS SOBRE A CITAÇÃO DE CASOS

Uma das características dos sistemas de *common law*, quase desconhecida entre nós, é o sistema de registro de casos julgados em tribunais por meio dos *law reports*. Esses *reports* contêm os casos que vinculam as cortes segundo o princípio do *stare decisis.* Apesar de as regras de precedente variarem muito dentro do universo da *common law*, o registro em *law reports* é uma constante: ele permite aos advogados, promotores e juízes acesso fácil, imediato e cotidiano às decisões passadas, assim como organiza um sistema universal de citações.

Na Suprema Corte dos Estados Unidos, até 1874 o registro se fazia em *reports* denominados pelo nome do *reporter*, que era uma pessoa designada pela corte para publicar, a suas próprias expensas, as decisões. Além de um ordenado (que começou a ser pago somente em 1817), os *reporters* recebiam pela venda dos *reports*. Pela ordem, os *reporters* até 1874 foram: Dallas, Cranch, Wheaton, Peters, Howard, Black e Wallace. Desde 1874, publicam-se os *United States Reports* com recursos públicos, embora ainda exista na corte a figura do *reporter*.

As citações dos casos referem-se aos *reports* de acordo com o sistema universal de citações adotado nos Estados Unidos. Depois do nome do caso, o primeiro número indica o volume do *report* onde a decisão foi publicada. Em seguida, vem o nome do *reporter* ou, no caso dos *United States Reports*, apenas as letras U.S.. Logo depois da identificação do *report*, cita-se a página em que começa

a publicação da decisão. Por fim, entre parênteses, o ano em que se proferiu a decisão. Se a decisão não for da Suprema Corte, deve-se apontar também o tribunal que a proferiu. A citação de um trecho da decisão (*opinion of the court*) ou de outro material publicado nos *reports* se faz mediante a aposição do número da página citada separado por vírgula do número da página inicial.

Vejamos alguns exemplos. Em Roe *v.* Wade, 411 U.S. 113 (1973), "Roe *v.* Wade" é o nome do caso, "411" é o número do volume do *law report*, "U.S." indica que se trata dos *United States Reports*, "113" é a página em que se inicia, no respectivo volume do *report*, a publicação e "(1973)" faz alusão ao ano. Havendo citação, digamos, de um trecho da *opinion* publicado na página 120 do *report*, bastaria mencionar 411 U.S. 113, 120.

Em NLRB *v.* Universal Camera Corp, 190 F.2d 429 (2.d Cir. 1951), o sistema é o mesmo. Porém, o *report* citado no caso é o *Federal Report 2nd Series* (F.2d). Como a decisão é de um tribunal de apelação (no caso, *U.S. Court of Appeal for the 2nd Circuit*), deve-se indicar entre parênteses, antes do ano, o respectivo tribunal prolator (2d. Cir.).

Convém referir que há no texto uma única citação de caso inglês: o bastante conhecido *Wednesbury.* Nos tribunais ingleses adota-se um sistema de citações diverso do americano. Após o nome das partes, vem o ano do julgamento, entre parênteses, ou o ano da publicação do *report*, entre colchetes. Em seguida, menciona-se o volume da publicação, a abreviatura do nome do *report* e o número da página inicial. Assim, o caso *Wednesbury*, por extenso, cita-se Associated Provincial Picture Houses *v.* Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223, onde "1948"

é a data da publicação, “1” é o volume do repertório, “KB” é a abreviatura para “King's Bench”, nome de uma divisão da *High Court of Justice* (hoje, *Queen's Bench*), mas também de um *law report*, e “223” é a página em que se inicia a publicação.

No Brasil temos os repertórios (fala-se também em “repositórios”) oficiais de jurisprudência e as revistas dos tribunais. Mas as diferenças em relação aos *law reports* são significativas. Para encurtar o assunto, nossos repertórios contêm uma seleção mais ou menos arbitrária de acórdãos, feita na melhor das hipóteses por uma comissão de ministros do Supremo Tribunal Federal (caso da RTJ), e nunca deram origem a um sistema rigorosamente padronizado de citação. À medida que a função da jurisprudência no ordenamento brasileiro se aproxima de um modelo – conquanto bastante peculiar – de *stare decisis*, com atribuição de força vinculante a um número relativamente grande de decisões, esse problema não pode mais ser relegado a segundo plano.

Pode-se alegar – como às vezes se faz – que a informatização resolverá todos os problemas do Judiciário brasileiro, inclusive o da sistematização e citação da jurisprudência. É verdade que a digitalização da base de dados dos tribunais facilitou o acesso do público em geral às decisões. O problema é que a desorganização do material na fonte dificultou ainda mais a padronização das citações. Na maior parte dos casos, usa-se um padrão brasileiro “informal”: a classe e o número do processo, seguido pelo órgão julgador, ministro relator, data do julgamento (quando relevante), jornal oficial em que foi publicado e data da publicação. Alguns citam a página do jornal oficial (que pode chegar a números ridículos, como 17.278, 30.890 e outros de cinco ou mesmo seis algarismos,

dependendo da edição).

Trata-se de um sistema muito insatisfatório. Nos jornais oficiais publica-se apenas o “acórdão”, que se compõe de cabeçalho, ementa, resultado do julgamento (dispositivo), nome dos juízes (no caso do STF, do presidente do órgão colegiado e do relator). A citação do inteiro teor, com indicação da fonte, depende de o acórdão estar num repositório de jurisprudência. Entretanto, como parece evidente, para citar trechos do inteiro teor publicado fora dos repertórios (obtidos diretamente da internet, por exemplo) não há qualquer padrão universalmente aceito. Esse é possivelmente um dos maiores obstáculos à difusão de uma cultura de estudo de casos no direito brasileiro.

Veja-se que, na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) adotou um sistema próprio de *law report* – o BverfGE (*Entscheindungen des Bundesverfassungsgerichts*), ou “Decisões do Tribunal Constitucional Federal” – que deu origem a um padrão de citação de casos muito semelhante ao americano. Essa iniciativa, ou alguma similar, se adotada entre nós, tornaria bem menos penosa a navegação de juristas, juízes, promotores, advogados, assessores de ministros e estudantes pelas águas hoje turvas do *case law*, de grande importância para a função jurisdicional contemporânea em todas as famílias de sistemas jurídicos.

Outro método possível – e compatível com a realidade da internet – seria o da numeração de parágrafos (ou de linhas), como sucede, hoje, com as decisões dos tribunais superiores na Inglaterra e no País de Gales e com alguns acórdãos do Tribunal Constitucional Alemão. Assim se permitiria a citação de trechos do inteiro

teor, com absoluto controle intersubjetivo, sem a necessidade de adotar *law reports* nem de publicar todas as decisões em reprtórios de jurisprudência (o que seria, obviamente, impossível). Importante é chamar a atenção para a necessidade de desenvolver um padrão nacional de citação de trechos do inteiro teor de acórdãos, pelo menos de decisões dos tribunais superiores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulius. “Taking rules seriously” *in* **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**, Beheift (ARSP-B) 42 (1989).

_____ . **The rational as reasonable**: a treatise on legal justification. Dodrecht: Reidel, 1986.

ALCHOURRÓN, Eduardo; BULYGIN, Eugénio. **Introducción a la metodologia de las ciencias jurídicas e sociales**. [2ª reimp.] Buenos Aires: Astrea, 1987.

ALESSI, Renato. **Sistema di diritto amministrativo italiano**. Milano: Giuffrè, 1960.

ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**: Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

_____ . **El concepto y la validez del derecho**. 2ª ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

_____ . “Vícios no exercício do poder discricionário”, **Revista dos Tribunais** 779/42 (2000).

_____ . **Teoría de los derechos fundamentales**. [trad. Enesto Garzón Valdés] Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000.

_____ . **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. “Decretos autônomos: inovação da Emenda Constitucional nº 32/2001”. in: BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Revista Jurídica**, v. 3, nº 30, publicado na internet no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_30/artigos/Art_Levi.htm

AMORIM FILHO, Agnelo. “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, **Revista dos Tribunais**, 300/7-37, out. 1960.

AMORTH, Antonio. **Il merito dell'atto amnistrativo**. Milão: Giuffrè, 1939.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ARANTES, Rogério Bastos. “Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos

interesses coletivos" *in* **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 14, n.39 (1999).

_____ . **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: Educ/Sumaré, 2002.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. **Instituições de direito público e república**. São Paulo, 1984.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACIGALUPO, Mariano. **La discrecionalidad administrativa** (estrutura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de direito administrativo.** 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais do direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBOSA, Ruy. **Escritos e discursos seletos**. Rio: Nova Aguilar, 1966.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional" *in* **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, 23 (1998), pp. 65-78.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERNATZIK, Edmund. **Rechtsprechung und materielle Rechtskraft**. Aalen: Scientia Verlag, 1964.

BINEMBOJN, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITAR, Orlando. **Obras completas de Orlando Bitar**. Rio: Renovar, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Brasília: Editora UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BORK, Robert H. **The tempting of America: The political seduction of law**. New York: Touchstone, 1991.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. "Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais." *in* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gonet **Hermenêutica constitcional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica: Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2000.

BREYER, Stephen, STEWART, Richard B., SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. **Administrative law and regulatory policy**: problems, texts and cases. 6ª ed. New York: Aspen Publishers, 2006.

BREWER-CÁRIAS, Allan Randolph. **Principios del procedimiento administrativo en América Latina**. Bogotá: Legis, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **Escritos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____ . [LEITE, George Salomão, org.] "Tributo e segurança jurídica" *in* **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. 8ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot – Lexis Nexis, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Congresso e as delegações legislativas**. Rio: Forense, 1986.

CHIOVENDA, Giuseppe. “Dell'azione nascente dal contrato preliminare” *in:* **Saggi di diritto processuale civile**. Milão: Giuffrè, 1993, v. 1, p. 110.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

COKE, Sir Edward. **The second part of the institutes of the laws of England.** Union, NJ: The Lawbook Exchange, 2002 [fác-símile da edição inglesa de 1817].

COOLEY Thomas M. **A treatise on the constitutional limitations**. Boston: Little, Brown and Company, 1890.

CORWIN, Edward S. **A Constituição norte-americana e seu significado atual**. Rio de Janeiro: Zahar, 1959.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do desvio de poder**. São Paulo: Saraiva, 1964.

DALLARI, Adílson Abreu. “Desvio de poder na anulação de atos administrativos”, *in*: **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**. BUENO, Celso Scarpinella, ALVIM, Eduardo de Arruda e WAMBIER, Thereza Arruda (orgs). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Problemas de direito positivo: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambrige, MA: Harvard University Press, 1987.

_____. **Life's dominion**. New York: Vintage Books, 1994.

ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, Maria Eugenia; GUIBOURG, Ricardi A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995

EDINGER, Edward F.. **A anatomia da psique: o simbolismo alquímico na psicoterapia**. São Paulo: Cultrix, 1990.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust. A theory of judicial review**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

ELY Jr., James W. “The oxymoron revisited: Myth and reality in the origins of substantive due process”. **Constitutional Commentary** 16 (1999).

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ESCOLA, Héctor Jorge. **Tratado general del procedimiento administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1973.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle jurisdicional dos atos administrativos**. 2ª ed. Rio: José Konfino Editor, 1951.

_____ . **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7ª ed. Rio: Forense, 2005.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Porto Alegre: Globo, 2000.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **De la arbitrariedad de la Administración**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____ . **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1994.

_____ . **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIORIN, José Luiz. **As astúcias da enunciação**. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1996.

FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo**. Madrid: Labor, 1933.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho adminsitrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FRAGOLA, Umberto. **Gli atti amministrativi**. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1964.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e direito fundamental à boa administração**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____ . **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: **o guardião das promessas**. Rio: Revan, 1999.

GARCÍA, Angeles Mateos. **A teoria dos valores de Miguel Reale**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 1ª ed. (argentina). Buenos Aires: La Ley/Thompson Civitas, 2006, v. 1.

GIANNINI, Massimo Severo. **Potere discrezionale della pubblica amministrazione**: conceto e problemi. Milão: Giuffrè, 1939.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____ "Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade" *in* Carmen Lúcia Antunes da ROCHA (org) **Perspectivas do direito público**: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, pp. 307-335.

GRIMM, Dieter. **Política e direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. "Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa" *in* **Cadernos de direito constitucional e ciência política**. pp. 12/84 _____

GUASTINI, Riccardo. **Il diritto come linguaggio**: lezioni. Turim: G. Giappichelli Editore, 2001.

_____. "Teoria e ideologia da interpretação constitucional", *in* **Interesse público**, 40/220.

_____ . "Los princípios em el derecho positivo" *in*: **Distinguiendo**: estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999.

GUIBOURG, Ricardo A.,GHIGLIANI, Alejandro M. E GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al conocimento cientifico**. Buenos Aires: Eudeba, 1985.

GÜNTER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. São Paulo: Landy, 2004.

HARE, R.M. **A linguagem da moral**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HAYEK, Friedrich A. Von. **The road to serfdom**. Londres: Routledge, 2001.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa**

da Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

HUME, David. **A treatise of human nature**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. México, DF: Fóndo de Cultura Económica, 2000.

JÈZE, Gaston. "Théorie générale sur les motifs déterminants dea actes juridiques em droit public". *In* **Revue du proit public** (1924).

JUNG, C.G. **Psicologia do inconsciente**. 16ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987 (Obras Completas de C.G. Jung, volume VII/1).

_____. **Memórias, sonhos e reflexões**. Rio: Nova Fronteira, 2005.

JURROW, Keith. "Untimely thoughts: A reconsideration of the origins of due process of law". in: *The American Journal of Legal History*, Vol. 19, No. 4 (Oct., 1975), pp. 265-279.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. [trad. João batista Machado] Coimbra: Armênio Amado, 1986.

_____ . **Teoria geral do direito e do estado**. 2ª ed. [trad. Luis Carlos Borges] São Paulo: Martins Fontes, 1992 (1945)

KELSEN, Hans; KLUG, Ulrich. **Normas jurídicas e análise lógica**. [trad. Paulo Bonavides] Rio de Janeiro: Forense, 1984.

KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____ . "A recepção das teorias alemãs sobre conceitos jurídicos indeterminados e o controle da constitucionalidade no Brasil" *in* **Interesse Público** (23), 2004, pp. 21-49.

LEAL, Ronaldo Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006.

_____ . **Elementos de direito administrativo alemão**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1956.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: USP, 1990 [tese/ concurso de professor titular].

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro.** 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1989.

MERKL, Adolf Julius. **Teoría general del derecho administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1935, p. 98.

_____ . "Prolegomini ad uma teoria della construzione a gradi del diritto" *in* **Il duplice volto del diritto**. Milano: Giuffrè, 1987.

MITCHELL, William C. e SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Rio: Topbooks, 2003.

MONTEIRO, Jorge Vianna. **Como funciona o governo: escolhas públicas na democracia participativa**. Rio: FGV, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann. 3ª ed. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: RT, 2007.

NUNES, José de Castro. **A jornada revisionista**. Rio de Janeiro, 1924.

_____. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio: Forense, 1943.

_____. **Do mandado de segurança**. 7ª ed. Rio: Forense, 1967.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2006**.**

ORTH, John V. **Due process of law: A brief history**. Lawrence, KS : Press University of Kansas, 2003.

PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo.** Lisboa: Ática, 1962.

PÉREZ, Luño. **Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. "A teoria do desvio de poder no direito administrativo" *in* **Revista de direito administrativo**, VI e VII, outubro de 1946 e janeiro/março 1947.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1991.

RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. "Duração razoável dos processos judiciais e administrativos". **Interesse Público**, 39/73-80, set./out. 2006.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Côrte Suprema e o direito constitucional americano**. 2ª ed. Rio: Civilização Brasileira, 1992.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Buenos Aires: Eudeba, 1977.

_____ . **Lógica de las normas**. Madrid: Tecnos, 1971.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado**. Rio: Civilização Brasileira, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: 2003.

SCARCIGLIA, Roberto. **La motivazione dell'atto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1999.

STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des actes administratifs.** Atenas, 1954.

SILVA, Cátia Aida. **Novas facetas da atuação dos Promotores de Justiça**: um estudo sobre o Ministério Público e a defesa dos interesses sociais. [Tese de doutorado] São Paulo: USP, 1999.

Clóvis Veríssimo do Couto e SILVA. **A obrigação como processo**. Rio: Editora FGV, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. "O razoável e o proporcional" **Revista dos Tribunais**, 768/23.

_____. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção" *in:* **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, 1 (2003).

_____. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. “Procedimentos administrativos de competição”. **Revista de Direito Público**, 83/114-119, jul-set 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari. “A importância do procedimento administrativo”. **Revista de Direito Público**, 84/ 64-74, out-dez 1987

TRIBE, Laurence. **American constitutional law**. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2000.

VERNENGO, Roberto José. **Curso de teoria general del derecho.** 2ª ed. (4ª reimpressão). Buenos Aires: Depalma, 1995.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____ .**Causalidade e relação no direito**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WEBBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: Ed. UnB e Imprensa Oficial, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**.

São Paulo: Malheiros, 2001.